

INDICE

LAUDO ARBITRAL	5
A. PARTE GENERAL	5
1 ANTECEDENTES	5
1.1 El Contrato origen de las controversias.	5
1.2 El Pacto Arbitral.	5
1.3 El trámite del proceso arbitral.	6
1.3.1 La demanda arbitral.	6
1.3.2 Designación de los Árbitros.	7
1.3.3 Instalación y admisión de la demanda.	7
1.3.4 Contestaciones de la demanda.	9
1.3.5 Sobre la aplicación del Código de Procedimiento Civil y del Código General del Proceso.	10
1.3.6 Llamamiento en garantía.	10
1.3.7 Solicitud de remoción de árbitro.	11
1.3.8 Traslado de las excepciones de mérito y de las objeciones al juramento estimatorio.	12
1.3.9 Reforma de la demanda.	13
1.3.10 Contestaciones de la reforma a la demanda.	18
1.3.11 Intervención de la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.	19
1.3.12 Traslado de las excepciones de mérito y de las objeciones al juramento estimatorio contenidas en las contestaciones de la reforma a la demanda.	19
1.3.13 Audiencia de Conciliación y fijación de gastos y honorarios.	20
1.3.14 Primera audiencia de trámite.	34
1.3.15 Recusación del árbitro FERNANDO MONTOYA MATEUS. 34	
1.3.16 Instrucción del proceso:	34
1.3.17 Cierre de etapa probatoria.	36
1.3.18 Alegatos de Conclusión.	36
1.3.19 Término de duración del proceso.	37
1.3.20 Presupuestos Procesales y nulidades procesales.	38
1.3.21 Partes Procesales.	38
1.3.22 Apoderados judiciales.	39
1.3.23 Pretensiones de la Parte Convocante.	39
1.3.24 Hechos de la demanda.	44

1.3.25	Excepciones de mérito formuladas por la parte convocada.....	64
1.3.26	Audiencia de Laudo.....	72
B.	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	72
1.	SOBRE LA VINCULACIÓN DE LAS PARTES AL PACTO ARBITRAL.	72
1.1.	LA NATURALEZA INTUITU PERSONAE DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.	75
2	LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.	80
3.	EFFECTOS DE LA NO CONTESTACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA Y DE LA DEMANDA.	85
3.1.	DE LAS SOLICITUDES PRESENTADAS POR LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.	85
3.1.1.	DE LA FALTA DE CONTESTACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.....	86
3.2.	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 97 Y 193 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO.	86
4.	LAS PRUEBAS SOLICITADAS, DECRETADAS Y PRACTICADAS EN EL TRÁMITE ARBITRAL.	89
4.1	CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN DE PRUEBAS Y LEGISLACIÓN APLICABLE.	89
4.2	PRUEBAS EN EL TRÁMITE ARBITRAL.....	92
4.3.	PRUEBA PERICIAL.	95
4.3.1.	Dictámenes de Parte.	99
4.3.2.	Audiencia de Contradicción.	123
4.3.3.	Los dictámenes decretados por el Tribunal.	123
4.3.4.	Objeción por error grave.....	134
4.3.6.	Conclusión sobre si los dictámenes presentados por la ANI versan sobre el mismo punto.....	240
4.4.	Declaraciones de Terceros – Testimonios.	244
4.4.1	Decreto, práctica y Normas aplicables.	250
4.4.2.	Tacha de testigos Valoración y procedencia.	251
4.5.	INTERROGATORIOS DE PARTE.	256
4.6.	INSPECCIONES JUDICIALES CON EXHIBICION DE DOCUMENTOS E INTERVENCIÓN DE PERITOS Y DE LAS DILIGENCIAS DE EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS.	257
5.	EL CONTRATO DE CONCESIÓN EN GENERAL Y EL CONTRATO NO. 005 DE 1999.	264
5.1.	Antecedentes.	264

5.2. Naturaleza del Contrato de Concesión en General. Disposiciones Aplicables.	268
6. LA Nulidad del Contrato Adicional No. 13 y sus Otrosíes	321
6.1. La procedencia de pronunciarse sobre la Nulidad como obligación del juez.	321
6.2.1 La violación de una norma imperativa de derecho	335
6.2.2. Los principios de planeación y concurrencia	369
6.3. La Celebración del Contrato Adicional No. 13 y el Otrosí No. 2	392
6.4 Efectos de la nulidad declarada	440
7. El Contrato Adicional No. 13.	443
7.1. Las Pretensiones	443
7.1.1. El ejercicio financiero y la propuesta del concesionario para la celebración del Adicional No. 13.	446
7.1.2. La naturaleza jurídica del ejercicio	453
7.2. Los efectos jurídicos de la inclusión de la tasa de renta en el ejercicio financiero	459
7.2.1. Aspectos Tributarios aplicables a la Unión Temporal.	471
7.2.2. El Impuesto de Renta en general	481
7.3 Riesgo Tributario dentro de los Contratos de Concesión	507
7.3.1. La pretensión relacionada con la adopción de un nuevo modelo.	517
8. Pretensiones relacionadas con el Desequilibrio Económico del Contrato frente a los Desplazamientos del Cronograma del Adicional No.13 Y del Otrosí No. 2 al Adicional No. 13.....	517
8.1. Posición de las convocadas	518
8.1.1. El Ius Variandi.....	536
8.1.2. El Hecho del Príncipe.....	538
8.1.3. El Incumplimiento de Obligaciones Contractuales de La Administración como hecho que Rompe a Ecuación Contractual	541
8.1.4. La Teoría de la Imprevisión.....	541
9. El Contrato de Concesión No 005 de 1999, sus Adiciones y Modificaciones.....	576
9.1 Los Dictámenes Periciales de Parte y los Desplazamientos en los Contratos Adicionales Nos. 6 Y 8.....	585
9.2. Los Contratos Adicionales Números 6 y 8.....	590
9.2.1. Las Pretensiones	590
9.2.2. Posición de la Convocante	591

9.2.3. Posición de las Convocadas.....	592
9.2.4 Consideraciones del Tribunal.....	597
10. Pretensiones y Excepciones.....	623
11. El Concepto del Ministerio Público.....	625
12. El Juramento Estimatorio.....	634
13. Costas.....	643
14. Parte Resolutiva.....	644

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

DE:
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI-

CONTRA:

LA UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL
CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

LAUDO ARBITRAL

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C, veinticinco (25) de noviembre dos mil dieciséis (2016)

Cumplido el trámite legal, dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal, previo un recuento sobre los antecedentes y demás aspectos preliminares, a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral instaurado para dirimir las controversias surgidas con ocasión de la ejecución del Contrato de Concesión de fecha 29 de enero de 1999 celebrado entre el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS (hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI) y la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA.

A. PARTE GENERAL

1 ANTECEDENTES

1.1 El Contrato origen de las controversias.

Las diferencias sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal tienen origen en el Contrato de Contrato de Concesión 005 de fecha 29 de enero de 1999 celebrado entre el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS (hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI) y la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA.

1.2 El Pacto Arbitral.

En el Cuaderno de Pruebas N° 1, folio 52 del expediente obra el pacto arbitral incorporado en el Contrato de Concesión 005 de fecha 29 de enero de 1999, invocado por la parte Convocante y que en su parte

pertinente establece:

"6.2.8 Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este contrato, que no sea posible solucionar amigablemente o a través de la Firma Asesora de Ingeniería o para la cual este contrato no prevea mecanismos de solución distintos, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento de conformidad con las siguientes reglas:

El arbitraje será institucional. Las partes acuerdan designar para el efecto al centro de Arbitraje y Conciliación mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El tribunal estará compuesto por 3 árbitros designados por la Cámara de Comercio de Bogotá.

Los árbitros decidirán en derecho.

El tribunal se regirá por lo previsto en esta cláusula y por las disposiciones del decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991 y el Decreto 2651 de 1991, o por las normas que los adicionen, modifiquen o reemplace.

La aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas a arbitramento.

*Los gastos que ocasione la intervención del Tribunal de Arbitramento serán cubiertos, en principio por la parte que suscite la controversia. Una vez tomada la decisión por el tribunal de Arbitramento, los gastos los asumirá la parte que resulte vencida. Si no es este el caso, los gastos serán distribuidos entre el INVIA y el Concesionario por partes iguales. Culminado el Arbitramento, las partes harán los reembolsos de gastos por la intervención del Tribunal de Arbitramento, de acuerdo con lo que corresponda según lo previsto en este **ordinal.**"*

1.3 El trámite del proceso arbitral.

1.3.1 La demanda arbitral.

El 28 de noviembre de 2013, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (antes INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS e INCO), presentó solicitud de convocatoria para la integración e instalación de un Tribunal de Arbitraje contra las sociedades SIDECO AMERICANA S.A., PAVIMENTOS COLOMBIA LIMITADA, MARIO HUERTAS COTES, LUIS HECTOR SOLARTE y CARLOS ALBERTO SOLARTE miembros de la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL CALLE DEL CAUCA Y CAUCA.

El día 7 de marzo de 2014, el apoderado de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, presentó demanda arbitral contra las sociedades SIDECO AMERICANA S.A., PAVIMENTOS COLOMBIA LIMITADA, MARIO HUERTAS COTES, LUIS HECTOR SOLARTE y CARLOS ALBERTO SOLARTE miembros de la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA.

1.3.2 Designación de los Árbitros.

Los árbitros fueron designados mediante sorteo público realizado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, tal como lo disponía el pacto arbitral invocado, el día 21 de enero de 2014, siendo nombrados como árbitros principales los doctores MARÍA LUISA MESA ZULETA, JULIO ROBERTO NIETO y FERNANDO MONTOYA MATEUS, quienes en tiempo aceptaron y dieron cumplimiento a lo previsto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012.

La entidad Convocante presentó un escrito en relación con la designación de FERNANDO MONTOYA MATEUS, el día 21 de enero de 2014, respecto del cual el doctor MONTOYA se pronunció mediante correos electrónicos de fecha 27 y 30 de enero de 2014.

1.3.3 Instalación y admisión de la demanda.

Surtidas las citaciones de conformidad con lo establecido en la ley, el Tribunal Arbitral se instaló el 7 de marzo de 2014, en sesión realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; en dicha sesión el Tribunal estableció lo relativo a la sede (Acta N° 1), inadmitió la demanda y designó como Presidente a la doctora MARÍA LUISA MESA ZULETA y como Secretario al doctor CARLOS MAYORCA ESCOBAR. En la misma fecha se fijó como fecha para continuarla el día 26 de marzo de 2014, con el fin de resolver lo que en derecho correspondía.

El día 26 de marzo de 2014, en audiencia (Acta No. 2), el Tribunal analizó el contenido de la demanda frente a los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil (norma vigente para dicha fecha) y, mediante auto proferido en audiencia inadmitió la demanda arbitral presentada el día 7 de marzo de 2014 con el fin de que la Parte Convocante acreditara lo previsto en el numeral 2 del artículo 75 y los numerales 3 y 4 del artículo 206 del Código General del Proceso, en la medida que se requería se indicara el nombre, edad, domicilio del demandante y del demandado y que se incluyera el juramento estimatorio en los términos de ley.

El día 1 de abril de 2014, el apoderado de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, presentó un escrito subsanatorio en el cual indicó

que las convocadas en el trámite arbitral eran: LA UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, LUIS HECTOR SOLARTE SOLARTE (En sucesión), y respecto del señor LUIS HECTOR SOLARTE SOLARTE, se indicó que sus sucesores identificados eran los señores LUIS HERNANDO, GABRIEL y DIEGO SOLARTE VIVEROS, MARÍA VICTORIA SOLARTE DAZA y LUIS FERNANDO SOLARTE MARCILLO. La sociedad PAVCOL COLOMBIA S.A.S., en calidad de cesionario en virtud de la cesión de las participaciones en dicha UNIÓN TEMPORAL.

De igual forma con el escrito subsanatorio aportó un estudio de la firma ERNST & YOUNG *"para que hiciera la valoración del modelo económico del contrato adicional No 13 objeto de la demanda y de su adicional No 2"* y con el propósito de respaldar el juramento estimatorio.

El día 8 de abril del 2014 (Acta No. 3), el Tribunal en audiencia profirió auto admisorio de la demanda notificado personalmente en la misma fecha a la apoderada de PAVCOL COLOMBIA S.A.S. y de CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, quien presentó una solicitud de nulidad y un recurso de reposición en los cuales se citan normas del Código General del Proceso (que para dicha fecha no se encontraban vigentes), y además presentó una solicitud de aclaración del auto admisorio de la demanda, los cuales se resolvieron denegándose mediante auto de 28 de abril del 2014 (Acta No. 4).

El día 6 de junio del 2014, la apoderada de CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, presentó renuncia al poder a ella conferido y en la misma fecha se presentó nuevo poder otorgado por el señor CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE.

El día 25 de julio de 2014, la entidad Convocante otorgó poder especial a un nuevo apoderado, razón por la cual los árbitros JULIO ROBERTO NIETO y MARÍA LUISA MESA ZULETA, realizaron manifestaciones en cumplimiento del deber de información contemplado en la ley y una vez surtido el trámite previsto en el artículo 15 de la ley 1563 de 2016, las partes guardaron silencio.

El día 30 de julio del 2014 por Secretaría se remitió la comunicación a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO para informar respecto de la existencia del presente trámite arbitral, así como de la integración y el estado del mismo.

Surtido el trámite de notificación previsto en los artículos 315 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, fueron notificados mediante aviso la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y CAUCA, los señores GABRIEL SOLARTE VIVEROS, LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS y DIEGO SOLARTE VIVEROS.

El día 6 de agosto de 2014, el apoderado de la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, recibió copia del traslado de la demanda y el día 12 de agosto interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda de fecha 8 de abril de 2014, el cual se coadyuvó por la apoderada de la sociedad PAVCOL S.A.S. El recurso de reposición se decidió mediante auto de fecha 9 de septiembre de 2014 (Acta No. 6); contra dicha providencia el apoderado de la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL CAUCA Y CAUCA presentó solicitud de aclaración en la misma fecha, la cual se resolvió el día 30 de septiembre de 2014 (Acta No. 7).

El Tribunal mediante auto de fecha 22 de octubre de 2014 (Acta No. 8), integró el contradictorio entendiendo como Convocada a la señora NELLY BEATRIZ DAZA DE SOLARTE, ordenando realizar su notificación personal. De igual forma se requirió a las partes para que aportaran las direcciones de notificación de los señores LUIS FERNANDO SOLARTE MARCILLO, MARÍA VICTORIA DAZA y NELLY DAZA DE SOLARTE, manifestando los apoderados de la Convocante y de la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, que las desconocían, por lo cual se ordenó su emplazamiento, el cual se cumplió de conformidad con lo establecido en la ley.

El día 11 de febrero del 2015, se realizó la notificación personal al apoderado de la señora MARÍA VICTORIA SOLARTE DAZA y el 13 de febrero de 2015 se notificó a la señora NELLY BEATRIZ DAZA DE SOLARTE.

El día 24 de marzo del 2014, una vez surtido el emplazamiento correspondiente y designado curador ad-litem, se realizó la notificación personal al señor LUIS FERNANDO SOLARTE MARCILLO.

1.3.4 Contestaciones de la demanda.

El día 6 de junio del 2014, PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S. radicó contestación de la demanda, presentó excepciones de mérito y solicitó pruebas.

El día 6 de junio del 2014, CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, radicó contestación de la demanda, propuso excepciones de mérito, objeción al juramento estimatorio y solicitó pruebas.

El día 6 de septiembre del 2014, la apoderada de GABRIEL SOLARTE VIVEROS, LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS y DIEGO SOLARTE VIVEROS, presentó un escrito de contestación de la demanda, propuso excepciones de mérito y solicitó pruebas.

El día 4 de noviembre de 2014, el apoderado de la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, presentó vía

correo electrónico escrito de contestación de la demanda, propuso excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio y solicitó pruebas.

El día 11 de marzo de 2015, el apoderado de MARÍA VICTORIA SOLARTE DAZA, presentó escrito de contestación de la demanda, propuso excepciones de mérito, solicitó pruebas y presentó llamamiento en garantía en contra del señor CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE.

El día 13 de marzo de 2015, el apoderado de NELLY DAZA DE SOLARTE, presentó contestación de la demanda, propuso excepciones de mérito, solicitó pruebas y formuló llamamiento en garantía en contra del señor CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE.

El día 21 de abril de 2015, la apoderada de LUIS FERNANDO SOLARTE MARCILLO, contestó la demanda, propuso excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio y solicitó pruebas.

1.3.5 Sobre la aplicación del Código de Procedimiento Civil y del Código General del Proceso.

Mediante auto de fecha 9 de septiembre de 2014 (Acta No. 6), el Tribunal que venía aplicando el Código de Procedimiento Civil dispuso lo siguiente con ocasión de la solicitud de nulidad presentada por la apoderada de unos de los convocados:

"una vez revisadas sus actuaciones, no existe motivo de nulidad alguno, por lo que en atención a lo establecido en el numeral anterior, procederá a realizar la adecuación del procedimiento que se debe surtir respecto de las normas a que remite la Ley 1563 de 2012, para lo cual tendrá en cuenta que actualmente se adelanta el trámite de la notificación de la demanda a los convocados, para lo cual continuará aplicando en lo relativo a la finalización de dicho trámite las normas del Código de Procedimiento Civil y una (sic) concluido este procederá a aplicar las normas del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012)."

En relación con la aplicación del Código General del Proceso, el Tribunal más adelante en el texto del laudo, realizará algunas precisiones al respecto.

1.3.6 Llamamiento en garantía.

Mediante providencia del 8 de mayo de 2015 (Acta No. 12), se admitieron los llamamientos en garantía presentados por las señoras

MARÍA VICTORIA SOLARTE DAZA y NELLY DAZA DE SOLARTE, en contra del señor CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, conforme a lo preceptuado por el Código General del Proceso que admite esta figura aún tratándose de una parte en el proceso; respecto de dicha decisión se presentaron solicitudes de corrección y aclaración las cuales fueron resueltas mediante auto de fecha 23 de junio de 2015. Contra el auto admisorio de llamamiento en garantía se interpuso recurso de reposición por la apoderada del llamado en garantía y se coadyuvó por el apoderado de la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, el cual se resolvió denegándose mediante auto de fecha 3 de julio de 2015 (Acta No. 15).

La parte llamada en garantía guardó silencio dentro del término de traslado del mismo, ante lo cual los apoderados de las llamantes en garantía solicitaron dar aplicación al artículo 97 del Código General del Proceso; respecto de esta solicitud el Tribunal dispuso mediante providencia de fecha 21 de septiembre de 2015 (Acta No. 18) adoptar las decisiones a que hubiere lugar, en la etapa procesal pertinente.

1.3.7 Solicitud de remoción de árbitro.

Con ocasión del cambio de apoderado de la ANI y una vez presentado un deber de revelación y surtido el trámite previsto en el artículo 15 de la ley 1563 de 2012, los apoderados de la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA y de PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S. PAVCOL S.A.S., GABRIEL SOLARTE VIVEROS, DIEGO SOLARTE VIVEROS y LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS solicitaron la remoción del árbitro MARÍA LUISA MESA ZULETA; los apoderados de las demás partes se pronunciaron en el sentido de considerar que dicha manifestación no implicaba la remoción del árbitro, conforme a las causas señaladas en la ley. Mediante auto de fecha 4 de mayo de 2015 los árbitros FERNANDO MONTOYA MATEUS Y JULIO ROBERTO NIETO debidamente notificado a las partes, denegó la solicitud de remoción presentada y ordenó continuar con el trámite. En dicha providencia se señaló:

"(...) -Hay que recalcar que la relación del apoderado con la doctora MESA, no es ni siquiera indirecta por cuanto lo que se ha cuestionado es la relación del apoderado de la Convocante con el hijo de esta.

- Por otro lado se trata de la relación del hijo del árbitro cuya remoción se solicita, de una situación puramente académica que no da lugar a pago o emolumentos ni a ninguna otra forma de compensación o retribución que pudiera llegar a afectar, tal como se sugiere por el solicitante, la imparcialidad o independencia del árbitro.

-La recusación de los jueces satisface el deber de imparcialidad debido por este a los litigantes. Los impedimentos y las recusaciones están establecidos para que el juez pueda evitar pronunciarse en un asunto en el cual el pueda estar interesado de cualquier manera. En el caso que nos ocupa el árbitro carecería por completo de ese interés y no observan los integrantes del Tribunal que se afecte de manera alguna el derecho de las partes y en la hipótesis que nos ocupa particularmente de la convocada o de quienes la integran. Lo anterior resulta entre muchas disposiciones de la Convención Europea de los Derechos Humanos y de la Jurisprudencia que de ella se deriva, así como de nuestro estatuto arbitral y de nuestro Código General del Proceso.

(...) -Una vez verificados los argumentos planteados por el solicitante y los demás apoderados, consideran los árbitros habilitados para decidir la solicitud de remoción, que dichos argumentos consisten en una relación de tipo académico que ya concluyó y que no tiene nada que ver con méritos diferentes a la de quien cumplió los requisitos para acceder a dicho cargo. De igual forma conceptos de imparcialidad e independencia no pueden ser manejados de tal forma que se relativicen y se vuelvan extremos para sustentar posiciones que terminarían volviendo imposible atender escenarios como los académicos, sociales o incluso culturales.

-Tal como lo dice el solicitante dichos aspectos de posible afectación de la imparcialidad e independencia son aspectos internos, que para el presente caso no existen, teniendo en cuenta la manifestación realizada por la doctora MESA, cuando expresa que no tiene ni ha tenido relación profesional o personal con el apoderado de la parte Convocante.”

1.3.8 Traslado de las excepciones de mérito y de las objeciones al juramento estimatorio.

El día 28 de julio de 2015, por Secretaría se corrió traslado, mediante el uso de medios electrónicos, de las excepciones de mérito formuladas en las contestaciones de la demanda presentadas por los apoderados de las convocadas.

El día 4 de agosto de 2015, el apoderado de la parte Convocante presentó un escrito mediante el cual descurre el traslado de las excepciones de mérito y solicita pruebas.

Mediante auto de fecha 7 de septiembre de 2015 (Acta No. 17), se corrió traslado de las excepciones de mérito y se fijó fecha para audiencia de conciliación para el día 17 de septiembre de 2015.

El día 15 de septiembre de 2015, el apoderado de la entidad Convocante recorrió el traslado de las objeciones al juramento estimatorio.

1.3.9 Reforma de la demanda.

El día 16 de septiembre de 2015, el apoderado de la Parte Convocante, presentó un escrito de reforma de la demanda, la cual se admitió mediante auto de fecha 21 de septiembre de 2015 (Acta No. 18); contra la providencia se interpuso recurso de reposición por los apoderados de la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, CARLOS ALBERTO SOLARTE, LUIS FERNANDO SOLARTE MARCILLO y PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S; esta última presentó, además, un escrito de nulidad.

La sociedad PAVCOL S.A.S., presentó una solicitud de nulidad del proceso con respecto del escrito de fecha 7 de marzo de 2014, **denominado "demanda" por la Convocante**, toda vez que el mismo no expresaba si se trataba de una sustitución de la demanda inicial, de una corrección, aclaración o reforma de la solicitud inicial y tampoco manifestaba si estaba integrada a la solicitud inicialmente presentada, concluyendo que en concepto de esta parte se trataba de una reforma de la demanda por los asuntos comprendidos en la misma.

Los recursos de reposición y la nulidad presentada se negaron mediante auto de fecha 18 de octubre de 2015 (Acta No. 19).

El Tribunal arbitral mediante providencia de fecha 28 de abril de 2014 (Acta No. 4) manifestó que:

"(...) Respecto de la solicitud de nulidad el Tribunal procederá a denegarla toda vez que se ha notificado en debida forma a la recurrente, de igual manera en lo referente a considerar el escrito de demanda como una reforma de la demanda, se le pone de presente a la solicitante que ello no es procedente en cuanto para que fuere considerada como tal en los términos del artículo 22 de la Ley 1563 de 2012, la misma debió presentarse una vez notificados los convocados y tal como ella misma relata se presentó antes de realizada la audiencia de instalación correspondiente."

No obstante lo anterior, en el escrito de contestación de demanda presentado por la sociedad PAVCOL el día 6 de junio de 2014, los **pronunciamientos y excepciones propuestas se refieren a “la demanda reformada”**¹.

La entidad Convocante el día 16 de septiembre de 2015, presentó reforma de la demanda, la cual se admitió mediante providencia de fecha 21 de septiembre de 2016 (Acta No. 18).

Contra el auto admisorio de la reforma de la demanda, la apoderada de PAVCOL S.A.S., el día 29 de septiembre de 2015² interpuso recurso de reposición y presentó una solicitud de nulidad, entre otros aspectos por no estar facultada la parte Convocante para presentar una nueva reforma de la demanda por cuanto su derecho procesal de había agotado toda vez que a su juicio el escrito presentado el día 7 de marzo de 2014, constituía una reforma de la demanda y de acuerdo con el Código General del Proceso, no cabía la sustitución de la demanda. Considera que dicho estatuto es aplicable desde el 1 de enero de 2014, razón por la cual todas las actuaciones del proceso deberían regirse por la ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso).

Sobre ese punto alegado el representante del Ministerio Público en escrito mediante el cual recorrió el traslado del recurso de reposición y de la nulidad antes referida consideró acertada la aplicación de la ley procesal por los árbitros y respecto de la reforma de la demanda, conceptuó que la demanda fue reformada de manera correcta, por lo cual debían negarse los recursos presentados contra el auto de 21 de septiembre de 2015 y ordenar continuar con el trámite procesal.

En otro aparte del presente el laudo arbitral se analizan los factores y las decisiones que llevaron al Tribunal a determinar las reglas de aplicación de las normas procesales y la aplicación para el presente proceso del Código General del Proceso³.

Es de resaltar que el Tribunal Arbitral al momento de desatar el recurso expresó sobre dicho punto que:

"Plantea discusiones ya decididas en ocasión anterior, verbigracia que no podía admitirse porque ya se había hecho uso de esa herramienta, la cual solamente puede utilizarse por una sola vez, y, además, se censuran de nuevo los supuestos yerros del Tribunal cuando en ocasión pasada definió los tiempos de aplicación y vigencia del CPC y el CGP en lo atinente a las presentes controversias, toda vez que para el

¹ Folio 414 del Cuaderno Principal No. 1

² Folios 491 a 504 del Cuaderno Principal No. 3

³ Acta No. 6, folios 133 a 154 del Cuaderno Principal No. 2.

Tribunal el escrito de demanda, como tal fue objeto de la correspondiente decisión de admisión y ratificado en el auto que decidió los recursos interpuestos en ese momento.

La Convocante presentó el día 28 de noviembre de 2013 la solicitud de convocatoria que no necesariamente es lo mismo que un escrito demanda. Para efectos de lo pertinente en la etapa pre-arbitral (ese decir, antes de la instalación del Tribunal), el Centro de Arbitraje solicitó se indicara la cuantía de la controversia, para lo cual envió un oficio el 2 de diciembre de 2013 a la ANI requiriéndole esa información, la cual fue suministrada el 18 de diciembre de 2013 en un escrito que por sus características en ese momento se tuviera como un libelo de demanda. Ésta solamente se vino a presentar formalmente el día 7 de marzo de 2014, fecha en la que se instaló el tribunal arbitral y sobre la cual se decidió su inadmisión mediante auto del 26 de marzo de 2014, según consta en el Acta No 2; inadmitida la demanda, la Convocante presentó escrito en el cual se subsanaban los defectos el día 1 de abril de 2014, por lo que fue admitida el 8 de abril de 2014, según consta en el acta No 3.

Ahora, por conducto de su apoderado la Convocante presenta el día 16 de septiembre de 2015 escrito de reforma de la demanda, el cual, al haber sido admitido por el Tribunal es objeto de censura. La recurrente insiste en sostener con base en una errónea interpretación del artículo 12 de la ley 1563 de 2012, que no comparte el Tribunal, que comoquiera que el proceso arbitral se inicia con la demanda, ésta se confunde con la solicitud de convocatoria presentada el 28 de noviembre de 2013, y por consiguiente cuando se atendió el requerimiento de la Cámara de Comercio a finales de 2013, ello implicó una reforma de la demanda, no obstante que ese escrito siempre habló de solicitud de convocatoria de un Tribunal Arbitral. A lo anterior se sumaría el argumento según el cual cuando se presentó la demanda el 7 de marzo de 2014, ello implicó una reforma de una demanda, la que en criterio del Tribunal, como ya se expresado en otras providencias, ésta, para ese momento, no se había presentado. No es dable confundir subsanar una demanda como efecto de su inadmisión con una reforma.

Para el Tribunal la demanda que se presentó para desatar el proceso arbitral propiamente dicho es la presentada el día 7 de marzo de 2014, como en ella misma se afirma; luego, como consecuencia de su inadmisión la misma se subsanó de los errores endilgados por el Tribunal, lo que es bien diferente de su reformar lo que sólo ocurre con posterioridad. En efecto, se subsana un libelo bien por requerimiento del juez o como consecuencia de la interposición de una excepción previa; en cambio la reforma de la demanda, es una facultad discrecional de la que dispone el demandante de la que se hace uso solamente una vez. Mientras la subsanación es rogada, la reforma es espontánea”⁴.

De igual manera el Tribunal ya ha hecho algunos pronunciamientos acerca de la aplicación del CPC y del CGP, lo que ocurrió con el auto del 28 de abril de 2014, el cual se encuentra debidamente ejecutoriado. Los apoderados de las convocadas no han dejado de interponer sistemáticamente, todos los recursos de reposición y presentado solicitudes de nulidad, así como memoriales tendientes a la terminación anticipada del presente trámite arbitral, a los cuales se ha dado también sistemáticamente respuesta con la correspondiente motivación jurídica y con estricto apego a las normas tanto sustanciales como procesales que rigen la actividad arbitral, por lo que no se han vulnerado los derechos al debido proceso y a la defensa, como con ligereza inexcusable y limitación se alega en la abundante literatura allegada al Tribunal por las convocadas y mediante la cual se intenta volver a revivir aquello sobre lo que ya ha habido pronunciamiento explícito de los árbitros.”

Si bien durante el trámite este Tribunal Arbitral se vio abocado a tener en cuenta el tránsito de legislación procesal, tampoco puede desconocer la naturaleza de la Ley 1563 de 2012 (Estatuto Arbitral) que por tratarse de una norma que recoge para ese momento la totalidad de la normativa que regula el arbitraje, se trata de una norma especial⁵ que debe ser aplicada en preferencia de cualquier otra norma de carácter procesal.

⁴ Acta No. 19, folios 418 a 437 del Cuaderno de Pruebas No. 3.

⁵ Ley 153 de 1887. ARTÍCULO 3. Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, ó por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia á que la anterior disposición se refería.

PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO, sobre la aplicación de las normas del Código General del Proceso, dentro del trámite arbitral expresó que:

"Para efectos de la aplicación de las disposiciones de ambos estatutos, debe tenerse en cuenta que en los arbitrajes, las normas del Código General del Proceso son de aplicación subsidiaria o residual y complementaria, pues la norma especial, en la casi totalidad de las veces estará ubicada en el Estatuto de Arbitraje.

Así las cosas, cualquier contrariedad entre ambos estatutos debe resolverse aplicando el criterio de especialidad, que, como se dijo, por lo general serán las del Estatuto de Arbitraje. De la misma manera, cuando un determinado asunto se encuentre regulado de manera incompleta o no exhaustiva en el Estatuto de Arbitraje, debe en lo regulado, aplicarse de manera complementaria lo previsto en el Código General del Proceso.⁶"

Por lo antes expuesto es del caso reiterar que el texto del artículo 22 de la ley 1563 de 2012, establece que:

"Artículo 22. Reforma de la demanda. Notificado el demandado del auto admisorio de la demanda, esta podrá reformarse por una sola vez antes de la iniciación de la audiencia de conciliación prevista en esta ley."

Sobre la reforma de la demanda, JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY, considera que:

"En el proceso arbitral, por disposición expresa del artículo 22 de ley 1563 concordado con el artículo 93 del CGP, resultan procedentes la corrección, aclaración y reforma de la demanda, tanto de la demanda principal como de la reconvencción:

Que se haya notificado a todos los demandantes.

*Solamente puede reformarse por una sola vez.
Que efectúen cambios en las partes en el proceso, las pretensiones o los hechos, sin que puedan sustituirse*

⁶ ROBLEDO DEL CASTILLO, Pablo Felipe "El Estatuto de Arbitraje y el Código General del Proceso." En "Estatuto Arbitral Colombiano", Bogotá, Legis, 2013, p. 311.

*o cambiarse en su totalidad. Igualmente, la reforma podrá consistir en la petición de nuevas pruebas. La reforma se debe presentar integrada en un solo escrito:
Que se presente, a más tardar, antes del inicio de la audiencia de conciliación. Es decirse puede formular el mismo día para antes del inicio formal de la audiencia. (sic)*⁷

Con base en lo anterior, para el Tribunal es claro que dentro del presente trámite la parte Convocante solo se reformó una vez la demanda, en la medida que para el momento en que se presentó la demanda arbitral (7 de marzo de 2014), no se había notificado a ninguno de los convocados, más aún cuando dicho escrito se presentó antes de la iniciación de la audiencia de instalación y sólo en dicha fecha a continuación de la terminación de la audiencia de instalación se notificó a la apoderada de PAVCOL S.A.S. y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE. Es del caso tener en cuenta que tal como se relacionó en los antecedentes de este laudo, la notificación del último de los convocados (LUIS FERNANDO SOLARTE MARCILLO), se surtió solamente el día 24 de marzo de 2015, fecha a partir de la cual como se dispuso en providencia de fecha 9 de septiembre de 2014⁸ y reiterada en providencia de fecha 23 de junio de 2015⁹, se aplicarían dentro del presente trámite arbitral las disposiciones del Código General del Proceso en la medida que no exista norma especial en el estatuto arbitral; en ese sentido concluyó que en este trámite sólo se presentó una reforma de la demanda por la Parte Convocante a la cual se le dio el trámite correspondiente.

1.3.10 Contestaciones de la reforma a la demanda.

El día 10 de noviembre de 2015, la apoderada de LUIS FERNANDO SOLARTE MARCILLO y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, presentó el escrito de contestación de la reforma a la demanda, solicitó pruebas, propuso excepciones de mérito y objetó el juramento estimatorio.

⁷ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán "Régimen Arbitral Colombiano.", Bogotá, Ibáñez, 2013, páginas. 415 y 416.

⁸Acta No. 6, folios 133 a 154 del Cuaderno Principal No. 2.

⁹ "El Tribunal considera que una vez revisadas sus actuaciones, no existe motivo de nulidad alguno, por lo que en atención a lo establecido en el numeral anterior, procederá a realizar la adecuación del procedimiento que se debe surtir respecto de las normas a que remite la Ley 1563 de 2012, para lo cual tendrá en cuenta que actualmente se adelanta el trámite de la notificación de la demanda a los convocados, para lo cual continuará aplicando en lo relativo a la finalización de dicho trámite las normas del Código de Procedimiento Civil y una vez concluido este procederá a aplicar las normas del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012)." (Subrayado del Tribunal)

En el presente caso el proceso de notificación de los demandados concluyó el día 24 de marzo de 2015 con la notificación personal del señor SOLARTE MARCILLO, tal como se expresó por la secretaria en el Acta No. 12 de fecha 8 de mayo de 2014. A partir de ese momento procesal, el Tribunal consecuente con la decisión de septiembre de 2014 empezó a aplicar el Código General del proceso." Acta No. 14, folios 280 a 285 del Cuaderno Principal No. 3.

El día 17 de noviembre de 2015, la apoderada de PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S., GABRIEL SOLARTE VIVEROS, LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS Y DIEGO ALEJANDRO SOLARTE VIVEROS, presentó escrito de contestación de la reforma a la demanda, solicitó pruebas, objetó el juramento estimatorio y presentó excepciones de mérito. El día 23 de noviembre de 2015, dentro del plazo, **se presentó “un escrito sustitutivo de la contestación de la contestación radicada previamente”**.

El día 19 de noviembre de 2015, se radicarón los escritos de contestación de la demanda presentados por los apoderados de MARÍA VICTORIA SOLARTE DAZA y NELLY DAZA DE SOLARTE, en los cuales manifiestan que insisten en la continuidad del llamamiento en garantía y que ajustan la cuantía de los montos reclamados, sin que dicho ajuste implique un nuevo llamamiento en garantía o una reforma del mismo.

El día 24 de noviembre de 2015, se presentó la contestación de la reforma a la demanda por la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, en la cual se propusieron excepciones de mérito, se solicitaron pruebas y se objetó el juramento estimatorio contenido en la reforma a la demanda.

1.3.11 Intervención de la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

El día 25 de noviembre de 2015, la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, presentó un escrito en el cual expresó su voluntad de intervención y solicitó la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en la ley, por el término de 30 días hábiles, solicitud a la cual el Tribunal con base en lo dispuesto por el artículo 611 del Código General del Proceso, accedió en providencia de fecha 26 de noviembre de 2015 (Acta No. 21). La suspensión ocurrió entre el 26 de noviembre de 2015 y el 12 de enero de 2016.

El 12 de enero de 2016, la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, presentó el escrito de intervención en el cual solicita que se declare el desequilibrio económico del contrato por el desplazamiento del cronograma y por la aplicación de modelos financieros violatorios de leyes tributarias conforme con las solicitudes contenidas en la reforma a la demanda presentada por la ANI y de igual forma coadyuva la solicitud de pruebas realizada por la Convocante.

1.3.12 Traslado de las excepciones de mérito y de las objeciones al juramento estimatorio contenidas en las contestaciones de la reforma a la demanda.

El día 25 de noviembre de 2015, por Secretaría y mediante el uso de medios electrónicos, se corrió traslado a la Parte Convocante de las

excepciones de mérito y de las objeciones al juramento estimatorio formuladas.

El día 7 de diciembre de 2015, la entidad Convocante presentó un escrito mediante el cual solicita se rechace el escrito de contestación de la demanda sustituido por PAVCOL S.A.S., GABRIEL SOLARTE VIVEROS, DIEGO ALEJANDRO SOLARTE VIVEROS y LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS, y se indique a que documento corresponde el traslado que se realizó. De igual forma en la misma fecha presentó un escrito mediante el cual solicitó que el traslado de las objeciones al juramento estimatorio se realizara mediante auto, tal como lo establece el artículo 206 del Código General del Proceso.

El día 15 de enero de 2016 (Acta No. 22), se corrió traslado de las objeciones al juramento estimatorio. El 21 de enero de 2016, la Parte Convocante presentó un escrito mediante el cual descorre el traslado de las objeciones al juramento estimatorio formuladas y otro mediante el cual se pronuncia respecto de las excepciones de mérito presentadas, solicita pruebas y un término de 30 días para presentar un dictamen pericial sobre el monto del desequilibrio económico del contrato.

El 18 de enero de 2016, la apoderada de CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, se pronunció respecto de la contestación de la reforma a la demanda los llamamientos en garantía presentados por las señoras NELLY DAZA DE SOLARTE y MARÍA VICTORIA SOLARTE DAZA y solicitó que se denegaran las solicitudes contenidas en dichos llamamientos en garantía, toda vez que con la demanda reformada integralmente debió presentarse un nuevo llamamiento en garantía, actuación que en el presente caso no ocurrió. El Tribunal mediante auto de fecha 28 de enero de 2016, proferido en audiencia (Acta No. 23), dispuso denegar la solicitud; contra dicha providencia en audiencia se interpuso recurso de reposición por CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, el cual se denegó; en esta misma fecha se profirió una providencia mediante la cual se denegó dicho recurso de reposición y una providencia en la que se le otorgó un plazo de 20 días hábiles a la parte Convocante con el fin de que presentara el experticio referido.

1.3.13 Audiencia de Conciliación y fijación de gastos y honorarios.

El día 28 de enero de 2016 (Acta No. 23), se realizó la audiencia de conciliación y una vez fracasada el Tribunal arbitral procedió a fijar los honorarios y gastos del Tribunal para lo cual procedió a dar aplicación a lo previsto en el pacto arbitral contenido en la cláusula 62.8 del Contrato de Concesión en cuyo texto textualmente se dispone que *"los gastos que ocasione la intervención del Tribunal de Arbitramento serán cubiertos por la parte que suscite la controversia"* razón por la cual en

la providencia respectiva se asignó la totalidad de los gastos de integración a la entidad oficial como parte Convocante.

En lo que atañe a los gastos y honorarios que se generan con ocasión de los aludidos llamamientos en garantía, dispuso que éstos deberán ser cubiertos por quien los propone, razón por la cual se fijaron la totalidad de los gastos a cargo de la parte Convocante y de las llamantes en garantía señoras MARÍA VICTORIA SOLARTE DAZA y NELLY DAZA DE SOLARTE.

Contra la decisión se interpuso recurso de reposición por la entidad Convocante y por motivos diferentes, por los apoderados de la señora NELLY DAZA DE SOLARTE y coadyuvado por el apoderado de la señora MARÍA VICTORIA SOLARTE DAZA; mediante providencia de la misma fecha y proferida en audiencia se denegó el recurso de reposición interpuesto.

Los honorarios y gastos del Tribunal fueron cancelados en su totalidad por la Parte Convocante en relación con la demanda original y por las llamantes respecto del llamamiento en garantía.

La parte Convocante y la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, iniciaron una acción de tutela contra el Tribunal Arbitral, con ocasión de la providencia de fijación de honorarios, acción que se denegó en primera instancia por parte del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca; contra esa decisión las accionantes presentaron impugnación de la sentencia de tutela la cual fue resuelta por el Consejo de Estado en segunda instancia mediante providencia proferida por la Sección Segunda Subsección A-Radicado 25000-23-37-000-2016-00513-01, el día 19 de mayo de 2016 y que sólo fue notificada al presente Tribunal por correo electrónico el día 8 de agosto de 2016, Corporación que decidió acceder al amparo solicitado.

Se deja constancia que en la página de firmas de la Sentencia se anunció que el magistrado WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ salvó el voto, pero el texto nunca se pudo conocer ni obtener. En la decisión final sobre la acción de tutela se dispuso que:

“

I. REVÓQUESE la providencia de 29 de febrero de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta – Subsección "A",

En su lugar,

II. AMPÁRENSE los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad de las accionantes.

En consecuencia,

III. DÉJESE SIN EFECTOS el auto de 28 de enero de 2016, que confirmó un auto de esa misma fecha y ordenó a la Agencia Nacional de Infraestructura sufragar los gastos administrativos del proceso arbitral y los honorarios de los árbitros y del secretario.

*IV. ORDÉNESE al Tribunal de Arbitramento del proceso de la Agencia Nacional de Infraestructura **contra la Unión Temporal "Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca" y otros, proferir una nueva decisión, conforme a la parte motiva de esta sentencia, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, "***

El Tribunal una vez notificado y dentro del plazo señalado, mediante providencia de 10 de agosto de 2016 (Acta No. 55) con el fin de dar estricto cumplimiento a lo establecido por el Consejo de Estado decidió que:

"En consecuencia, se concluye que el único reparo a la decisión del Tribunal Arbitral se refiere específicamente a la interpretación de la cláusula en el sentido de asignar temporalmente el pago de los honorarios de los árbitros y el Secretario a la entidad Convocante, en cuanto, el Consejo de Estado considera que, como consecuencia de esa decisión, se generó una situación de desigualdad y desproporción en las cargas, que tenía la potencialidad de afectar los tres derechos fundamentales citados.

*Adicionalmente, el propio Consejo de Estado **manifiesta que "no queda duda que la cláusula arbitral es completamente aplicable al caso" de tal forma que dicha Corporación en nada se refiere, ni en las consideraciones ni en la parte resolutive, ni a la existencia, ni a la validez, ni a la eficacia del pacto arbitral ni a sus efectos, porque este asunto no fue, ni ha sido objeto de controversia ni se ha solicitado su declaratoria de nulidad por ninguna de las partes intervinientes, ni el Tribunal encuentra vicios que puedan afectar la cláusula.***

Es del caso tener en cuenta que tampoco la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ni la AGENCIA DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO pretendieron desconocer la voluntad de definir mediante arbitraje

los conflictos surgidos con ocasión del Contrato No. 05 de 1999, (artículo 3 de la ley 1563 de 2012) tal como surge claro del pacto arbitral invocado y de sus diversos actos procesales en el curso del trámite.

Resulta así para este Tribunal que la decisión del Consejo de Estado antes citada, no tiene referencia alguna en relación con el desarrollo del presente trámite arbitral, ni afecta o desconoce la competencia por cuanto ésta deriva sin lugar a dubitación alguna, de la celebración de un negocio jurídico eficaz, en el cual concurren todos los elementos de validez de los actos jurídicos respecto de los cuales no se ha suscitado controversia, así como de los demás presupuestos legales, dentro de los cuales está el pago de la totalidad de los honorarios y gastos que se generan con ocasión del arbitramento para impulsar el trámite.

Adicionalmente, en cuanto además la propia cláusula tiene como consecuencia sustraer del conocimiento de la jurisdicción permanente del Estado la resolución de conflictos para radicarlos exclusivamente en los árbitros, investidos temporalmente de jurisdicción para dirimir la controversia, es forzoso concluir que la decisión del Consejo de Estado mantiene incólume la jurisdicción y competencia del Tribunal.

Como consecuencia de lo expuesto en la parte motiva de la decisión del Consejo de Estado se considera, en estricto acatamiento de la Sentencia de Tutela, y con el fin de restablecer los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad que, en cuanto éstos se pudieron afectar únicamente como consecuencia de la forma en que se distribuyó el pago de los honorarios, debe proferir una nueva decisión en la cual se atenga a la interpretación y alcance que ha dado el Consejo de Estado a la cláusula compromisoria, para disponer la distribución de los gastos administrativos y honorarios acogiendo la conclusión de que son conceptos diferentes, para asignar aquellos exclusivamente a la parte que inició la controversia e imponer la carga del pago de los honorarios de los árbitros y del secretario para que sean asumidos en partes iguales entre la convocante y la convocada, en desarrollo de la igualdad y proporcionalidad invocados por el Consejo de Estado. (Subrayado del Tribunal)

En el presente caso, es diáfano que la entidad fue quien activó los efectos del pacto arbitral al presentar su solicitud de iniciar el Tribunal arbitral el 3 de diciembre de 2013, voluntad que fue manifiestamente reiterada en sus diversas actuaciones procesales desde la propia presentación de la demanda, de la reforma a la misma y de la solicitud de pruebas encaminadas a sustentar sus pretensiones.

Resulta además que la intención de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA de acudir al arbitraje, invocando el pacto arbitral, fue reiterada e inequívoca y confirmada por la misma Entidad cuando no obstante su inconformidad con la decisión del panel arbitral en cuanto a la distribución de esos honorarios, pudiendo no hacerlo para que se agotaran los efectos de la cláusula, acató dentro del plazo y con todas las formalidades la providencia del Tribunal arbitral y el día 3 de febrero de 2016 pagó en su totalidad las sumas señaladas por concepto tanto de gastos administrativos, gastos del proceso y honorarios de árbitros y secretario.

Ni en el curso del trámite arbitral ni en el memorial en el cual la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA presenta la acción de tutela, dicha Entidad ha cuestionado su obligación ya debidamente cumplida, respecto del pago de la totalidad de los gastos administrativos y el 50% de los costos de los honorarios de los árbitros y del secretario, ni tampoco la validez del pacto que es la fuente de la obligación para atender esa carga. En el mismo sentido, el Consejo de Estado reconoce igualmente la existencia, validez y exigibilidad de esa obligación, por lo cual el Tribunal mal podría ahora desconocer los efectos de ese pago realizado dentro del plazo, el cual genera una situación jurídica consolidada que permitió al Tribunal continuar y adelantar las actuaciones que se han surtido a partir de la primera audiencia de trámite hasta la fecha y por tal motivo, considera que procede imputar, conforme a lo decidido por el Consejo de Estado, la sumas recibidas así:

La suma de \$358.911.000 equivale al 100% de los gastos sin IVA (gastos administrativos (\$344.727.000) y otros gastos por valor de (\$14.184.000) del Tribunal.

La suma de \$ 1.206.544.500 equivale al 50% de los honorarios de los árbitros y del Secretario sin IVA ni retenciones.

En desarrollo de sus facultades y en aplicación de sus funciones jurisdiccionales deferidas temporalmente para dirimir las controversias sometidas a su consideración y conforme a los principios constitucionales y legales que inspiran la interpretación de las normas procesales como un instrumento para garantizar la efectividad de los derechos sustanciales, el Tribunal considera que la decisión que debe adoptar para acatar el fallo de tutela debe limitarse a lo expresamente señalado por el Consejo de Estado en cuanto a la revocatoria del auto referido, estableciendo una nueva distribución proporcional de las honorarios de los árbitros y del secretario, para garantizar así el debido proceso al cual tienen derechos las partes en aplicación de los principios constitucionales, que por su propia voluntad, radicaron la jurisdicción en cabeza del Tribunal.

No puede perder de vista el Tribunal que en el presente caso a la fecha han transcurrido cuatro (4) meses y ocho (8) días desde la primera audiencia de trámite y que desde ese momento se han practicado la mayoría de las pruebas solicitadas por ambas partes, en el ámbito de la competencia del panel arbitral. En ese sentido y atendiendo el principio general recogido por el artículo 138 del Código General del Proceso le corresponde adoptar la decisión encaminada a proteger el trámite y mantener su competencia excepcional, en protección de ambas partes y fundamentalmente de la propia de la propia entidad convocante que dio inició el trámite para dirimir definitivamente las controversias objeto del presente proceso arbitral.

Proceder de manera diferente o derivar de la decisión de tutela efectos que ni la ley ni el Consejo de Estado han señalado podría generar graves consecuencias en la naturaleza misma del pacto arbitral que ni las partes, ni la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo han desconocido y que mal podría ahora el Tribunal ignorar.

En efecto, de una parte el Artículo 11. del Código General del Proceso dispone: Interpretación de las normas procesales.

"Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias."
(...)

En consecuencia, con base en el principio general según el cual las disposiciones procesales son de orden público y por ende impiden interpretaciones extensivas y de igual manera, por razones tanto de economía procesal como para evitar el movimiento innecesario de recursos públicos que pueden generar gastos financieros innecesarios, el Tribunal arbitral para restablecer esa carga que, conforme al amparo concedido, no le correspondía asumir íntegramente a la ANI, y al mismo tiempo acatar fielmente el proveído del Consejo de Estado, procederá a ordenar a las convocadas en los términos del parágrafo del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012¹⁰ que, en el menor tiempo posible y en todo caso dentro del término de diez (10) días desde la fecha de notificación de la presente providencia, procedan a reembolsar directamente a favor de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, la suma de MIL DOSCIENTOS VEINTISEIS MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS CON CINCO CENTAVOS (\$1.226.259.436,5) equivalente al 50% de los honorarios de los árbitros y el Secretario, conforme a la siguiente distribución:

*Honorarios de los árbitros: \$2.102.159.034
Honorarios del Secretario: \$350.359.839
Total: \$2.452.518.873
50%: \$1.226.259.436,5*

¹⁰ PARÁGRAFO. Cuando una parte se encuentre integrada por varios sujetos, no se podrá fraccionar el pago de los honorarios y gastos del tribunal y habrá solidaridad entre sus integrantes respecto de la totalidad del pago que a dicha parte corresponda.

El Tribunal exhorta a las partes para que hagan los ajustes tributarios que de conformidad con la ley corresponda.

En caso de que no se realice el reembolso correspondiente en los términos antes dispuestos, el Tribunal procederá a expedir la certificación prevista en el artículo 27 de la ley 1563 de 2012, advirtiendo que se causarán los intereses de mora a que se refiere dicha norma a partir del vencimiento de la fecha para dicho reembolso.

Respecto de los gastos del proceso y gastos administrativos en favor de la Cámara de Comercio, se aplicará lo previsto por las partes en la cláusula arbitral en los términos señalados en la providencia de tutela, en cuanto respecto de este punto no hubo discusión alguna.

Efectos de la decisión de Tutela frente al llamamiento en garantía.

Si bien es cierto que la acción de tutela sólo produce efecto entre las partes y no frente a terceros, en desarrollo del principio de la igualdad y en aras de la coherencia tanto con sus propias decisiones como con la decisión de tutela del Consejo de Estado, así como sobre la base de los mismos fundamentos antes expuestos, el Tribunal procederá a modificar el reparto entre el llamante y el llamado en garantía de la suma que corresponde a los honorarios de los árbitros y del secretario por concepto de este trámite.

En efecto, con base en la misma cláusula compromisoria y atendiendo exactamente la misma motivación, la parte que inició el llamamiento en garantía pagó sin objeción íntegramente el monto de los gastos y de los honorarios de los árbitros y del secretario con ocasión del llamamiento en garantía; ahora, tras conocerse la decisión del juez de tutela en segunda instancia, y en aras de la igualdad de las partes, aún cuando el llamante no hubiere impugnado la decisión ni adherido a la petición de tutela, el Tribunal con base en fallo del propio Consejo de Estado, ordenará el reembolso del 50% de ese monto a favor de las llamantes en garantía en los mismos términos a lo aquí decidido respecto de los honorarios de los árbitros y del secretario fijados con ocasión de la demanda arbitral.

Sobre este punto en particular, el Consejo de Estado, ha señalado:

"Si bien es cierto que, por disposición del numeral 2 del artículo 48 de la Ley 270 de 1996, las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela producen efectos inter partes, también lo es que existen circunstancias que permiten ampliar el margen de protección a quienes no fueron parte, con el único fin de garantizar los derechos fundamentales de aquellos, por encontrarse en idéntica situación fáctica y jurídica."¹¹

Con idénticas razones, el Tribunal tampoco podría ahora desconocer los efectos de ese pago realizado por las llamantes en garantía, dentro del plazo, pago que como ya se dijo genera una situación jurídica consolidada que permitió al Tribunal adelantar las actuaciones que se han surtido a partir de la primera audiencia de trámite hasta la fecha y por tal motivo, considera que procede imputar, conforme a lo decidido por el Consejo de Estado.

En consecuencia, el Tribunal dispondrá ordenar al llamado en garantía que, en el menor tiempo posible y en todo caso dentro de un plazo de diez (10) días hábiles desde la fecha de la presente providencia, proceda a reembolsar directamente a NELLY DAZA DE SOLARTE y a MARIA VICTORIA SOLARTE DAZA la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS VEINTEMIL PESOS (\$353.220.000,00) equivalente al 50% de los honorarios de los árbitros y el Secretario por concepto del llamamiento en garantía, conforme a la siguiente distribución:

Honorarios de los árbitros: \$605.520.000

Honorarios del secretario: \$100.920.000

Total: \$706.440.000

50%: \$353.220.000

El Tribunal exhorta a las partes para que hagan los ajustes tributarios que de conformidad con la ley corresponda.

En caso de que no se realice el reembolso correspondiente en los términos antes dispuestos, el Tribunal procederá a expedir la certificación prevista

¹¹ Sentencia del Consejo de Estado Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 5 de febrero de 2015 MP: Alberto Yepes Barreiro Rad.: 11001-03.15-000-2014-01980-01.

en el artículo 27 de la ley 1563 de 2012, advirtiendo que se causarán los intereses de mora a que se refiere dicha norma a partir del vencimiento de la fecha fijada para dicho reembolso.

Respecto de los gastos del proceso y gastos administrativos en favor de la Cámara de Comercio, se aplicará lo previsto por las partes en la cláusula arbitral en los términos señalados en la providencia de tutela, en cuanto respecto de este punto no hubo discusión alguna.

Pago de los gastos administrativos y honorarios de los árbitros.

A la fecha de la presente providencia la Presidente del Tribunal no ha procedido a pagar a la Cámara de Comercio de Bogotá las sumas que le corresponde por concepto de gastos ni a entregar a los árbitros y al secretario la parte correspondiente al primer contado de los honorarios, no obstante haberse éstos causado a su favor desde la fecha de la primera audiencia de trámite, pendiente de la decisión de tutela. Conocida y acatada la providencia de conformidad con lo dispuesto por el artículo 28 de la ley 1563 de 2012¹², girará a cada árbitro y al secretario la suma que le corresponde conforme a la liquidación señalada en el auto, toda vez que ni la providencia del Consejo de Estado ni la propia acción de tutela instaurada cuestionan ni el monto ni el derecho que surge a favor de éstos sujetos como consecuencia de la asunción de competencia, en firme el auto en el cual el Tribunal se pronuncia sobre su propia competencia.

Teniendo en cuenta lo anterior y con el fin de dar cumplimiento a la sentencia de tutela de fecha 19 de mayo de 2016, notificada el día 8 de agosto de 2016.

RESUELVE:

¹² ARTÍCULO 28. DISTRIBUCIÓN DE HONORARIOS. Una vez el tribunal se declare competente, el presidente entregará a cada uno de los árbitros y al secretario la mitad de los honorarios, y al centro de arbitraje la totalidad de lo correspondiente a él; el resto quedará depositado en la cuenta destinada exclusivamente para el efecto. El presidente distribuirá el saldo de honorarios una vez terminado el arbitraje por voluntad de las partes o por ejecutoria del laudo o de la providencia que decida sobre su aclaración, corrección o complementación.

Terminado el proceso o decidido el recurso de anulación, el presidente hará la liquidación final de gastos y, con la correspondiente cuenta razonada, devolverá el saldo a las partes.

PRIMERO: Reponer la providencia del 29 de febrero de 2016, únicamente en relación con la distribución de los honorarios de los árbitros y secretario del Tribunal y en su lugar y de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia y ordenar a la parte Convocada para que reembolse dentro del término de 10 días hábiles a la parte Convocante la suma de MIL DOSCIENTOS VEINTISEIS MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS CON CINCO CENTAVOS (\$1.226.259.436,5), correspondiente al 50% de los honorarios de los árbitros y del secretario, en los términos del párrafo del artículo 27 de la ley 1563 de 2012. Una vez transcurrido el término de no haberse acreditado dicho reembolso, el Tribunal procederá a expedir la certificación prevista en la norma antes referida.

SEGUNDO: Reponer la providencia del 29 de febrero de 2016, en relación con la distribución de los honorarios de los árbitros y secretario del Tribunal y en su lugar y de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia y ordenar a la parte llamada en garantía para que reembolse dentro del término de 10 días hábiles a las llamantes en garantía, la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS VEINTEMIL PESOS (\$353.220.000,00) correspondiente al 50% de los honorarios de los árbitros y del secretario fijados con ocasión del llamamiento en garantía, en los términos del párrafo del artículo 27 de la ley 1563 de 2012. Una vez transcurrido el término de no haberse acreditado dicho reembolso, el Tribunal procederá a expedir la certificación prevista en la norma antes referida a favor de las llamantes en garantía.

TERCERO: Respecto de los gastos del proceso y gastos administrativos en favor de la Cámara de Comercio, se aplicará lo previsto por las partes en la cláusula arbitral en los términos señalados en la providencia de tutela, en cuanto respecto de este punto no hubo discusión alguna.

CUARTO: Remitir por secretaría copia de la presente providencia con el fin de acreditar ante la Sección Segunda Subsección A- del Consejo de Estado el cumplimiento del fallo de 19 de mayo de 2016, notificado al Tribunal hasta el día 8 de agosto de 2016.

QUINTO: Ordénase continuar con el trámite arbitral.

SEXTO: Expídase copia auténtica de la providencia a cada una de las partes.”

En el curso de la diligencia se interpusieron recursos de reposición por la parte Convocante y la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, y MARÍA VICTORIA DAZA DE SOLARTE presentó solicitudes de corrección de la anterior providencia; el Tribunal se pronunció en la misma audiencia accediendo a la solicitud de corrección presentada y en relación con los recursos de reposición interpuestos expresó que:

"En relación con las constancias que deja el apoderado de la parte convocante, considera el Tribunal que se atenderá a lo establecido en referencia con las constancias dejadas por las partes, razón por la cual no se pronunciará respecto de las mismas.

Con la decisión recurrida el Tribunal arbitral no solo cumplió cabalmente el fallo del Consejo de Estado y concluye que encuentra igualmente que darle un sentido distinto, cualquiera que este sea, iría precisamente en contra de la protección de los derechos fundamentales tutelados especialmente el de acceso a la justicia como quiera que ello podría desembocar en una denegación de justicia particularmente en lo atinente a los efectos del pacto arbitral como negocio jurídico según el artículo 3 de la Ley 1563 de 2012.

En relación con la manifestación del apoderado de la parte Convocante según la cual probablemente el Consejo de Estado supuso que el proceso estaba detenido, es del caso señalar que la decisión de acatar la sentencia de tutela proferida por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo está limitada exclusivamente a obedecer la orden impartida al Tribunal Arbitral de manera expresa. El fallo del Consejo de Estado no da margen de interpretación para al Tribunal arbitral, por cuanto éste Tribuna simple y llanamente conforme a su deber ha seguido la orden impartida y lo ha hecho sin dilación alguna dentro del término concedido para el efecto. Es del caso tener en cuenta que el Tribunal no puede partir de supuestos fácticos que no aparecen ni implícita ni explícitamente contenidas en el texto de la decisión.

El artículo 1608 del Código Civil dispone que:

"ARTICULO 1608. MORA DEL DEUDOR. El deudor está en mora:

1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

*3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido **judicialmente reconvenido por el acreedor.**"*

Por lo anterior para el Tribunal en los términos del artículo antes transcrito, no podría establecer un interés retroactivo, contraviniendo el ordenamiento legal y el fallo de tutela, toda vez que el Tribunal dispuso expresamente con ocasión de lo ordenado por la sentencia de tutela de segunda instancia un término que de no darse cumplimiento si llegaría a generar intereses de mora, que no pueden ser retroactivos por tratarse de obligaciones que a la fecha no son exigibles.

Respecto de la fecha a partir de la cual se causan los intereses moratorios la decisión del tribunal está basada en la estricta interpretación del artículo 27 de la ley 1563, por cuanto considera que el plazo para el reembolso de los honorarios no surgió en la fecha en que se decretaron los honorarios sino como consecuencia de la decisión en la cual se acata la decisión del Consejo de Estado, es decir, a partir del vencimiento del plazo otorgado por parte del Tribunal. En ese sentido la exigibilidad de esa obligación a cargo de las convocadas solamente ocurrirá a partir el día del vencimiento del plazo.

Dicha situación generada en el fallo acatado no establece como bien lo pudo haber dispuesto, un efecto retroactivo tal como pretende el recurrente. Mal podría el Tribunal dar efectos que trasciendan la orden del Consejo de Estado y desconozcan el principio de cosa juzgada y legalidad que antes de la sentencia de tutela de segunda instancia se predicaba de dicha decisión."

"(...) a las razones que adujo la apoderada de la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO para solicitar que se considere el aspecto

atinente a la competencia para reiterar que ni la integración del tribunal a voces del artículo 30 de la ley 1563 de 2012, ha sido cuestionada con ocasión de la tutela y en cuanto a la competencia del Tribunal se reitera que efectivamente el 3 de febrero de 2016, la entidad convocante de manera voluntaria consignó la totalidad de los gastos y honorarios como único presupuesto necesario para surtir la primera audiencia de trámite y asumir la competencia tal y como lo expresó el tribunal en los considerandos de la decisión proferida en dicha oportunidad al resolver el recurso de reposición interpuesto sobre el particular.

*El Tribunal acoge la manifestación del señor agente del Ministerio Público en cuanto a que como ya lo expresó en la parte motiva de la providencia, las causales de nulidad son taxativas y de interpretación restrictiva y no hay lugar en este trámite a declarar de oficio la ocurrencia de ninguna de las situaciones que consagra el artículo 136 del Código General del Proceso, por cuanto reitera que su jurisdicción y su **competencia están incólumes.***

*Finalmente respecto de los intereses remuneratorios causados sobre el 50% de las sumas pagadas por la ANI, respecto de los honorarios de los árbitros y del Tribunal procedió a restituir dichas sumas a la **Convocante tal como obra en el expediente.***

El término otorgado transcurrió sin que ninguna de las partes ni el llamado en garantía acreditaran el pago de dichas sumas, razón por la cual el Tribunal procedió a expedir las correspondientes certificaciones previstas en el artículo 27 de la ley 1563 de 2012.

Finalmente respecto de la reiterada manifestación de la apoderada de la ANDJE en cuanto a la indebida integración del Tribunal y las actuaciones que se surtieron mientras se decidía la acción de tutela, el Tribunal reitera que, en ninguna norma legal se dispone que el ejercicio de esta acción suspenda los efectos de las decisiones del Tribunal de arbitramento, en cuanto no puede considerarse porque la ley no lo previó así, un recurso con efecto suspensivo o devolutivo y los presupuestos de competencia establecidos en la ley para continuar con el trámite estaban debidamente cumplidos. En ese sentido, no hay fundamento legal alguno para sostener que el Tribunal estuvo indebidamente integrado porque la además la tutela no ataca la integración ni la competencia del Tribunal.

1.3.14 Primera audiencia de trámite.

El 1 de abril de 2016 (Acta No. 27) se dio inicio a la primera audiencia de trámite, y mediante providencia que se notificó en la misma audiencia el Tribunal se declaró competente; contra la providencia se interpuso recurso de reposición por los apoderados de la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, GABRIEL SOLARTE VIVEROS, DIEGO ALEJANDRO SOLARTE VIVEROS y LUIS FERNANDO SOLARTE MARCILLO. El Tribunal en la misma fecha se pronunció mediante auto y denegó los recursos interpuestos.

A continuación y en firme la providencia sobre la competencia, el Tribunal profirió el auto de decreto de pruebas y procedió a decretar de oficio como pruebas los documentos que fueron aportados con el recurso de reposición contra el auto de fecha 8 de mayo de 2015 presentados por CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE.

1.3.15 Recusación del árbitro FERNANDO MONTOYA MATEUS.

El día 4 de abril de 2016, la Parte Convocante presentó recusación en contra del doctor FERNANDO MONTOYA MATEUS, la cual se coadyuvó por la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, mediante memorial de la misma fecha.

El Tribunal decretó mediante auto de fecha 13 de abril de 2016 (Acta No. 28), las pruebas solicitadas por la parte recusante, decretó de oficio dentro del trámite de la recusación el testimonio de las doctoras LINA PAOLA CHACÓN y ALEXANDRA TORRES ACOSTA y corrió traslado de la recusación a las demás partes y al representante del Ministerio Público.

El día 27 de abril de 2016 (Acta No. 30), se practicaron los testimonios de las doctoras LINA PAOLA CHACÓN y ALEXANDRA TORRES ACOSTA.

El día 16 de mayo de 2016 (Acta No. 31), se fijó fecha para decidir la recusación, la cual se denegó mediante providencia proferida en audiencia el día 25 de mayo de 2016 (Acta No. 32).

1.3.16 Instrucción del proceso:

- a) Prueba documental: Con el valor legal que la ley les confiere, fueron agregados al expediente, los documentos aportados por las partes.
- b) Testimonios: Fueron recibidos los testimonios de los señores HERNANDO MEREB RODRÍGUEZ ARANA, (Acta No. 36), PATRICIA CORTÉS contra quien se presentó tacha de sospecha

por el apoderado de la parte Convocante (Acta No. 37), JUAN CARLOS VALENZUELA MIRANDA (Acta No. 38), CAMILO MENDOZA ROZA (Acta No. 44) contra quien se presentó tacha de sospecha por el apoderado de la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, HECTOR ULLOA (Acta No. 46), EVAMARÍA URIBE TOBÓN (Acta No. 52), ERNESTO MARÍA RIASCOS BENAVIDES (Acta No. 53), ANDRÉS MAURICIO JUYAR (Acta No. 58), JUAN MANUEL MARTÍNEZ PAZ (Acta No. 68) decretada de oficio por el Tribunal.

Los apoderados de GABRIEL SOLARTE VIVEROS, LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS, DIEGO ALEJANDRO SOLARTE VIVEROS, PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S. y el apoderado de la UNIÓN TEMPORAL DE DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, desistieron del testimonio del señor CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, el cual se aceptó mediante auto de fecha 22 de junio de 2016. La parte Convocante desistió de los testimonios de ALEXANDRA LOZANO VERGARA, MARIO HUERTAS, LUZ MARÍA JARAMILLO, REGULO RIVERA HERNÁNDEZ y MARTHA HELENA GARAY y la apoderada de LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS, GABRIEL SOLARTE VIVEROS, DIEGO SOLARTE VIVEROS y de PAVCOL S.A.S. desistieron del testimonio del señor ESTEBAN SANCHEZ y de URIEL AMAYA el día 20 de junio de 2016 (Acta No. 35)

El día 8 de agosto de 2016 (Acta No. 53), una vez iniciada la audiencia para recibir al testigo, los solicitantes presentaron desistimiento del testimonio del señor SANTIAGO PARDO, el cual se aceptó mediante auto de la misma fecha y el día 31 de agosto de 2016, se presentó el desistimiento por la parte solicitante del testimonio de la señora SONDRÁ MC COLLINS (Acta No. 58).

De las transcripciones se corrió traslado a las partes y estas guardaron silencio.

- c) Interrogatorios de parte: Fue practicado el interrogatorio de parte del señor CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, el día 13 de julio de 2016 (Acta No. 47)

El día 20 de junio de 2016, se aceptó el desistimiento de los interrogatorios de parte de los señores: LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS, GABRIEL SOLARTE VIVEROS, DIEGO SOLARTE VIVEROS, MARÍA VICTORIA SOLARTE DAZA, LUIS FERNANDO SOLARTE MARCILLO y NELLY DAZA DE SOLARTE. (Acta No. 35) y el día 13 de junio de 2013 la parte Convocante desistió del interrogatorio de parte del representante legal de la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA.

- d) Inspecciones judiciales y exhibiciones de documentos. Fueron practicadas las inspecciones judiciales con exhibición de documentos e intervención de peritos en la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA y en la FIDUCIARIA DE OCCIDENTE a cargo de la entidad Convocante, de la Dirección General de Crédito Público y CSS CONSTRUCCIONES S.A. El desarrollo de la práctica de dichas pruebas se desarrollará en el capítulo correspondiente a la valoración probatoria, el texto del presente laudo.
- e) Oficios. Fueron librados los oficios a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Las respuestas a las mismas fueron incorporadas al expediente y de las mismas se corrió traslado a las partes.
- f) Dictámenes Periciales: (i) Dictamen Financiero y Contable: El dictamen pericial fue rendido por la perito ANA MATILDE CEPEDA MANCILLA; respecto del mismo las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones, las cuales fueron rendidas por la perito y puestas en conocimiento de las partes; a solicitud de la Convocante y de la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, se desarrolló la audiencia de contradicción los días 24 y 27 de octubre de 2016 (Actas No. 69 y 70) (ii) Dictamen Informático: El dictamen pericial fue rendido por el perito RAUL WEXLER PULIDO, del mismo se solicitaron aclaraciones y complementaciones y de las cuales se corrió traslado a las partes quienes guardaron silencio respecto de las mismas.

Las partes acreditaron el pago de los honorarios y gastos de los peritos dentro del término conferido por el Tribunal.

- g) Experticias: Fueron agregadas al expediente y de los documentos originados por ERNST & YOUNG, SAC CONSULTING SAS y VALOR & ESTRATEGIA S.A. y de los mismos se realizó audiencia de contradicción tal como aparece en capítulo posterior del presente laudo.

1.3.17 Cierre de etapa probatoria.

Mediante auto de fecha 27 de octubre de 2016 (Acta No. 70), por haberse practicado la totalidad de las pruebas dentro del presente trámite arbitral se realizó el cierre de la etapa probatoria sin haberse interpuesto recurso de reposición por los apoderados de las partes.

1.3.18 Alegatos de Conclusión.

Recaudado así el acervo probatorio, el Tribunal en sesión del 2 de noviembre de 2016, oyó en alegaciones a cada uno de los apoderados de las partes de la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y el Agente del MINISTERIO PÚBLICO formularon oralmente sus planteamientos finales y entregaron un memorial con el resumen de los mismos que forma parte del expediente (Acta No. 71). El día 8 de noviembre de 2016, el apoderado de la Convocante, presentó un memorial en el que se pronuncia respecto de los alegatos de conclusión presentado por los apoderados de las partes. El día 15 de noviembre de 2016, el Centro de Arbitraje y Conciliación entregó un Tribunal indicando que por una falla de carácter técnico las grabaciones de la audiencia del día 2 de noviembre de 2016, se perdieron y fue imposible su recuperación.

1.3.19 Término de duración del proceso.

Conforme lo dispuso el Tribunal al asumir competencia, el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, según lo dispone el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012.

La primera audiencia de trámite se inició y finalizó el 1 de abril de 2016

A la fecha han transcurrido cinco (5) meses y catorce (14) días, para un total de 154 días del término del Tribunal y el mismo ha estado suspendido por solicitud de las partes así:

-Entre el día 1 de junio de 2016 y 19 de junio de 2016, ambas fechas inclusive (19 días comunes).

De igual manera se informa que el día 4 de abril de 2016, se presentó una recusación contra uno de los miembros del Tribunal, la cual se resolvió el día 25 de mayo de 2016 (Acta No. 32), sobre este punto el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012 dispone que:

"Artículo 11. Suspensión. El proceso se suspenderá por solicitud de ambas partes con la limitación temporal prevista en esta ley y, además, desde el momento en que un árbitro se declare impedido o sea recusado, y se reanudará cuando se resuelva al respecto.

Igualmente, se suspenderá por inhabilidad, renuncia, relevo o muerte de alguno de los árbitros, hasta que se provea a su reemplazo.

Al término del proceso se adicionarán los días de suspensión, así como los de interrupción por causas legales. En todo caso, las partes o sus apoderados no podrán solicitar la suspensión del proceso por un

*tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120)
días. (...)"*

Por lo anterior entre los días 4 de abril de 2016 y 25 de mayo de 2016, no corrieron términos, razón por la cual el término para dictar laudo vence el día 9 de diciembre de 2016, es decir, el presente laudo se profiere en término.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, en cada una de las audiencias se informó a las Partes sobre el tiempo transcurrido, quienes manifestaron su conformidad.

1.3.20 Presupuestos Procesales y nulidades procesales.

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos indispensables para la validez del proceso arbitral y señala que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales; no se advierte causal alguna de nulidad procesal y por ello puede dictar Laudo de mérito, el cual se profiere en derecho. En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció:

- a) Demanda en forma: Tanto la demanda inicial, así como la demanda reformada cumplieron los requisitos exigidos en la ley, y por ello, en su oportunidad, el Tribunal las sometió a trámite y las admitió.
- b) Competencia: Conforme se declaró por Auto de 1 de abril de 2016, proferido en el desarrollo de la primera audiencia de trámite, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las partes del presente trámite, cuyo sustento es la cláusula compromisoria antes referida.
- c) Capacidad: Todas las partes son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso y tienen la capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna al efecto; las diferencias surgidas entre ellas, se encontraban sometidas a conocimiento y decisión por parte de este Tribunal, son arbitrables y, además, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, debidamente constituidos y así reconocidos en el curso del presente trámite.

1.3.21 Partes Procesales.

a- Parte Convocante:

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

b.- Parte Convocada:

A. UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA.

B. PAVIMENTOS COLOMBIA SAS PAVCOL COLOMBIA S.A.S.

C. LUIS FERNANDO SOLARTE MARCILLO.

D. NELLY DAZA DE SOLARTE.

E. MARÍA VICTORIA SOLARTE DAZA.

F. GABRIEL DAVID SOLARTE VIVEROS.

G. LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS.

H. DIEGO ALEJANDRO SOLARTE VIVEROS.

I. CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE.

También interviene en el presente proceso la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

1.3.22 Apoderados judiciales.

Por tratarse de un proceso de mayor cuantía y de un arbitraje en derecho, por cuanto así fue estipulado en la cláusula compromisoria, las partes comparecieron al proceso arbitral representadas judicialmente por abogados; la personería de estos mandatarios se reconoció de manera oportuna por el Tribunal.

1.3.23 Pretensiones de la Parte Convocante.

La Parte Convocante formuló las siguientes pretensiones:

"PRIMERA. Declarar que el contrato de concesión No 005 de 1999 celebrado entre la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI – (antes INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS -) y la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, fue adicionado con el contrato adicional No 13, y este último modificado con el otrosí No 2.

SEGUNDA: Declarar que los modelos financieros del contrato adicional No 13 y su otrosí No 2, relacionados con el contrato No 005 de 1999, están contenidos en diferentes propuestas presentadas por la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA denominadas presupuesto (considerando No 6. adicional No 13) (cláusula 13 adicional No 13) y

TERCERA: Declarar que existió un desplazamiento en el cronograma de ejecución de las obras dentro de la etapa de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación del contrato de concesión No 005 de 1999, sus adicionales y otrosíes.

CUARTA: Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión inmediatamente precedente se declare que el desplazamiento en el cronograma de ejecución de las obras de la etapa de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación del adicional No 13 y su otrosí No 2, ocasionó un beneficio financiero a la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA y un correlativo empobrecimiento de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI –

QUINTA: Declarar que los modelos financieros adoptados en el contrato adicional No 13 y el Otrosí No 2, relacionados con el contrato de concesión No 005 de 1999, son nulos por ser contrarios a las leyes entonces vigentes para el momento en que se suscribió cada uno de estos actos, en cuanto ambos incluyeron una tasa de renta del 38.5%, superior a la legalmente autorizada, y en cuanto el otrosí No 2 al adicional No 13 no incluyó la deducción por activos fijos, como entonces lo ordenaba el artículo 158-3 del estatuto tributario.

PRETENSION SUBSIDIARIA. En subsidio de la anterior pretensión, solicito declarar que los modelos financieros adoptados en el contrato adicional No 13 y el Otrosí No 2, relacionados con el contrato de concesión No 005 de 1999, son contrarios a las leyes entonces vigentes para el momento en que se suscribió cada uno de estos actos, en cuanto ambos incluyeron una tasa de renta del 38.5%, superior a la legalmente autorizada, y en cuanto el otrosí No 2 al adicional No 13 no incluyó la deducción por activos

fijos, como entonces lo ordenaba el artículo 158-3 del estatuto tributario.

SEXTA: Como consecuencia de la pretensión inmediatamente anterior declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI debió reconocerle a la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA un mayor valor del ingreso esperado al que realmente estaba obligada a reconocerle.

SEPTIMA: Declarar que los modelos financieros adoptados en el contrato adicional No 13 y el otrosí No 2, relacionados con el contrato de concesión No 005 de 1999, no incluyeron las amortizaciones y las depreciaciones de las inversiones

OCTAVA. Como consecuencia de la prosperidad de la pretensión inmediatamente precedente declarar que la base definida para pagar el impuesto de renta resultó siendo mucho mayor de la que realmente debió tenerse en cuenta.

NOVENA: Declarar que el modelo financiero del otrosí No 2 al adicional No 13 del Contrato de Concesión No 005 de 1999, incluyó una tasa de pago del impuesto de timbre para el periodo restante de la obtención del ingreso esperado, no obstante que el párrafo segundo del artículo 519 del Estatuto Tributario modificado por el artículo 72 de la ley 1111 de 2006, entonces vigente ya había dispuesto una disminución gradual de la referida tasa que a partir del 2010 en adelante ha sido de cero por ciento (0%).

DECIMA: Declarar que los modelos financieros elaborados para la suscripción del Adicional No 13 y el Otrosí No 2, ocasionaron un desproporcionado aumento del ingreso esperado de la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, lo cual implica y genera el rompimiento de la ecuación financiera del contrato en perjuicio de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

DÉCIMOPRIMERA: Que como consecuencia de la prosperidad de todas las pretensiones 3, 5, 7, 8 y 9, una o algunas de ellas, se declare que la ecuación financiera del Adicional No 13 y el Otrosí No 2 del contrato 005 de 1999, se desequilibró en menoscabo

de los derechos de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI - y en un beneficio financiero injustificado de LA UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA.

DECIMOSEGUNDA: Que como consecuencia de la pretensión precedente se declare que el ingreso esperado del contrato adicional No 13 no es de \$4.881.679 MM de diciembre de 1997 sino que debe reducirse a \$2.445.055 MM de diciembre de 1997.

DECIMOTERCERA: Que como consecuencia se declare que el ingreso esperado del Otrosí No 2 del Contrato Adicional No 13 no es de \$35.025 MM de diciembre de 1997, sino que debe reducirse a \$22.795 MM de diciembre de 1997.

DÉCIMOCUARTA: Que para restablecer el equilibrio de la ecuación financiera del adicional No 13 y el otrosí No 2 del contrato 005 de 1999, el laudo defina e imponga un modelo financiero adecuado a las reales condiciones financieras y tributarias, que determine el real y justo ingreso esperado a que tiene derecho la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, así como el beneficio financiero del desplazamiento de los cronogramas de obras y mantenimientos del adicional No 13 y el otrosí No 2.

SUBSIDIARIA: En subsidio de la anterior pretensión, solicito que en cuanto se refiere al ingreso esperado del otrosí No 2, se condene a la UNION TEMPORAL VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, a la sociedad PAVIMENTOS DE COLOMBIA SAS, y a los señores CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, GABRIEL DAVID SOLARTE VIVEROS, LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS y DIEGO ALEJANDRO SOLARTE VIVEROS, NELLY DAZA DE SOLARTE, MARIA VICTORIA SOLARTE DAZA y LUIS FERNANDO SOLARTE MARCILLO, a pagar en forma solidaria a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI-, dentro de los cinco días siguientes al laudo que le ponga fin a este proceso la suma de \$ DOCE MIL DOSCIENTOS TREINTA MILLONES DE PESOS DE DICIEMBRE DE 1997 (\$ 12. 230. 000. 000. 00), la cual se actualizará desde diciembre de 1997 y hasta la fecha del laudo, más los intereses comerciales moratorios a la más alta legal autorizada en la ley que se causen desde cuando se hicieron exigibles y hasta cuando el pago se realice, por concepto de la

indemnización a que tiene derecho la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA para restablecer el equilibrio financiero del otrosí No 2 del adicional No 13 del contrato 005 de 1999.

DECIMOQUINTA: Declarar que el contrato de concesión No 005 de 1999 celebrado entre la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI – (antes INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS -) y la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, fue adicionado con los contratos adicionales No 6 y 8, sin que en ninguno de estos actos se hubiesen incluido modelos financieros.

DÉCIMOSEXTA: Declarar que se produjo un desplazamiento en el cronograma de ejecución de las obras en la etapa de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación del contrato de concesión No 005 de 1999 y sus adicionales Nos 6 y 8, el cual ocasionó un beneficio financiero a la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA y un correlativo empobrecimiento de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI –

DECIMOSEPTIMA: Declarar que como consecuencia de la anterior pretensión se produjo un desequilibrio a la ecuación financiera del contrato de concesión No 005 de 1999, sus adicionales 6 y 8, en perjuicio de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI –

DECIMOOCOTAVA: Como consecuencia de la prosperidad de las dos precedentes pretensiones, para restablecer el equilibrio de la ecuación financiera del contrato 005 de 1999, y los Contratos Adicionales No 6 y 8, el laudo que le ponga fin al proceso defina e imponga un modelo financiero adecuado a las reales condiciones de ejecución, que determine el beneficio financiero derivado del desplazamiento de los cronogramas de obras y mantenimientos del contrato No 005 de 1999 y sus adicionales 6 y 8 a que tiene derecho la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI –

SUBSIDIARIA: En subsidio de las anteriores pretensiones, solicito que se condene a la UNION TEMPORAL VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, a la sociedad PAVIMENTOS DE COLOMBIA SAS, y a los señores CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, GABRIEL DAVID SOLARTE VIVEROS, LUIS FERNANDO

SOLARTE VIVEROS y DIEGO ALEJANDRO SOLARTE VIVEROS, NELLY DAZA DE SOLARTE, MARIA VICTORIA SOLARTE DAZA y LUIS FERNANDO SOLARTE MARCILLO, a pagar en forma solidaria a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI-, dentro de los cinco días siguientes al laudo que le ponga fin a este proceso la suma de QUINIENTOS VEINTICINCO MIL CIENTO SESENTA Y DOS MILLONES DE PESOS DE ABRIL DE 2014 (\$ 525. 162. 000. 000), la cual se actualizará desde abril de 2014 y hasta la fecha del laudo, más los intereses comerciales moratorios a la más alta legal autorizada en la ley que causen desde cuando se hicieron exigibles y hasta cuando el pago se realice, por concepto de la indemnización a que tiene derecho la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA para restablecer el equilibrio financiero del contrato 005 de 1999, sus adicionales No 6 y 8.

DÉCIMONOVENA: Que se condene en costas, gastos procesales y agencias en derecho a los convocados.”

1.3.24 Hechos de la demanda.

La Parte Convocante fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en la demanda reformada, los cuales expresa así:

1.- ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No 005 de 1999 CELEBRADO ENTRE EL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS CON LA UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA.

1.- Entre la UNIÓN TEMPORAL "DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA" - en adelante la Unión Temporal, el Concesionario o la convocada - y el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS - se celebró el 29 de enero de 1999, el contrato de concesión No 005, que tuvo por objeto la ejecución del proyecto vial denominado "MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA". La Unión Temporal inicialmente estaba conformada por SIDECO AMERICANA S.A, PAVIMENTOS DE COLOMBIA SAS (PAVCOL) MARIO HUERTAS COTES, LUIS HÉCTOR SOLARTE, CARLOS ALBERTO SOLARTE y la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA. Posteriormente ante la muerte del

Sr LUIS HÉCTOR SOLARTE SOLARTE, fueron reconocidos como sus sucesores LUIS HERNANDO, GABRIEL y DIEGO SOLARTE VIVEROS, MARÍA VICTORIA SOLARTE DAZA y LUIS FERNANDO SOLARTE MARCILLO.

*2.- El contrato No 005 de 1999 fue cedido a título gratuito por el INVIAS al INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO - en virtud de lo establecido en el artículo 18 del Decreto 1800 de 2003. A su vez, el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES –INCO- cambió su naturaleza jurídica y su denominación mediante Decreto 4165 de 2011 de establecimiento público a Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial del sector descentralizado de la rama ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica denominada AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- y, de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 del mencionado Decreto **"los derechos y obligaciones que a la fecha de expedición del presente decreto tenga el Instituto Nacional de Concesiones INCO, continuarán a favor y a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura"** de manera que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- cuenta con legitimación por activa para realizar la presente solicitud de convocatoria de Tribunal arbitral.*

*3.- El contrato de concesión No 005 de 1999, estableció que el valor efectivo del mismo remuneraría **"todos los costos y gastos –directos e indirectos- en que incurra el Concesionario por la preparación y celebración del Contrato, así como por la ejecución y terminación del Proyecto, los impuestos, tasas y contribuciones que se causen por la ejecución del presente contrato..."***

TERCERO: La cláusula 49, del régimen fiscal del contrato establece:

"la ejecución del presente contrato se realizará de conformidad con lo previsto en las normas tributarias aplicables en la República de Colombia.

Se entiende que todos los impuestos, tasas y contribuciones asociados a la actividad del Concesionario vigentes durante la ejecución del Contrato están incluidos en los cálculos de la propuesta hecha por el Concesionario.

El Concesionario pagará el impuesto de timbre de conformidad con las normas tributarias vigentes”.

4.- La cláusula 63.1 del contrato establece que el Concesionario “declara que conoce y ha revisado cuidadosamente todos los asuntos e informaciones relacionados con la celebración y ejecución de este contrato... incluyendo el régimen tributario a que estará sometido el Concesionario”.

2.- MODELOS FINANCIEROS DEL ADICIONAL No 13 Y SU OTROSÍ No 2.

5.- La convocada presentó el 6 de junio de 2006 (oficio UTDVVCC 1056-06) una propuesta al INCO – hoy ANI - con tres alternativas financieras de ejecución del contrato adicional No 13 que incluían los alcances definitivos de las obras adicionales, cuyo valor – incluido IVA- ascendía a los CUATROCIENTOS OCHO MIL MILLONES DE PESOS CORRIENTES (\$408.0000.000.000), equivalentes a DOSCIENTOS DIEZ MIL CIENTO NOVENTA MILLONES NOVENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS (\$210.190.098.397) de diciembre de 1997.

6.- La alternativa 1 incluía dentro de los ingresos que remunerarían al concesionario el recaudo adicional a las nueve (9) estaciones de peajes con las que ya contaba el Contrato de Concesión No. 005/1999, el recaudo de la Estación de Peaje Loboguerrero. Es decir, quedaban 10 estaciones de peaje. La Alternativa 2, solo contemplaba los ingresos de las nueve (9) estaciones de peajes con las que ya contaba el Contrato de Concesión No. 005/1999, lo que significaba que la remuneración de las obras adicionales se empezaría a realizar una vez obtenido el ingreso esperado del contrato inicial. La Alternativa 3 contemplaba dentro de los ingresos además del recaudo de las nueve (9) estaciones de peajes con las que ya contaba el Contrato de Concesión No. 005/1999, el ingreso de la Estación de Peaje de Loboguerrero y aportes de la Nación por valor de \$20.000.000.000 durante cinco (5) años.

Para mayor claridad se incluye un cuadro que da cuenta de las tres alternativas financieras presentadas por la Convocante.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

TRAMOS	CONTRATO ANI CLAUSULA No. 2			EJECUCION FINAL OBRAS			OBRAS PENDIENTES	
	Mes es	Fecha Inicial	Fecha Final	Fecha Inicial	Fecha final	Mes es	Fecha Final	Mes es
Tramos 1	12	14/08/20 00	14/08/20 01	14/08/20 00	10/12/20 04	31		
Tramos 2	30	14/08/20 00	14/08/20 03	14/08/20 00	17/01/20 06	65	31/12/20 08	101, 5
Tramos 3	36	14/08/20 00	14/08/20 03	14/08/20 00	17/07/20 09	107		
Tramos 4	18	14/08/20 00	14/08/20 01	14/08/20 00	10/01/20 07	77	31/12/20 08	112, 5
Tramos 5	18	14/08/20 00	14/08/20 02	14/08/20 00	17/01/20 06	65	31/12/20 08	100
Tramos 6	36	14/08/20 00	14/08/20 03	14/08/20 00	18/01/20 09	101	31/12/20 08	101

7.- Al momento de la firma del contrato adicional No 13, el INCO optó por la alternativa No 2, esto es sin los ingresos del recaudo del peaje de Loboguerrero, ni aportes de la Nación, con el siguiente modelo financiero:

ALTERNATIVA 2 - Sin peaje ni Aportes de la Nación

75

DATOS MEDIACANOA - LOBOGUERRERO - VALOR DE INGRESO ESPERADO (NO INCLUYE PEAJE)
El Concesionario fondea recursos para Predios, Gestión Social y Lic. Ambientales

DATOS BÁSICOS EN MILLONES DE PESOS DE DICIEMBRE DE 1997

Valor de la Construcción	\$210.190
+ Diseños	\$7.756
+ Predios	\$7.727
+ Lic Ambientales	\$5.152
+ Gestión Social	\$1.030
Total Inversión	\$231.855
Tiempo de construcción (meses)	60
Inicio de Obra	oct-07
Fin de la obra	sep-12
Valor Infraestructura de operación	\$4.284
Km/calzada Contrato 005 de 1999	512
Km/calzada contrato Mediacañoa - Loboguerrero	57,4
Vlr/km mantenimiento periódico	\$103
Fecha último mantenimiento periódico contrato 005 de 1999	dic-16
Tiempo de mantenimiento periódico (años)	5
Duración del mantenimiento periódico (meses)	24
Mantenimiento Periódico Contrato 005 de 1999	\$56.649
Mantenimiento Periódico Mediacañoa - Loboguerrero	\$5.945
Reposición Equipos	\$3.606
Gastos de operación de peajes y de la vía, administración y mantenimiento rutinario (% sobre ingresos)	20%
Inflación anual (%)	5%
Tasa de renta	38,5%
Impuesto de timbre	0,75%
ICA	1,0%
Tasa de crecimiento peajes	1,5%

INGRESO ESPERADO EN MILLONES DE PESOS DE DICIEMBRE DE 1997

Valor del Ingreso esperado Proyecto Mediacañoa - Loboguerrero	\$3.840.265
Valor ingreso esperado actual Contarto 005 de 1999	\$1.041.414
Total Ingreso Esperado Adicionando Mediacañoa - Loboguerrero	\$4.881.679
Mes de Cumplimiento [Mes Concesión]	633
Cumplimiento [Mes]	mar-59
Meses adicionales	483
Años adicionales	40
Tir Corriente	12,51%
Tir Real	7,16%

[Handwritten signature]

[Handwritten initials]

8.- El INCO, el 9 de agosto de 2006, celebró con el concesionario el contrato adicional No 13 considerando la importancia estratégica del sistema de doble calzada del corredor vial Buga – Buenaventura sustentado en los análisis de conveniencia y oportunidad, como también en conceptos de la asesoría jurídica externa y del supervisor del contrato y el análisis contratado a la firma "Compañía de Profesionales de Bolsa S.A".

9. En dicho contrato adicional No 13 se previó en la cláusula décima que el término de ejecución del contrato de concesión 005 de 1999, "será el allí previsto y hasta 35 años más". Es decir, el término

*inicial de duración de 20 años, se amplió a 55 años. Las obras adicionales pactadas en el contrato adicional No 13, se tasaron en \$231.855.098.397 de diciembre de 1997, incluyendo en este valor los diseños, fondeos predial y ambiental y gestión social, como da cuenta el cuadro antes transcrito. Como contraprestación a cargo de la ANI y en favor del Concesionaria éste último amortizaría sus inversiones con los derechos de recaudo de los peajes existentes **en el proyecto concesionado, "Incluyendo el peaje de Loboguerrero en el evento de la cesión de los derechos del recaudo de éste". Es decir, como ya se dijo, dichas obras adicionales solamente serían remuneradas una vez el Concesionario obtuviese el ingreso esperado del contrato inicial No 005 de 1999***

10.- En ese mismo contrato adicional No 13 – cláusula decimotercera- se dispuso que el valor del ingreso esperado sería de CUATRO BILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES de diciembre de 1997, cantidad que podría ir disminuyendo en el evento en el que las inversiones del Concesionario se realizaran con aportes estatales del Presupuesto General de la Nación, la cesión del recaudo del peaje de Loboguerrero y/o el incremento tarifario de los peajes. Se aclaró en la misma cláusula decimotercera del contrato adicional No 13, que el ingreso esperado antes mencionado "será determinado como resultado del ejercicio financiero presentado por el CONCESIONARIO mediante oficio UTDVVCC 1056 DE JULIO 6 DE 2006, donde se define la Tasa Interna de Retorno, para cada una de las tres alternativas propuestas y/o cualquier combinación de éstas".

11.- El 14 de enero de 2008, el INCO y el CONCESIONARIO suscribieron el otrosí modificadorio No 2 del contrato adicional No 13, motivados en la modificación del trazado que se había pactado con el objeto de no afectar la reserva forestal de Yotoco, con la alternativa de un par vial de 2,25 kilómetros e incluyendo para la realización de esta modificación un valor de \$35.025.000.000 millones de pesos de diciembre de 1997 que se pagarían bajo la modalidad de ingreso esperado durante 85 meses de recaudo del peaje de la estación Loboguerrero por parte de la Convocada.

12.- La Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca mediante oficio UTDVVCC-0047-2008, de fecha Enero 11 de 2008 presentó propuesta financiera par vial Yotoco. El Ingreso Esperado por las obras adicionales en el Par Vial del Yotoco, según la propuesta financiera del Concesionario fue la suma de \$35.025.000.000.00 de diciembre de 1997, al cual se pagaría con el recaudo de peajes de la Estación Loboguerrero a partir de Enero de 2010. A continuación se presenta el resumen del modelo financiero presentado por el Concesionario, el cual sirvió de base para la firma del Otrosí No. 2 al Adicional No. 13 del Contrato de Concesión No. 005/1999:

DATOS YOTOCO - VALOR DE INGRESO ESPERADO
El Concesionario fondea recursos para Predios, Gestión Social y Lic. Ambientales

DATOS BÁSICOS EN MILLONES DE PESOS DE DICIEMBRE DE 1997

Valor de la Construcción	\$7.882
+ Diseños	\$291
+ Predios	\$2.000
+ Lic Ambientales	\$3.000
Total Inversión	\$13.173
Tiempo de construcción (meses)	60
Inicio de Obra	oct-08
Fin de la obra	sep-13
Valor Infraestructura de operación	
Km/calzada Adicionales Par Vial Yotoco	2,3
Vlr/km mantenimiento periódico	\$103
Tiempo de mantenimiento periódico (años)	5
Duración del mantenimiento periódico (meses)	24
Mantenimiento Periódico Par vial Yotoco	\$233
Gastos de operación de peajes y de la vía, administración y mantenimiento rutinario (% sobre ingresos)	20%
Inflación anual (%)	5%
Tasa de renta	38,5%
Impuesto de timbre	0,75%
ICA	1,0%
Peaje Nuevo (Ingreso mensual) Pesos Corrientes de 2006	\$1.000
Tasa de crecimiento peajes	1,5%

INGRESO ESPERADO EN MILLONES DE PESOS DE DICIEMBRE DE 1997

◀		▶
Valor del Ingreso esperado Par vial Yotoco	\$35.025	
Mes de Cumplimiento [Mes Concesión]	85	
Cumplimiento [Mes]	feb-15	

Se prepara el mantenimiento periódico requerido para incluir este tramo de vía en el modelo de la Concesión

13.- El ingreso esperado del otrosí No 2 al contrato adicional No 13 se logró en el mes de noviembre de 2013, fecha para la cual el Concesionario efectivamente recibió la suma de \$ 35. 025. 000. 000. 00, correspondientes a pesos de diciembre de 1997. Así consta en las actas de ingreso generado suscritas por la Interventoría y el Concesionario. Por esa razón,

en la actualidad la estación de peaje en Loboguerrero se revirtió a la ANI, y hoy está en poder de otro contratista y por cuenta de otro contrato.

DESPLAZAMIENTO DEL CRONOGRAMA DE OBRA.

14.- De acuerdo con el contrato adicional No 13 las obras adicionales en él pactadas debían realizarse en un plazo de 60 meses contados a partir de octubre de 2007, de manera que deberían finalizar en septiembre de 2012; empero el acta de inicio de la etapa de construcción del Adicional No 13 solamente se suscribió el 22 de abril de 2009, por lo que deberían haber finalizado el 21 de abril de 2014, lo cual tampoco ocurrió en esta última fecha, pues a la fecha de reforma de esta demanda, tales obras están inconclusas y en ejecución.

15. Independientemente de cuál hubiese sido la razón por la cual se presentó la tardanza en la suscripción del acta de inicio de las obras adicionales como también de quien pudo haber sido la responsabilidad de esta dilación, lo cierto es que hubo un desplazamiento en el cronograma de la obra, que obviamente generó un beneficio económico en favor del concesionario y en detrimento de la ANI.

16.- En efecto, para el desplazamiento de inversión de los Estudios y diseños del Adicional No. 13 al Contrato de Concesión No. 005/1999, se utilizó la información suministrada por la Interventoría del proyecto INTERCOL SP, mediante correo electrónico, en donde se observa que el tiempo de ejecución de los Estudios y diseños, fue de 30 meses y no de 15 meses como inicialmente se había planteado en el modelo marginal del Adicional No. 13:

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Descripción	Fecha contractual	tiempo (meses)	Observación
Inicio etapa de Preconstrucción	26 de octubre de 2006	15	
Otrosí No.2 Ampliación etapa de Preconstrucción. (Enero 14 de 2008).	26 de junio de 2008	5	Modificar el trazado vial establecido para la segunda calzada entre Mediacanoa y Loboguerrero al paso por la Reserva Forestal de Yotoco, paralela a la vía existente entre el K98+200 Y k103+150, para lo cual el Concesionario se obliga a realizar bajo su cuenta y riesgo los estudios, los diseños definitivos y la construcción del Par Vial, rodeando la Reserva Forestal de Yotoco en una longitud de 7200 mts, obteniéndose como longitud adicional a la inicialmente contratada una distancia de 2250 mts. Ampliación del plazo etapa de preconstrucción: 5 meses más al plazo estipulado inicialmente.
Otrosí No.3 Ampliación etapa de Preconstrucción. (Junio 24 de 2008).	24 de septiembre de 2008	3	Adicionar 3 meses al plazo estipulado en la cláusula tercera del contrato adicional No. 13 al contrato de concesión 005 de 1999, que fuera ampliado en cinco meses mediante el otrosí No. 2 del contrato adicional 13.
Otrosí No.4 Ampliación etapa de Preconstrucción. (Septiembre 24 de 2008).	26 de Febrero 26 2.009.	5	Ampliar en 5 meses más el plazo estipulado en la cláusula tercera del contrato adicional No. 13 al contrato de concesión 005 de 1999, que fuera ampliado en tres meses mediante el otrosí No 3 del contrato adicional 13.
Otrosí No.5 Ampliación etapa de Preconstrucción. (Febrero 24 de 2009).	26 de Abril 26 2.009.	2	Ampliar en 02 meses más el plazo estipulado en la Cláusula Tercera del Contrato Adicional No 13 al Contrato de Concesión No 005 de 1999, plazo que inicia a partir del 26 de Febrero de 2009.

17.- De otro lado, el Modelo Financiero del Otrosí No. 2 al Adicional No. 13 al Contrato de Concesión No. 005/1999, estableció como fecha de inicio de obras adicionales incluidas en el Otrosí la de octubre de 2008 con un plazo de sesenta (60) meses, finalizando en septiembre de 2013; empero, el Acta de inicio de etapa de construcción del Adicional 13, solamente se vino a suscribir en abril de 2009, por lo que dichas obras deberían haber finalizado en abril de 2014, las cuales tampoco concluyeron en esta última fecha, pues aun hoy se encuentran en ejecución.

18. Tales obras adicionales del Otrosí No 2 al Adicional No 13 ya fueron remuneradas al Concesionario desde noviembre de 2013, fecha en la cual se obtuvo el ingreso esperado pactado en dicho Otrosí.

19.- Es evidente que, además del desplazamiento en el cronograma de las obras pactadas en el adicional No 13, la misma situación se presentó respecto de las obras acordadas en el Otrosí No 2 de ese adicional, lo cual ocasionó beneficio financiero en la rentabilidad del proyecto a favor del Concesionario y en detrimento de la ANI, que debe ser compensado para mantener las condiciones iniciales del contrato.

20.- Adicionalmente, a la fecha el Concesionario a pesar de los requerimientos de la Agencia, No ha procedido a ajustar dentro del modelo financiero los efectos por el desplazamiento de la inversión a causa de la ejecución tardía de las obras. En efecto, en varias comunicaciones (radicado No 2012-300-013514-1 del 23 de octubre de 2012 de Camilo Mendoza Roza Vicepresidente de Gestión Contractual

de la ANI dirigido a Carlos Alberto Solarte, representante legal Unión Temporal Vial del Valle del Cauca y Cauca y radicado 2013-305-000749-1 del 21 de enero de 2013 de Camilo Mendoza Roza Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI y Hernando Mereb Rodríguez, gerente grupo interno de trabajo financiero ANI dirigido a Carlos Alberto Solarte), la ANI no solamente requirió al Concesionario reclamándole por la alteración económica de los modelos financieros, sino que además le hizo otras advertencias sobre los temas que también hacen parte de los hechos y declaraciones propuestas en este Tribunal.

3.- TASA DE IMPUESTO DE RENTA DEL ADICIONAL No 13 Y SU OTROSÍ No 2.

ALTERNATIVA 1	ALTERNATIVA 2	ALTERNATIVA 3
Incluyendo el Peaje de Loboguerrero, con fondeo de recursos para predios, gestión social y licencias ambientales por el Concesionario	Sin Peaje, ni aportes de la Nación con fondeo de recursos para predios, gestión social y licencias ambientales por el Concesionario	Incluyendo el Peaje de Loboguerrero y aportes de la Nación con fondeo de recursos para predios, gestión social y licencias ambientales por el Concesionario
Por un valor total de \$231.885 MM, con un tiempo de construcción de 60 meses, con una tasa de renta de 38.5% con 413 meses de concesión que implicaban 22 años adicionales de concesión y con un ingreso esperado de \$3.118.064 MM, y una TIR corriente del 121,54 (TIR REAL DEL 7,18	Por un valor total de \$231.855 MM, con un tiempo de construcción de 60 meses, con una tasa de renta del 38.5% con 633 meses de concesión que implicaban 40 años adicionales de concesión y con un ingreso esperado de \$4.881.679 MM, y una TIR CORRIENTE del 12,51% (REAL del 7,16%)	Por un valor total de \$231.855MM, con un tiempo de construcción de 60 meses, con tasa de renta del 38.5%, con 367 meses de concesión que implicaban 18 años adicionales de concesión y con un ingreso esperado de \$2.763.414 MM, y una TIR CORRIENTE del 12,56% (REAL del 7,20%) y cinco aportes nacionales por \$20.000MM cada uno.

21.- En el mes de junio de 2006, el INCO decidió incluir dentro del Contrato 005 de 1999, proyecto vial denominado "MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA", una segunda calzada en el tramo

Mediacanoa – Loboguerrero con una longitud aproximada de 57.4 kilómetros sobre la ruta 40, con una velocidad de diseño de 60 kilómetros por hora, por lo que expidió el pliego de condiciones respecto del "DISEÑO CONSTRUCCIÓN, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA SEGUNDA CALZADA MEDIACANOA – LOBOGUERRERO DEL PROYECTO DENOMINADO MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, POR EL SISTEMA DE CONCESIÓN".

22.- Como ya se dijo antes, dicha propuesta contenía tres alternativas financieras que consideró el proponente y que dejó a elección del INCO para que aprobara la que mejor se ajustara a sus intereses. Alternativas, que se resumen a continuación:

Para mayor ilustración y comprobación de lo afirmado en el hecho, se pueden consultar las alternativas propuestas por la convocada en el oficio UTDVVCC-1056-06 del 6 de julio de 2006, páginas 6, 16 y 31.

	ALTERNATIVA 1	ALTERNATIVA 2	ALTERNATIVA 3
Valor del ingreso esperado Proyecto Mediacanoa – Loboguerrero	\$2.568.650	\$3.963.265	\$2.191.450
Valor ingreso esperado actual contrato 005 de 1999	\$1.041.414	\$1.041.414	\$1.041.414
Total ingreso esperado adicional Mediacanoa – Loboguerrero	\$3.610.064	\$5.004.679	\$3.232.864

Mes de Cumplimiento /Mes de Concesión)	465	642	420
Cumplimiento (Mes)	Mar-45	Ene-60	Jun-41
Meses adicionales	315	493	270
Años adicionales	26	41	23
TIR Corriente	11,59%	11,59%	11,60%
TIR Real	6,28%	6,28%	6,28%

23.- El INCO con el fin de evaluar las respectivas alternativas que le presentó el concesionario contrató a la COMPAÑÍA DE PROFESIONALES DE BOLSA S.A., miembro de la Bolsa de Valores de Colombia para la **"REVISIÓN Y CONCEPTO ACERCA DEL MODELO FINANCIERO DE LA ADICIÓN A LA CONCESIÓN DE LA MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA DEL TRAYECTO MEDIACANOA – LOBOGUERRERO"**. Dicho estudio de la COMPAÑÍA DE PROFESIONALES DE BOLSA S.A no pudo haberse basado en las alternativas financieras propuestas por el Concesionario en el oficio UTDVVCC 1056 de julio 6 de 2006, como debía haber ocurrido, porque sus resultados son totalmente diferentes y no guardan coherencia con las cifras del citado oficio, como se aprecia en el siguiente cuadro:

24.- Con respecto a la tasa del impuesto de renta del modelo financiero del contrato adicional No 13, en la **"REVISIÓN Y CONCEPTO ACERCA DEL MODELO FINANCIERO DE LA ADICIÓN A LA CONCESIÓN DE LA MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA DEL TRAYECTO MEDIACANOA-LOBOGUERRERO**, efectuada por el contratista referenciado, la COMPAÑÍA PROFESIONALES DE BOLSA se manifestó textualmente¹³

¹³ Ver página 76 del documento "REVISIÓN Y CONCEPTO ACERCA DEL MODELO FINANCIERO DE LA ADICIÓN A LA CONCESIÓN DE LA MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA DEL TRAYECTO MEDIACANOA-LOBOGUERRERO" suscrito por la Compañía de Profesionales de Bolsa S.A.

"Impuesto de Renta: Equivalente al 38.5% sobre el flujo neto. El resultado de su aplicación se ajusta a la naturaleza del contrato, teniendo en cuenta que un proyecto totalmente operacional. Sin embargo, es pertinente realizar el análisis teniendo en cuenta los beneficios tributarios que genera la amortización de los cargos diferidos ocasionados por la activación del valor de las obras;

En el mismo concepto, a página 78, los profesionales de bolsa encargados adicionalmente advierte que:

"En este orden de ideas, la metodología utilizada para la construcción del modelo y los resultados que arroja, se encuentran enmarcados dentro de las prácticas comunes de estructuración financiera, utilizadas en el mercado colombiano. No obstante lo anterior, es pertinente precisar que debería incluirse dentro del análisis, el impacto que se genera por el beneficio tributario causado por la amortización de diferidos e intangibles" (resalto)

El estudio mencionado en su punto No 4, particularmente en su numeral 4.6, informa al INCO que:

"Comparando los resultados que se obtienen al modelar cada una de las alternativas financieras presentadas por el concesionario, se observa que la que presenta un mayor valor del ingreso esperado es la alternativa en la cual no se entrega al Concesionario el peaje de Loboguerrero. Adicionalmente, en este caso, sería necesario que la concesión se extendiera por algo más de 50 años"

Acto seguido, el informe establece que "consideramos que la alternativa más apropiada debería ser aquella en la cual se entregan los recursos provenientes del peaje de Loboguerrero, por cuanto, teniendo la misma rentabilidad, el período de ajuste del contrato es menor".

25.- Consultada la interventoría del contrato, el CONSORCIO INTERVALLE, se pronunció mediante oficio CIV-SEA-089-2004-016-OP DEL 5 DE JUNIO DE 2006, y puntualmente manifestó que:

"teniendo en cuenta la magnitud del proyecto y la legislación vigente se recomienda efectuar el ejercicio

*financiero con una tasa de impuesto de renta del **35%**” (resalto)*

18.- A pesar de la clara manifestación de la interventoría acerca de que la tasa del impuesto de renta debería ser del 35%, se adoptó las del 38.5%, la cual era ilegal, como adelante se explica, y por ende lesiva de los intereses económicos del INCO hoy ANI.

*26.-En efecto, a la fecha de suscripción de Adicional No. 13 al Contrato 005 de 1.999, el artículo 99 de la ley 223 de 1995¹⁴ establecía como tasa de renta el 35%. Posteriormente a Ley 863 de 2003 al reformar **la ley anterior determinó lo siguiente: “(...) Sobretasa a cargo de los contribuyentes obligados a declarar el impuesto sobre la renta. Por los años gravables 2004, 2005 y 2006, créase una sobretasa a cargo de los contribuyentes obligados a declarar el impuesto sobre la renta y complementarios. (...)”**, por lo cual a partir del año 2007 en adelante se debió aplicar una tasa del 35%, toda vez que la sobre-tasa del 10% que incrementaba la tasa de imporenta al 38.5% aplicaba solo para los años gravables 2004, 2005 y 2006 por tratarse de una sobre-tasa transitoria o temporal.*

27.- Ahora bien, en relación con la tasa del impuesto de renta incluida en el Otrosí No 2, también del 38.5%, igualmente devino ilegal porque para la fecha en el que este se suscribió la ley 1111 de 2006 artículo 12¹⁵, la tasa del impuesto para la renta era de 33%.

28.- Como consecuencia de haber incluido en el Contrato adicional No 13 y su otrosí No 2 tasas del impuesto a la renta superiores a las que estaban autorizadas en las leyes entonces vigentes – Ley 223 de 1995 reformada por la ley 863 de 2003, y la ley

¹⁴ ARTICULO 99. Tarifa para Sociedades Nacionales y Extranjeras y Para Personas Naturales Extranjeras sin Residencia. A partir del año gravable de 1996 la tarifa prevista en el artículo 240, en los parágrafos 1 y 3 del artículo 245 y en el artículo 247 del Estatuto Tributario será el treinta y cinco por ciento (35%).

¹⁵ ARTÍCULO 12. Modificanse los artículos 240 y 241 del Estatuto Tributario, los cuales quedan así:

“Artículo 240. Tarifa para sociedades nacionales y extranjeras. La tarifa única sobre la renta gravable de las sociedades anónimas, de las sociedades limitadas y de los demás entes asimilados a unas y otras, de conformidad con las normas pertinentes, incluidas las sociedades y otras entidades extranjeras de cualquier naturaleza, es del treinta y tres por ciento (33%).

PARÁGRAFO. Las referencias a la tarifa del treinta y cinco por ciento (35%) contenidas en este Estatuto, deben entenderse modificadas de acuerdo con las tarifas previstas en este artículo.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Por el año gravable 2007 la tarifa a que se refiere el presente artículo será del **treinta y cuatro por ciento (34%)”**.

1111 de 2006 – se generó beneficio patrimonial en favor del Concesionario y en detrimento del INCO hoy ANI. En efecto, habiéndose utilizado una tasa del impuesto a la renta de la encima a le legalmente prevista, el Concesionario demostraba mayores gastos de los que en realidad hizo, y como consecuencia de ello la ANI debió remunerarle un mayor valor del ingreso esperado.

29.- De haberse incluido en el contrato adicional No 13 la tasa del impuesto de renta que legalmente estaba autorizada del 35%, la ANI habría tenido que remunerar la suma de \$3.791.110 MM de diciembre de 1997, pero como la incluida fue del 38.5% tuvo que remunerar la suma de 4.881.679 MM de diciembre de 1997, como así se demuestra con el informe adjunto realizado por la firma ERNST & YOUNG.

30.- En relación con las consecuencias de incluir en el Otrosí No 2 del adicional No 13 una tasa del impuesto de renta contrario a la ley, igualmente se traduce en un beneficio económico para el Concesionario en detrimento de la ANI, porque el ingreso esperado en ningún caso habría sido de \$35.025 MM de diciembre de 1997, sino que se habría disminuido en la parte proporcional en lo que tiene que ver con la tasa. En in informe de ERNST & YOUNG se señalan varios factores que habrían disminuido ese ingreso esperado de \$35.025 MM de diciembre de 1997 a \$22.795 MM de diciembre de 1997, entre otros, el desplazamiento en el cronograma de obra, deducción por activos fijos, impuesto de timbre.

4.- AMORTIZACIONES Y DEPRECIACIONES.

31.- Tanto en el contrato adicional No 13, como en el modificador otrosí No 2, el concesionario incluyó una tasa de impuesto de renta del 38.5%, como ya se explicó, pero adicionalmente excluyó las amortizaciones¹⁶ y depreciaciones de sus inversiones, contrariando igualmente la ley tributaria vigente.

¹⁶ El Estatuto Tributario en su Artículo 142. DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DE INVERSIONES. <Fuente original compilada: D. 2053/74 Art. 58 Inc. 1o.> Son deducibles, en la proporción que se indica en el artículo siguiente, las inversiones necesarias realizadas para los fines del negocio o actividad, si no lo fueren de acuerdo con otros artículos de este capítulo y distintas de las inversiones en terrenos. Inc. 2o.> Se entiende por inversiones necesarias amortizables por este sistema, los desembolsos efectuados o causados para los fines del negocio o actividad susceptibles de demérito y que, de acuerdo con la técnica contable, deban registrarse como activos, para su amortización en más de un año o período gravable; o tratarse como diferidos, ya fueren gastos preliminares de instalación u organización o de desarrollo; o

32. En efecto, la ley tributaria permite la aplicación de beneficios fiscales derivados de realizar las depreciaciones y amortizaciones sobre las inversiones. Si en un flujo de caja no se contemplan las depreciaciones y amortizaciones de las inversiones la base gravable para calcular el impuesto de renta es más alta, y si a ello se le agrega el incluir una tasa de impuesto a la renta más alta a la establecida por la Ley, esto reduce la rentabilidad del inversionista, quien para compensar esa situación tendría que recibir mayor remuneración por sus mayores costos y gastos y alcanzar una rentabilidad aceptable para su negocio.

33.- La situación que viene de describirse fue la que se presentó por cuanto el ingreso esperado por las obras del adicional No 13 el Concesionario debió ser solamente de \$3.856.851 MM de diciembre de 1997, y no de \$4.881.679 MM de diciembre de 1997 y no como está prevista en la cláusula decimotercera del Contrato Adicional No 13.

34. Situación similar a la anterior se presentó con ocasión del ingreso esperado respecto del Otrosí No 2, pues como antes se vio, este en todo caso también habría sido inferior al previsto, como de manera global lo refiere el informe de ERNST & YOUNG, como ya se explicó.

costos de adquisición o explotación de minas y de exploración y explotación de yacimientos petrolíferos o de gas y otros productos naturales.

Inc. 3o.> También es amortizable el costo de los intangibles susceptibles de demérito.

El Estatuto Tributario Artículo 143. TÉRMINO PARA LA AMORTIZACIÓN DE INVERSIONES. <Artículo modificado por el artículo 91 de la Ley 223 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> Las inversiones a que se refiere el artículo precedente pueden amortizarse en un término no inferior a cinco (5) años, salvo que se demuestre que, por la naturaleza o duración del negocio, la amortización debe hacerse en un plazo inferior. En el año o período gravable en que se termine el negocio o actividad, pueden hacerse los ajustes pertinentes, a fin de amortizar la totalidad de la inversión.

<Inciso modificado por el artículo 236 de la Ley 685 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando se trate de los costos de adquisición o exploración y explotación de recursos naturales no renovables, la amortización podrá hacerse con base en el sistema de estimación técnica de costo de unidades de operación o por el de amortización en línea recta en un término no inferior a cinco (5) años. Cuando las inversiones realizadas en exploración resulten infructuosas, su monto podrá ser amortizado en el año en que se determine tal condición y en todo caso a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes.

Para los casos diferentes de los previstos en el inciso precedente, en los contratos donde el contribuyente aporte bienes, obras, instalaciones u otros activos, los cuales se obligue a transferir durante el convenio o al final del mismo, como en el caso de los contratos de concesión, riesgo compartido o "joint venture", el valor de tales inversiones deberá ser amortizado durante el término del respectivo contrato, hasta el momento de la transferencia. La amortización se hará por los métodos de línea recta o reducción de saldos, o mediante otro de reconocido valor técnico autorizado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. En lo relacionado con los contratos de concesión para infraestructura, el sistema de amortización aquí previsto rige solamente para los que se suscriban a partir de la vigencia de la presente ley.

35.- Sin éxito la Convocante ha requerido al Concesionario¹⁷ para que incluya dentro del modelo financiero las depreciaciones y amortizaciones que reducen su impuesto de renta y reportan para el ingreso que desequilibran la ecuación financiera del contrato en contra de la Agencia Nacional de Infraestructura, sin obtener respuesta alguna.

5.- TASA DE IMPUESTO DE TIMBRE DEL OTROSÍ No 2 DEL CONTRATO ADICIONAL No 13.

36. En el Otrosí No 2 del Contrato Adicional No 13 se previó como tasa del impuesto de timbre la de 0.75%, cuando de acuerdo con el artículo 72 de la ley 1111 de 2006 la misma se redujo al cero por ciento (0%) a partir del año 2010. A pesar de que el Otrosí No 2 se firmó en el 14 de enero de 2008, la ley 1111 estaba vigente desde el 2006, por lo que debió preverse desde entonces que a partir de 2010 la tasa se reducía a cero por ciento (0%).

37.- Esta situación generó que el Concesionario demostrara mayores gastos que en ningún caso tuvo que realizar, lo que a su vez implicó que los mismos tuvieran que ser reconocidos por la ANI con un mayor valor del ingreso esperado, el cual ya fue obtenido por el Concesionario en noviembre de 2013.

38.- La Convocante ha requerido al Concesionario para que ajuste el modelo financiero en relación con el IMPUESTO DE TIMBRE que fue eliminado en virtud del artículo 72 de la Ley 1111 de 2006¹⁸ y jamás fue sustraído del mismo, lo cual ha causado un desequilibrio financiero del contrato en contra de la Agencia Nacional de Infraestructura. Todo ello a pesar de lo pactado en la cláusula 49 del contrato 005 de 1999, que en su inciso final establece que:

"El Concesionario pagará el impuesto de timbre de conformidad con las normas tributarias vigentes"

6.- DESPLAZAMIENTO EN LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DEL CONTRATO BÁSICO Y LOS ADICIONALES No 6 Y 8.

¹⁷ Los requerimientos efectuados al Concesionario constan en los oficios 2012-300-013514-1 del 23 de octubre de 2012 y 2013-305-000749-1 de 21 de enero de 2013.

¹⁸ La tarifa del impuesto de timbre nacional se reducirá "Al cero por ciento (0%) a partir del año 2010"

39. Las obras que debían ejecutarse relacionadas con el Contrato Básico 005 de 1999 y sus adicionales No 6 y 8 debieron haberse ejecutado dentro de los plazos previstos en cada uno de estos documentos, sin que ello hubiere ocurrido conforme a lo pactado.

40.- En efecto, en relación con la ejecución de las obras del Contrato Básico 005 de 1999 el plazo máximo concedido de acuerdo con la cláusula 6 era de 39 meses después de haberse suscrito el acta de iniciación, diseminados en los siguientes tramos:

Tramo 1	12 meses
Tramo 2	30 meses
Tramo 3	36 meses
Tramo 4	16 meses
Tramo 5	18 meses
Tramo 6	36 meses

El acta de iniciación de la obra fue suscrita el 14 de agosto de 2000, sin que se hubiesen ejecutado las obras en los diferentes plazos de los distintos tramos.

41. En efecto, de acuerdo con el informe técnico ejecutivo de 2012 calendado el 23 de enero de 2013 de la Interventoría INTERCOL SP, respecto de la tardanza en la ejecución de las obras estableció lo que se refleja en el siguiente cuadro:

TRAMOS	CONTRATO ANI CLAUSULA No. 2			EJECUCION FINAL OBRAS			OBRAS PENDIENTES	
	Meses	Fecha Inicial	Fecha Final	Fecha Inicial	Fecha final	Meses	Fecha Final	Meses
Tramos 1	12	14/08/2000	14/08/2001	14/08/2000	10/12/2004	31		
Tramos 2	30	14/08/2000	14/08/2003	14/08/2000	17/01/2006	65	31/12/2008	101,5
Tramos 3	36	14/08/2000	14/08/2003	14/08/2000	17/07/2009	107		

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Tramos 4	18	14/08/2000	14/08/2001	14/08/2000	10/01/2007	77	31/12/2008	112,5
Tramos 5	18	14/08/2000	14/08/2002	14/08/2000	17/01/2006	65	31/12/2008	100
Tramos 6	36	14/08/2000	14/08/2003	14/08/2000	18/01/2009	101	31/12/2008	101

42.- En relación con la ejecución de las obras del adicional No 6 del Contrato Básico 005 de 1999 los plazos concedidos según la cláusula quinta y lo dispuesto en el acta de acuerdo del 11 de febrero de 2004, están descritos en el siguiente cuadro:

CONTRATO	TRAMO	OBRA	FECHA INICIO SEGÚN CONTRATO	FECHA FINAL CONTRACTUAL
Adicional No.6	2	Variante El Bolo	28/jul/2005	31/ene/2007
	3	Intersección Cincuentenario	28/jul/2005	31/dic/2006
		Intersección Santa Helena	13/dic/2007	12/jun/2008
		Intersección a desnivel en Guacarí	11/ago/2006	12/feb/2007
	4	Intersección a desnivel La Herradura	28/jul/2005	31/dic/2006
		Intersección La Dolores	28/jul/2005	31/mar/2006
	6	Variante La Acequia	28/jul/2005	30/jun/2007

43.- *En efecto, en relación con la ejecución de las obras del adicional No 8 del Contrato Básico 005 de 1999 el plazo de construcción de las obras, según lo previsto en la cláusula quinta era de 16 meses, la fecha límite de la entrega de estas obras se fijó para el 30 de abril de 2007. No obstante lo anterior, igualmente se previó que tal plazo podría ser revisado "en el caso de presentarse procesos de expropiación en el transcurso de la Gestión Predial en mención"*

44.- *Independientemente de cuales hubieren sido las razones por las cuales las obras no se ejecutaron en los plazos previstos en el contrato básico y sus adicionales 6 y 8, e inclusive sin que tenga importancia de quien pudo haber sido la responsabilidad de tales retardos, lo cierto es que la inejecución de las obras en los distintos plazos acordados generó un desequilibrio económico del contrato en favor del Concesionario y en contra de la ANI.*

45.- *En efecto, tal desequilibrio económico se traduce, en consecuencia, en que la ANI le tuvo que reconocer al Concesionario un mayor valor de las inversiones por el desplazamiento presentado, todo ello sin modificar la remuneración a través del ingreso esperado. El hecho de que no hubiese existido un modelo financiero para el contrato básico y sus adicionales 6 y 8, en modo alguno no implica que la ANI no tenga derecho a exigir que se declare ese desequilibrio presentado en perjuicio suyo, como lo pretende a través de esta demanda.*

7.- DENUNCIA PENAL Y DISCIPLINARIA DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

46.- *La Agencia Nacional de Infraestructura mediante oficio radicado número 2013 – 704 – 003051-1 del 5 de marzo de 2013 formuló denuncia penal en contra de personas indeterminadas con el propósito de que la autoridad judicial determinara si en la suscripción de los modificatorios No 13 y el otrosí adicional No 2 de éste se incurrió en alguna conducta con connotación penal de aquellas que afectan el patrimonio público.*

47.- *Igualmente, la Agencia Nacional de Infraestructura, mediante comunicación con radicado 2013-704-003553-1 del 5 de Marzo de 2013, denunció ante la Contraloría General de la Republica la*

ocurrencia de estos hechos relacionados con los modificatorios considerando que era pertinente realizar indagaciones de carácter fiscal para determinar la posible gestión antieconómica y la responsabilidad que ello conllevaría en los términos de la Ley 610 de 2000, procedimiento que actualmente cursa en la Entidad.

48.- Así mismo, la Agencia Nacional de Infraestructura, mediante radicado 2013-704-003052-1 del 5 de Marzo de 2013, denunció ante la Procuraduría General de la Nación la existencia de hechos que a su juicio podrían ser constitutivos de falta disciplinaria a la luz de la Ley 734 de 2001, con ocasión de la suscripción del contrato adicional No 13 y su otrosí No 2.”

1.3.25 Excepciones de mérito formuladas por la parte convocada

1.3.25.1. Excepciones de mérito presentadas por la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA.

1. MALA FE CONTRACTUAL DE LA ANI POR DESCONOCIMIENTO DE LA FASE PRECONTRACTUAL DEL NEGOCIO JURÍDICO.

2. VIOLACION AL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL POR PARTE DE LA ANI.

3. "VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET" POR PARTE DE LA ANI.

4. "EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS" - CULPA DE LA ANI - EL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE LA ANI CON SUS OBLIGACIONES, LO CUAL HA TENIDO COMO CONSECUENCIA QUE EL CONCESIONARIO NO PUEDA CUMPLIR CON ALGUNAS DE SUS OBLIGACIONES.

5. PACTA SUNT SERVANDA – DESCONOCIMIENTO DE LA ANI DE LO PACTADO POR LAS PARTES EN EL CONTRATO.

6. AUSENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO A FAVOR DE LA ENTIDAD CONTRATANTE – FALTA DE SUS ELEMENTOS.

7. AUSENCIA DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA – FALTA DE CONCURRENCIA DE SUS PRESUPUESTOS.

8. AUSENCIA DE DAÑO Y/O PERJUICIO – INEXISTENCIA DE OBLIGACION DE INDEMNIZACIÓN.

1.3.25.2 Excepciones de mérito propuestas por GABRIEL SOLARTE VIVEROS, LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS, DIEGO ALEJANDRO SOLARTE VIVEROS y PAVIMENTOS DE COLOMBIA S.A.

1. INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FORMALES DE LA DEMANDA

1.1. NOCIÓN DE LA "REFORMA DE LA DEMANDA":

1.2. SOBRE LA ESTIMACIÓN RAZONADA DEL JURAMENTO ESTIMATORIO.

B. EXCEPCIONES PERENTORIAS

I. EXCEPCIONES DE MÉRITO RELATIVAS A ASPECTOS DE FONDO Y SU FUNDAMENTO FÁCTICO EN OPOSICIÓN A LAS PRETENSIONES DE LA REFORMA DEMANDA

Para cada una pretensiones de la demanda reformada se presentaron las siguientes excepciones para cada una de las pretensiones.

Respecto de la primera pretensión, se propusieron las excepciones de:

1. PRINCIPIO DE PACTA SUNT SERVANDA.
2. BUENA FE CONTRACTUAL DEL CONCESIONARIO.

Respecto de la segunda pretensión fueron propuestas las excepciones de:

1. **PRINCIPIO DE "PACTA SUNT SERVANDA" Y SU RELACIÓN CON EL DEBER DE PROCEDER DE BUENA FE CONTRACTUAL.**
2. DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PLANEACION Y DE LA FASE PRECONTRACTUAL.
3. INEXISTENCIA DE CONVENIO – CONTRATO QUE PUEDA SER DECLARADO NULO
4. LOS MODELOS FINANCIEROS PRESENTADOS POR EL CONCESIONARIO NO SON VINCULANTES. CULPA IN CONTRAHENDO.

Respecto de la tercera pretensión fueron propuestas las excepciones de:

1. AFECTACIONES A LA PROGRAMACION POR RAZONES IMPUTABLES A LA ANI.
2. NADIE PUEDE ALEGAR SU PROPIA CULPA. "*VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET*".
3. EXTEMPORANEIDAD EN LAS RECLAMACIONES FORMULADAS POR LA ANI- EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DEBE RECLAMARSE DE FORMA OPORTUNA

Respecto de la cuarta pretensión fueron propuestas las excepciones de:

1. PACTA SUNT SERVANDA.
2. EXTEMPORANEIDAD EN LAS RECLAMACIONES FORMULADAS POR LA ANI- EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DEBE RECLAMARSE DE FORMA OPORTUNA
3. INEXISTENCIA DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO ALEGADO A FAVOR DE LA ENTIDAD CONTRATANTE.
4. AUSENCIA DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

Respecto de la quinta pretensión fueron propuestas las excepciones de:

1. LOS MODELOS FINANCIEROS NO SON VINCULANTES NI CONTRACTUALES.
2. INEXISTENCIA DE CONVENIO-CONTRATO QUE PUEDA SER DECLARADO NULO.
3. INEXISTENCIA DE ILEGALIDAD-LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES DEL INCO.
4. NADIE PUEDE ALEGAR SU PROPIA CULPA.

Respecto de la quinta pretensión subsidiaria fueron propuestas las excepciones de:

5. LOS MODELOS FINANCIEROS NO SON VINCULANTES NI CONTRACTUALES.
6. INEXISTENCIA DE CONVENIO-CONTRATO QUE PUEDA SER DECLARADO NULO.
7. INEXISTENCIA DE ILEGALIDAD-LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES DEL INCO.
8. NADIE PUEDE ALEGAR SU PROPIA CULPA.

Respecto de la sexta pretensión se propuso la excepción de PACTA SUNT SERVANDA

Respecto de la séptima pretensión se propuso la excepción de PACTA SUNT SERVANDA

Respecto de la octava pretensión fueron presentadas las excepciones de:

1. PACTA SUNT SERVANDA
2. INEXISTENCIA DE REBUS SIC STANTIBUS
3. LA REDISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS PREVISTOS Y ASIGNADOS ES UNA ACTUACION INDEBIDA E ILICITA POR VULNERACION AL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA.
4. EXTEMPORANEIDAD DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO

Respecto de la novena pretensión fueron propuestas las excepciones de:

1. PACTA SUNT SERVANDA
2. INEXISTENCIA DE REBUS SIC STANTIBUS
3. LA REDISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS PREVISTOS Y ASIGNADOS ES UNA ACTUACION INDEBIDA E ILICITA POR CUANTO VULNERA EL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA.

Respecto de la décima pretensión fueron propuestas las excepciones de:

1. PACTA SUNT SERVANDA.
2. INEXISTENCIA DE UN MAYOR INGRESO ESPERADO
3. INEXISTENCIA DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO ALEGADO A FAVOR DE LA ENTIDAD CONTRATANTE.
4. EXTEMPORANEIDAD EN LAS RECLAMACIONES FORMULADAS POR LA ANI- EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DEBE RECLAMARSE DE FORMA OPORTUNA

Respecto de la decimoprimer pretensión fueron propuestas las excepciones de:

1. INEXISTENCIA DE UN MAYOR INGRESO ESPERADO
2. INEXISTENCIA DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO ALEGADO A FAVOR DE LA ENTIDAD CONTRATANTE.
3. EXTEMPORANEIDAD EN LAS RECLAMACIONES FORMULADAS POR LA ANI- EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DEBE RECLAMARSE DE FORMA OPORTUNA

Respecto de las pretensiones decimosegunda y decimotercera fue propuesta la excepción de PACTA SUNT SERVANDA.

Respecto de la decimocuarta pretensión principal y subsidiaria fueron propuestas las excepciones de:

1. PACTA SUNT SERVANDA
2. PACTO DEL INGRESO ESPERADO ES VINCULANTE
3. INEXISTENCIA DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO ALEGADO A FAVOR DE LA ENTIDAD CONTRATANTE.
4. LA REDISTRIBUCION DE LOS RIESGOS PREVISTOS Y ASIGNADOS ES UNA ACTUACION INDEBIDA E ILICITA PROHIBIDA A LA ADMINISTRACION POR VULNERAR EL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA.
5. NADIE PUEDE ALEGAR SU PROPIA CULPA.

Respecto de la decimoquinta pretensión fue propuesta la excepción de PACTA SUNT SERVANDA.

Respecto de la decimosexta pretensión fueron propuestas las excepciones de:

1. AUSENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LAS CAUSAS QUE GENERARON UN DESPLAZAMIENTO DE LA EJECUCIÓN DE OBRA Y EL SUPUESTO PERJUICIO QUE RECLAMA ANI ADUCIENDO DESPLAZAMIENTO DE INVERSIÓN.
2. NADIE PUEDE ALEGAR SU PROPIA CULPA.

Respecto de la decimoséptima pretensión fueron propuestas las excepciones de:

1. INEXISTENCIA DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO ALEGADO A FAVOR DE LA ENTIDAD CONTRATANTE.
2. EXTEMPORANEIDAD EN LAS RECLAMACIONES FORMULADAS POR LA ANI- EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DEBE RECLAMARSE DE FORMA OPORTUNA.

Respecto de la decimoctava pretensión fueron propuestas las excepciones de:

1. INEXISTENCIA DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO ALEGADO A FAVOR DE LA ENTIDAD CONTRATANTE.
2. EXTEMPORANEIDAD EN LAS RECLAMACIONES FORMULADAS POR LA ANI- EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DEBE RECLAMARSE DE FORMA OPORTUNA

Respecto de la decimoctava pretensión subsidiaria fueron propuestas las excepciones de:

1. INEXISTENCIA DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO ALEGADO A FAVOR DE LA ENTIDAD CONTRATANTE.
2. EXTEMPORANEIDAD EN LAS RECLAMACIONES FORMULADAS POR LA ANI- EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DEBE RECLAMARSE DE FORMA OPORTUNA

Como excepciones generales a toda la demanda reformada a continuación se propusieron las siguientes:

1. PACTA SUNT SERVANDA Y SU RELACIÓN CON EL DEBER DE PROCEDER DE BUENA FE CONTRACTUAL.
2. NADIE PUEDE ALEGAR SU PROPIA CULPA. *“VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET”*.
3. INEXISTENCIA DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO
4. DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN Y DE LA FASE PRECONTRACTUAL
5. EXTEMPORANEIDAD EN LAS RECLAMACIONES FORMULADAS POR LA ANI - EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DEBE RECLAMARSE DE FORMA OPORTUNA.
6. AUSENCIA DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA
7. LOS MODELOS FINANCIEROS PRESENTADOS POR EL CONCESIONARIO NO SON VINCULANTES NI CONTRACTUALES
8. INEXISTENCIA DE ILEGALIDAD – LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES DEL INCO
9. LA REDISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS PREVIOS Y ASIGNADOS (PRETENDIDA POR LA ANI) ES UNA ACTUACIÓN INDEBIDA E ILÍCITA

1.3.25.3 Excepciones de mérito propuestas por CARLOS ALBERTO SOLARTE.

1. **“PACTA SUNT SERVANDA”**: EL DESCONOCIMIENTO DE LA ANI DEL CLAUSULADO CONTRACTUAL.
2. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA: LOS HEREDEROS DE LUIS HECTOR SOLARTE SOLARTE, (fallecido) NO SON PARTE CONTRACTUAL NI SUSCRIBIERON LA CLÁUSULA COMPROMISORIA.
3. FALTA DE INTEGRACIÓN EN DEBIDA FORMA DEL CONTRADICTORIO.
4. INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA.
5. INEXISTENCIA DEL **“MODELO FINANCIERO DE LA CONCESIÓN”** COMO ELEMENTO INTEGRANTE DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 005 DE 1999.
6. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN POR LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI: LA ANI INVOCA SU PROPIA CULPA COMO FUNDAMENTO DE SUS PRETENSIONES.
7. INEXISTENCIA DEL DESEQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 005 DE 1999 EN CONTRA DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.
8. AUSENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LAS CAUSAS QUE GENERARON UN DESPLAZAMIENTO DE LA EJECUCIÓN DE OBRA Y EL SUPUESTO PERJUICIO QUE RECLAMA ANI ADUCIENDO DESPLAZAMIENTO DE INVERSIÓN.

9. INEXISTENCIA DE UN MAYOR VALOR DEL INGRESO ESPERADO DE LA CONCESIONARIA UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL CAUCA Y VALLE DEL CAUCA.
10. INCONGRUENCIA DE LAS PRETENSIONES SEPTIMA Y OCTAVA PRINCIPAL.
11. IMPOSIBILIDAD DE DERIVAR PERJUICIOS DE LA SUPUESTA INCLUSIÓN DE IMPUESTO DE TIMBRE Y RENTA EN EL MODELO FINANCIERO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.
12. DESCONOCIMIENTO DEL RÉGIMEN FISCAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 005 DE 1999.
13. DESCONOCIMIENTO DEL REGIMEN IMPOSITIVO COLOMBIANO Y SU INTEGRACIÓN AL CONTRATO DE CONCESIÓN DESDE LA SUSCRIPCIÓN DEL MISMO HASTA LA FECHA.
14. IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE DECLARAR NULO UN MODELO FINANCIERO.
15. IMPROCEDENCIA DE IMPONER UN MODELO FINANCIERO AL CONCESIONARIO.
16. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN LEGAL O CONTRACTUAL DE INCLUIR MODELOS FINANCIEROS EN LOS CONTRATOS ADICIONALES A CONTRATOS DE CONCESIÓN
17. INOPORTUNIDAD DE LA ACCIÓN.

1.3.25.4 Excepciones de mérito propuestas por LUIS FERNANDO SOLARTE MARCILLO.

1. **"PACTA SUNT SERVANDA": EL DESCONOCIMIENTO DE LA ANI DEL CLAUSULADO CONTRACTUAL.**
2. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA: LOS HEREDEROS DE LUIS HECTOR SOLARTE SOLARTE, (fallecido) NO SON PARTE CONTRACTUAL NI SUSCRIBIERON LA CLÁUSULA COMPROMISORIA.
3. FALTA DE INTEGRACIÓN EN DEBIDA FORMA DEL CONTRADICTORIO.
4. INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA.
5. **INEXISTENCIA DEL "MODELO FINANCIERO DE LA CONCESIÓN"** COMO ELEMENTO INTEGRANTE DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 005 DE 1999.
6. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN POR LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI: LA ANI INVOCA SU PROPIA CULPA COMO FUNDAMENTO DE SUS PRETENSIONES.
7. INEXISTENCIA DEL DESEQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 005 DE 1999 EN CONTRA DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.
8. AUSENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LAS CAUSAS QUE GENERARON UN DESPLAZAMIENTO DE LA EJECUCIÓN DE OBRA Y EL SUPUESTO PERJUICIO QUE RECLAMA ANI ADUCIENDO DESPLAZAMIENTO DE INVERSIÓN.

9. INEXISTENCIA DE UN MAYOR VALOR DEL INGRESO ESPERADO DE LA CONCESIONARIA UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL CAUCA Y VALLE DEL CAUCA.
10. INCONGRUENCIA DE LAS PRETENSIONES SEPTIMA Y OCTAVA PRINCIPAL.
11. IMPOSIBILIDAD DE DERIVAR PERJUICIOS DE LA SUPUESTA INCLUSIÓN DE IMPUESTO DE TIMBRE Y RENTA EN EL MODELO FINANCIERO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.
12. DESCONOCIMIENTO DEL RÉGIMEN FISCAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 005 DE 1999.
13. DESCONOCIMIENTO DEL REGIMEN IMPOSITIVO COLOMBIANO Y SU INTEGRACIÓN AL CONTRATO DE CONCESIÓN DESDE LA SUSCRIPCIÓN DEL MISMO HASTA LA FECHA.
14. IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE DECLARAR NULO UN MODELO FINANCIERO.
15. IMPROCEDENCIA DE IMPONER UN MODELO FINANCIERO AL CONCESIONARIO.
16. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN LEGAL O CONTRACTUAL DE INCLUIR MODELOS FINANCIEROS EN LOS CONTRATOS ADICIONALES A CONTRATOS DE CONCESIÓN
17. INOPORTUNIDAD DE LA ACCIÓN.

1.3.25.5 Excepciones de mérito propuestas por NELLY DAZA DE SOLARTE.

1. EXCEPCIÓN DE INEPTA DEMANDA POR INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES.
2. LA DEMANDA ES SÓLO UNA CRÍTICA AL CONTRATO, PUES NO CUMPLE LOS REQUISITOS BÁSICOS PARA UNA SOLICITUD DE **"RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO"**.
3. LAS PARTES ACORDARON QUE EL CONCESIONARIO ASUMIRÍA LOS RIESGOS INHERENTES A TODAS LAS ACTIVIDADES **RELATIVAS AL PROYECTO: EL "RIESGO TRIBUTARIO" ES DEL CONCESIONARIO.**
4. EL CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES.
5. LAS SUPUESTAS DESVIACIONES AL CRONOGRAMA RELATIVO AL CONTRATO ADICIONAL 13 SON IMPUTABLES A LA ANI.
6. LOS SUPUESTOS DESPLAZAMIENTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CRONOGRAMA RELATIVO AL CONTRATO Y SUS ADICIONALES 6 Y 8, OBEDECIERON A DIFICULTADES EN LA GESTIÓN PREDIAL. LAS PARTES RECONOCIERON Y PREVIERON TALES DIFICULTADES EN LOS TEXTOS CONTRACTUALES, Y ACORDARON QUE NO DARÍAN LUGAR A REAJUSTE ALGUNO DEL CONTRATO.
7. INEXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

1.3.25.6 Excepciones de mérito propuestas por MARÍA VICTORIA SOLARTE DAZA.

1. EXCEPCIÓN DE INEPTA DEMANDA POR INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES.
2. LA DEMANDA ES SÓLO UNA CRÍTICA AL CONTRATO, PUES NO CUMPLE LOS REQUISITOS BÁSICOS PARA UNA SOLICITUD DE **"RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO"**.
3. LAS PARTES ACORDARON QUE EL CONCESIONARIO ASUMIRÍA LOS RIESGOS INHERENTES A TODAS LAS ACTIVIDADES **RELATIVAS AL PROYECTO: EL "RIESGO TRIBUTARIO" ES DEL CONCESIONARIO**.
4. EL CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES.
5. LAS SUPUESTAS DESVIACIONES AL CRONOGRAMA RELATIVO AL CONTRATO ADICIONAL 13 SON IMPUTABLES A LA ANI.
6. LOS SUPUESTOS DESPLAZAMIENTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CRONOGRAMA RELATIVO AL CONTRATO Y SUS ADICIONALES 6 Y 8, OBEDECIERON A DIFICULTADES EN LA GESTIÓN PREDIAL. LAS PARTES RECONOCIERON Y PREVIERON TALES DIFICULTADES EN LOS TEXTOS CONTRACTUALES, Y ACORDARON QUE NO DARÍAN LUGAR A REAJUSTE ALGUNO DEL CONTRATO.
7. INEXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

1.3.26 Audiencia de Laudo.

La audiencia de laudo se fijó mediante auto proferido en la audiencia de 2 de noviembre de 2016 (Acta No. 70).

B. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

1. SOBRE LA VINCULACIÓN DE LAS PARTES AL PACTO ARBITRAL.

El Tribunal se encargó de estudiar el alcance que dentro de la noción de parte la Entidad Convocante otorga a los convocados y fundamentalmente a la situación de los herederos del señor LUIS HECTOR SOLARTE SOLARTE, de quienes estimó la apoderada del Señor CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, por las razones que adujo, que no son cesionarios, ni sustitutos o sucesores contractuales del fallecido y que por tal razón indicó no suscribieron la cláusula compromisoria. Revisó igualmente el Tribunal la manifestación también expuesta, según la cual ellos heredaron unos derechos económicos y unas participaciones negócias, pero no una sucesión contractual. Igualmente examinó la argumentación, según la cual el Contrato Estatal de Concesión 005 de 1991, es un contrato *intuitu personae*, como lo califica el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, así como la observación en la que se advierte que la apreciación jurídica anterior es predicable única y exclusivamente de los miembros de la UNION TEMPORAL que integraron inicialmente al contratista y de aquellos que sustituyeron a algunos de ellos.

Adicionalmente examinó la manifestación de la apoderada, en la que insistió en que la CONVOCANTE identificó a los herederos de LUIS HECTOR SOLARTE SOLARTE como convocados, razón por la cual expresó su extrañeza, pues en su sentir la muerte de una persona natural, integrante de un contratista plural, como es el caso de la UNIÓN TEMPORAL, no implica sustitución contractual, de esa persona desaparecida, por sus herederos; heredaron unos derechos económicos y unas participaciones negociales pero no hubo una sucesión contractual. Por dicha razón presentó un recuento de la forma como se ha recompuesto la UNIÓN TEMPORAL mediante cesiones que, estima, no acredita la Convocante.

Indica la apoderada que no entiende la razón por la cual los herederos fueron convocados a este Tribunal, cuando no eran cesionarios ni sustitutos o sucesores contractuales, no suscribieron la cláusula compromisoria y su vinculación desconoce la característica de *intuitu personae* del contrato de concesión, circunstancia que en su opinión, configuraba además, una causal de nulidad insaneable, que impone al juez declarar, so pena de viciar la totalidad del trámite y la sentencia que ponga fin al proceso.

PARA RESOLVER EL TRIBUNAL CONSIDERA:

De conformidad con el artículo 75 de Código de Procedimiento Civil, como con el 82 del Código General del Proceso, al señalar el contenido y los requisitos de la demanda, se exige ante otros, el nombre y domicilio del demandante y demandado o de las partes.

Esta mención, no obstante, lleva implícita una discusión de suyo antigua, sobre la dificultad de precisar el alcance del concepto de parte.¹⁹

Siguiendo a CHIOVENDA: “el concepto de parte se deriva del concepto de proceso y de la relación procesal; es parte el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre es demandada), una actuación de la ley y aquel frente al cual ésta es demandada. La idea de parte nos la da, por lo tanto, el mismo pleito, la relación procesal, la demanda, no es preciso buscarla fuera del pleito y en particular de la relación sustancial que es objeto de la contienda”.

En el mismo sentido, el profesor Hernando Morales Molina, aclara que el concepto de parte se deriva del de proceso, pues parte se entiende como componente de un todo, que en este caso es el proceso y agrega: **“la idea de parte la ofrece la relación procesal y no es preciso buscarla fuera del proceso y en particular en la relación sustancial materia de la contención, pues por un lado puede haber sujetos de la relación sustancial que están fuera de la procesal, como los condueños y**

¹⁹ López Blanco, Hernán Fabio, Procedimiento Civil, Parte General. Tomo I. p 290.

codeudores, y por otro se puede dirimir la pretensión contra quien no es el sujeto pasivo de ella lo que origina ausencia de la legitimación por **obrar del demandado, lo cual (...) es un ejemplo de la autonomía de la acción** respecto al derecho material.²⁰

Ahora bien, y según ha señalado el Consejo de Estado, en lo que se refiere a la **asistencia a juicio, "debe puntualizarse que si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o contratistas**, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas— como quiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual como de los propios contratos estatales—, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo —*legitimatío ad processum*—, **por intermedio de su representante**".²¹

El Tribunal destaca que la parte demandada en el contrato está conformada por una Unión Temporal, cuyos miembros responden solidariamente del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, lo que excluye que, respecto de estos pueda hablarse de litis consorcio necesario.

El alcance del carácter contractual del convenio arbitral revela como ajeno e impertinente a la discusión figuras procesales como el litis consorcio propias del proceso judicial. Para el árbitro, la competencia de que se encuentra investido emana del contrato arbitral, del acuerdo de voluntades y por tal razón vincula a las partes de ese acuerdo y, naturalmente, a sus causahabientes a título universal y a título particular, habida cuenta de que ellos son vinculados por las obligaciones y derechos de la convención.

Es evidente además para el Tribunal, que el contrato se encuentra en ejecución razón por la cual la UNIÓN TEMPORAL está representada por la persona designada por sus miembros con tal propósito (parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993), quien también cuenta con legitimación para representarla en el proceso arbitral, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial vinculante antes citado.

El Tribunal observa que el fallecimiento de uno de los integrantes de la UNION TEMPORAL se dio con anticipación a la presentación de la demanda arbitral. En tal virtud, infiere que no se encuentra en presencia

²⁰ H. Morales Molina, Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, Editorial ABC, 7° Edición, Bogotá, 1978, p. 201.

²¹ C. E., Sala Plena, Sec. Tercera, Sent. de Unificación, 25 sep/2013, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

de una circunstancia que se pueda denominar como modificativa, frente a las partes en el proceso de arbitraje, como ocurre con la denominada pérdida sobrevenida de la personalidad procesal.²² En este sentido, advierte con base en los artículos 1008 y 1155 del Código Civil, que la vinculación de los sucesores identificados del señor LUIS HECTOR SOLARTE SOLARTE, se ha dado en su condición de herederos del fallecido, para los efectos previstos en las normas citadas.

El Tribunal no puede soslayar, que la transmisión de la obligación ocurre en presencia de una sustitución en la persona del acreedor o deudor.

“La construcción jurídica romana (...) se ha conservado en el derecho occidental moderno, y así, en nuestra legislación civil y sus modelos, la muerte de una persona no determina la desintegración de su patrimonio, sino que este se transmite a los herederos de aquella, a quienes se les vincula por medio de un derecho *sui generis*, el derecho *real de herencia*, que no recae particularmente sobre cada uno de los bienes y obligaciones relictos, sino sobre todo el conjunto de estos, universalidad jurídica en que cada heredero participa en proporción a su cuota hereditaria”.²³

Los herederos de uno de los miembros de la UNION TEMPORAL representan legalmente en un proceso judicial a la sucesión, razón por la cual su vinculación no viola ninguna norma procesal. Con base en las disposiciones atrás citadas, ellos son causahabientes del causante, ocupan su lugar en los derechos y obligaciones derivados del contrato razón por la cual no pueden calificarse de terceros.

En el mismo sentido, la doctrina internacional destaca que la **transmisión de la obligación “es un fenómeno no jurídico que se presenta cuando tiene lugar una sustitución en la persona del acreedor o del deudor siempre que la causa de ese fenómeno se relacione con la persona del sujeto que ha quedado sustituido. La transmisión supone un *contenido* que permanece idéntico –la obligación es la misma– y un cambio en el elemento personal del acreedor o deudor. Si también cambiara la obligación no habría *transmisión* sino *novación*”.**²⁴

En la actuación en el presente proceso arbitral, concluye el Tribunal, que la designación de las partes, sigue los requisitos de ley, independientemente de las consecuencias que procesalmente se den a lo largo del trámite, y de los resultados que del mismo arrojen para las mencionadas en la demanda y en su contestación.

1.1. LA NATURALEZA INTUITU PERSONAE DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.

²² Dentro de esta circunstancia, la doctrina establece el fallecimiento de alguna de las partes, que afecta el proceso dado su carácter voluntario y excepcional. (Tratado de Derecho Arbitral. José F. Merino Merchán, José Ma. Chillón Medina. Civitas- Thomson Reuters, 2014. p. 672.)

²³ Guillermo Ospina Fernández. Régimen General de las Obligaciones. Temis. 1998. p. 300

²⁴ Jorge Joaquín Llambias y otros. Manual de Derecho Civil. Obligaciones. Lexis Nexis. 2005. p. 351.

Señala la apoderada de CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, que es claro que el Contrato Estatal de Concesión 005 de 1999, es un contrato *intuitu personae*, como lo prescribe el artículo 41 de la Ley 80 de 1993. En efecto, dicha connotación se mantiene en la modificación introducida con el artículo 23 de la ley 1150 de 2007. Como es sabido, en Derecho de los Contratos existen circunstancias en que la consideración particular de una persona es la causa **principal del contrato**. **“Así ocurre en aquellos contratos en que, por la naturaleza de las obligaciones que imponen a una de las partes o por las situaciones a que dan origen, la persona del deudor, su talento, honorabilidad o actitudes son la causa principal del contrato. Tal es el caso del mandato, de la confección de obra material pactada con un pintor o un escultor, del contrato de trabajo con un técnico o especialista, etc”**²⁵. La principal consecuencia es que cuando existe un error en la persona tal circunstancia vicia el consentimiento.

En la legislación colombiana, el artículo 1630 del Código Civil, dispone **frente al pago por persona distinta del deudor, que: “Puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él, aún sin su conocimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor. Pero si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del acreedor”**.

El Profesor Ricardo Uribe Holguín, en Teoría General de las Obligaciones, al referirse al objeto de la obligación y clasificarla entre genéricas y específicas, frente a estas últimas involucra dentro de sus elementos la determinación del sujeto ejecutor en las obligaciones de hacer, que se contraen en consideración de la persona del deudor, *intuitu personae debitoris*. Es obligación específica la del artista famoso contratado para la ejecución de una obra de arte, o la del profesional (médico, abogado, etc.) a quien se contrata en atención a su fama y pericia.²⁶

El Consejo de Estado ha aclarado, que la calificación de *intuitu personae* derivada del contrato administrativo, no tiene la connotación que en tradición se otorga a esa expresión. Siguiendo al autor García – Trevijano²⁷, quien destaca que el contrato administrativo puede ser calificado *intuitu personae*, pero entendiendo tal expresión en el sentido de que a la Administración contratante no le es indiferente la persona que con ella se vincula, el Alto Tribunal advierte que la selección del contratista se da en consideración a que sus condiciones objetivas (hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos), son los más favorables a la administración. Es la razón por la cual para asegurarse que dicho contratista ejecute el contrato pertinente, la legislación involucra la prohibición de que tales

²⁵ Arturo Alessandri Rodríguez. De los Contratos. Ed. Jurídica de Chile. p. 175.

²⁶ Ediciones Rosaristas. 1975. p. 17

²⁷ Ernesto García – Trevijano. La Cesión del Contrato Administrativo. Civitas. 1997. Madrid.

contratos puedan cederse sin la previa autorización escrita de la entidad contratante²⁸.

Para el presente Tribunal Arbitral resulta evidente, que la connotación de *intuitu personae* que destaca la apoderada al recordar la condición que contiene el contrato de concesión 005 de 1999, debe entenderse de conformidad con lo expuesto. Por tal razón, estima que en presencia de una reclamación de carácter patrimonial como la que formula la entidad Convocante, ello no lleva consigo un desconocimiento de la característica legal otorgada en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, modificado por el 23 de la Ley 1150 de 2007.

Así las cosas, el Tribunal con fundamento en lo dicho y con las disposiciones que regulan el sistema general hereditario adoptado en el Código Civil, y en particular en el artículo 1155, según el cual los herederos representan la persona del testador (difunto) para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, no concluye que exista una interpretación indebida derivada de la vinculación en el proceso de herederos en las condiciones descritas.

En definitiva, coincide con Trazegnies, en que puede ocurrir que se den situaciones en que exista un arbitraje entre personas que no suscribieron convenio alguno y que quizá no hubieran querido estar **envueltas en un arbitraje. “Los sucesores simplemente continúan –quizá contra su voluntad– en la posición de aquel a quien suceden”.**²⁹

No obstante, debe el Tribunal reiterar que el fallecimiento de uno de los integrantes de la Unión Temporal se dio con antelación a la presentación de la demanda que promovió el presente proceso y que la citación de los sucesores identificados de Luis Héctor Solarte Solarte se dio en su condición de herederos del fallecido. De conformidad con el artículo 1008 del Código Civil se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular. El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto.

De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal encuentra que **“fallecida la persona se abre su sucesión en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, los cuales, bajo los parámetros de la ley (*ab intestato*) o del testamento (*testato*), pasan a sus herederos in totum o en la cuota que les corresponda, excepto los *intuitus personae* o personalísimos”.**

La misma providencia más adelante reafirma “...los herederos, asignatarios o sucesores a título universal, son continuadores del *de cuius*, le suceden y le representan para todos los fines legales (artículos

²⁸ C.E. Sec. Tercera. Sent. 7 feb/2002. C.P. Alíer Hernández Enríquez.

²⁹ Fernando de Trazegnies. El Rasgado del Velo Societario para Determinar la Competencia dentro del Arbitraje. Revista *Ius et Veritas*. Facultad de Derecho Universidad Católica del Perú. p.21.

1008 y 1155, Código Civil), pues, “como la capacidad para todos los individuos de la especie humana (...) para ser parte de un proceso está unida a sus propia existencia, como la sombra al cuerpo que la proyecta, es palmario que una vez dejan de existir pierden su capacidad para promover o afrontar un proceso. Y ello es apenas lógico, porque la capacidad de los seres humanos para adquirir derechos o contraer obligaciones, es decir su capacidad jurídica, atributo determinante para que, en el mundo del derecho puedan ser catalogados como personas, se inicia con su nacimiento (art. 90 del CC) y termina con su muerte, como lo declara **el artículo noveno de la Ley 153 de 1887**” (...) sin embargo, como el patrimonio de una persona no desaparece con su muerte, sino que se transmite a sus asignatarios, es evidente que sus derechos y obligaciones transmisibles pasan a sus herederos, quienes como lo estatuye el artículo 1155 del Código Civil representan la persona del *de cuius* para sucederle en todos sus derechos y **obligaciones transmisibles**” “es pues el heredero, asignatario a título universal, quien, en el campo jurídico, pasa a ocupar el puesto o la posición que, respecto a sus derechos y obligaciones transmisibles tenía el difunto. Por tanto es el heredero quien está legitimado para ejercer los derechos de que era titular el causante y, de la misma manera está legitimado por pasiva para responder por las obligaciones que dejó insolutas el *de cuius*”³⁰

En la jurisprudencia arbitral colombiana este tema no ha estado ajeno.³¹ En un Tribunal Arbitral, el Laudo se ocupó de examinar la afirmación según la cual unos herederos llamados al proceso no tenían la condición de socios de la sociedad convocada y el hecho de que no habían suscrito la cláusula compromisoria correspondiente. El Laudo aclaró que siguiendo la ley civil los herederos de una persona fallecida ocupan la posición del *de cuius* y, “en esa medida, estando vinculado el fallecido por la cláusula compromisoria, en lo tocante con las actuaciones **cumplidas por él mientras fue socio de la sociedad (...), también lo están** sus herederos que ocupan su posición jurídica en lo concerniente con las obligaciones y derechos que gravitan en la esfera patrimonial del **causante**”³².

Más adelante agrega: “Los herederos responden por las deudas hereditarias, que se dividen entre ellos, a prorrata de sus cuotas, siendo entendido que si se ha aceptado con beneficio de inventario, el límite de su responsabilidad estará en el valor de los bienes que hereda”. Y concluye, “Respecto de la sucesión *mortis causa* en la deuda es traer a colación el planteamiento del tratadista Fernando Hinestrosa quien al

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP. William Namén Vargas, 5 de septiembre de 2008, Ref. 11001-0203-000-2005-00008-00

³¹ Sobre la participación de herederos al proceso arbitral, véase Laudo Arbitral Cámara de Comercio de Bogotá, noviembre 10 de 1998. María Andrea Córdoba I, Carlos M. Córdoba I, en calidad de herederos de Carlos A. Córdoba Giraldo y otros Vs. La Nacional Fiduciaria S.A., Árbitros: Nicolás Gamboa Morales, Beatriz Leyva de Cheer, Isaías Chavez Vela.

³² Laudo Arbitral Cámara de Comercio de Bogotá, marzo 17 de 2004. Guillermo Mejía Rengifo Vs. Lucila Acosta de Mejía y otros. Árbitros: Francisco Reyes Villamizar, Florencia Lozano Revéiz, Fernando Silva García.

respecto ha puntualizado: “El heredero subentra en las relaciones de *de cuius*, ya en su totalidad ya en una cuota aparte, ya en el remanente... Es posible que para cuando ocurra la defunción del deudor ya la obligación esté vencida y sea exigible; como también puede suceder que dicha exigibilidad no llegue sino con posterioridad a aquel hecho, **pero antes de que se liquide la sucesión”³³**

De otra parte en el expediente el Tribunal ha examinado la comunicación de la ANI contenida en el oficio 2015-500-018591-1, en donde dicha Entidad formula diversas consideraciones en relación con el integrante de la Unión Temporal fallecido. Sobre el particular estima adecuado hacer claridad en su coincidencia en lo allí manifestado en **que “es menester considerar que las obligaciones que adquirió con la ANI el miembro de la Unión Temporal fallecido, el señor Luis Héctor Solarte Solarte, están respaldadas en el patrimonio que dejó al momento de su muerte y por lo tanto, se transfieren las responsabilidades respectivas a los herederos del causante, como prenda general de garantía (artículo 2488 del Código Civil)”**.

El Tribunal reitera que la circunstancia de que en este trámite los herederos tengan participación como partes procesales, no significa el reconocimiento de miembros de la UT a los herederos del Señor Luis Héctor Solarte. Por tanto, concluye en relación con las demás afirmaciones allí contenidas y la eventual participación de los herederos en la recomposición de la Unión Temporal que es un tema ajeno al debate aquí planteado.

La posición seguida por el presente Tribunal apunta no solo a garantizar el derecho de acceder a la administración de justicia sino que éste se de cómo es natural, dentro de un marco que garantice los derechos de quienes se encuentran involucrados en este debate y por esa razón reitera que la vinculación de los sucesores identificados del señor Luis Héctor Solarte Solarte, se ha dispuesto en su condición de herederos del fallecido, y con plena observancia de las disposiciones aquí citadas y de la jurisprudencia invocada. Queda claro para el Tribunal que esta cuestión está ligado a lo que la moderna doctrina denomina **“transmisión del convenio arbitral” sobre la que existen diversas reflexiones en otro aparte del presente Laudo.**

Finalmente, conviene poner de presente que en reciente pronunciamiento arbitral en el cual los herederos de Luis Héctor Solarte tenían la calidad de demandantes, los árbitros decidieron:

“Respecto del mencionado contrato, los miembros de esa unión temporal únicamente tienen la obligación contractual que se deriva del numeral 2 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, es decir que responden

³³ Tratado de las Obligaciones, Bogotá. Univ. Externado de Colombia. págs. 478 y 480

"solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto del contrato" Así, entonces, se trata de una solidaridad pasiva que podría hacer efectiva la entidad concedente si fuere el demandante. Esto parece ser la condición de parte en que en otro Tribunal arbitral han sido aceptadas la señora Nelly Daza de Solarte y la señorita María Victoria Solarte Daza"³⁴

2 LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

Procede ahora el Tribunal a abordar el estudio del llamamiento en garantía formulado por las señoras NELLY DAZA DE SOLARTE y MARÍA VICTORIA SOLARTE DAZA. En relación con los llamamientos en garantía el Tribunal estudió juiciosamente el tema desde su formulación por parte de los llamantes, su procedencia, oportunidad y su ajuste formal a la preceptiva de las normas procesales. En efecto, en primer lugar mediante auto de 8 de mayo de dos mil 2015 el Tribunal afirmó:

"El fundamento de los llamamientos en garantía es, que en el evento en que se declare responsable al convocado, Señor CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE por: "...no haber dado cumplimiento, cuando actuó como representante legal de la UTE o cuando dio instrucciones a la representante legal de la UTE, a las cláusulas contractuales que permitían a..., participar, directamente o por medio de delegado, en forma efectiva y no como simple observadora o sin derecho de voto, en los órganos decisorios que contempló el Contrato 05 de 1999, cuando incorporó como parte de ese contrato el Convenio de Constitución de Unión Temporal, y cuando dispuso el deber de celebrar el Contrato de Fiducia Mercantil de Administración de Recursos y Garantía No. 3-4-405 celebrado entre la UTE y la FIDUCIARIA DE OCCIDENTE."

Posteriormente el Tribunal, sobre la base del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012 y los artículos 64 y 66 del Código General del Proceso, encontró que tal como se formuló el llamamiento en garantía cumplía con los requisitos de las mencionadas normas jurídicas para ser admitido y por consiguiente ordenó correr el respectivo traslado.

El 25 de mayo de 2015 la apoderada de CARLOS ALBERTO SOLARTE, presentó recurso contra el auto que admitió el llamamiento en garantía, **el cual fue "coadyuvado" por el apoderado de la UNIÓN TEMPORAL,**

³⁴Unión Temporal Vial del Valle del Cauca y Cauca , ANI, Fiduciaria de Occidente S.A. y Carlos Alberto Solarte Solarte. Radicación No. 4342

actuaciones de las que igualmente se corrieron los respectivos traslados.

En la audiencia del 28 de enero de 2016 se resolvió el recurso de reposición interpuesto mediante la providencia contenida en el Acta 23, en la cual el Tribunal hizo un completo análisis de todas las actuaciones a que habían dado lugar los llamamientos en garantía y resolvió en dicha audiencia denegar las solicitudes relativas a los llamamientos en garantía presentadas por la recurrente apoderada de CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE. El Tribunal decidió negativamente el mencionado recurso, providencia que fue notificada en estrados y consecuentemente quedó en firme la admisión de los llamamientos en garantía.

No está demás recordar la abundante literatura a que dieron lugar los llamamientos en garantía, y las distintas constancias y **“contraconstancias” que se dejaron por los diferentes apoderados** así como por la intervención del Ministerio Público.

Del amplio análisis a que se vio abocado el Tribunal como consecuencia del intenso debate que suscitó su procedencia y admisión, el Tribunal, en la primera audiencia de trámite de la que da cuenta el Acta 27 concluyó que se encontraban reunidos los requisitos legales, tanto sustanciales como procesales, así como la propia cláusula compromisoria que le permitieron declararse competente para conocer del mismo y decidir de fondo sobre la controversia entre llamantes y llamado en garantía y así lo declaró en la parte resolutive de la providencia correspondiente.

Así mismo, con base en las diferencias objeto de la demanda reformada, sus contestaciones, el llamamiento en garantía formulado por las señoras NELLY DAZA DE SOLARTE y MARÍA VICTORIA SOLARTE DAZA, en cuanto surgen con ocasión del contrato de concesión, el Tribunal concluyó que las controversias entre las llamantes y el llamado se hallaban vinculadas en el pacto arbitral que sirve de base de la competencia del Tribunal. En suma, las partes, cuya existencia y representación legal se acreditó debidamente, en ejercicio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, tienen legitimación para acudir al arbitraje como mecanismo judicial de solución de sus conflictos (arts. 116 de la Constitución Política; 8º y 13 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia; 3º y Ley 1563 de 2012) para dirimir todas las controversias que efectivamente fueron sometidas a decisión del Tribunal, dada la naturaleza patrimonial de las mismas, su comprensión en el pacto arbitral y, en general, en el mencionado contrato.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para el Tribunal que tiene competencia derivada de la Constitución Política, de la ley y del citado pacto arbitral para conocer de las controversias que surgen entre

quienes integran la parte convocada y que dieron lugar a los llamamientos en garantía entre llamantes y llamada.

Por otro lado, al margen de si las señoras Nelly Daza de Solarte y María Victoria Solarte Daza son miembros o no de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca, Cauca y Otros, como consecuencia del fallecimiento de su causante Luis Héctor Solarte Solarte, quien sin lugar a dudas sí lo era, para el Tribunal es claro, por un lado que las llamantes en garantía son causahabientes suyos y, por otro lado, que a ese título, sus intereses y derechos se encontrarían real o virtualmente afectados por el laudo que dentro de las presentes controversias aquí se profiere, al tenor de lo dispuesto en el Artículo 64 del Código General del Proceso. No otro es el sentido de la jurisprudencia, que sin desconocer el carácter especial de las cláusulas y pactos arbitrales ha sabido distinguir en las convenciones llamadas *intuitus personae* la cesión de la posición contractual por acto entre vivos y aquella que tiene lugar *mortis causa*, para sentar que ésta última sólo puede ser excluida por la Ley como ocurre *verbi gracia* con los derechos reales de uso o usufructo o por estipulación expresa y explícita en el respectivo acto o contrato. Así se desprende cómodamente entre otras, de la sentencia STC1779-2016 de la Corte Suprema de Justicia, del 15 de febrero de 2016, con ponencia del magistrado Alvaro Fernando García Restrepo, en donde deja “sentado que la causahabencia es un principio que se sobrepone a la habilitación especial que un sector de la Doctrina reclama frente a la cláusula arbitral para exigir en forma expresa la adhesión de todos los cesionarios a ella. En consecuencia, no se requiere que el accionista hereditario pacte una cláusula compromisoria que ya su causante había aceptado al momento de la celebración del **contrato.**”

Desde la expedición del Código Civil francés en el artículo 1122 se estableció: “se supone haber estipulado para sí y para sus herederos y causahabientes, a menos que se haya expresado lo contrario o que ello no resulte de la naturaleza de la convención”.

A partir de la naturaleza contractual del convenio arbitral, la extensión de dicho acuerdo a quienes no lo han suscrito genera interesantes cuestionamientos a la institución misma del arbitraje partiendo del contexto de la teoría general de los contratos y del consentimiento como requisito de existencia de éstos. Según la doctrina, la extensión del pacto arbitral a los no signatarios crea una tensión entre dos principios utilizados en materia arbitral: por un lado el mantenimiento de la naturaleza consensual y contractual del arbitraje, y por el otro, la maximización de la efectividad práctica de la decisión final mediante la vinculación, con efectos obligatorios, de personas relacionadas con el conflicto cuya solución se ha sometido a un tribunal arbitral.

Ahora bien, según la doctrina especializada particularmente el arbitraje internacional ha afirmado algo que es igualmente válido para el

nacional, y es que la justificación de la aplicación del pacto arbitral a quienes no lo han suscrito se sustenta en diferentes situaciones, entre ellas, el entendimiento sobre el principio de la interpretación estricta del pacto arbitral, la autonomía del pacto arbitral, la eficacia de la aceptación tácita del pacto arbitral, la teoría del *alter ego*, y *estoppel*.

El arbitraje se soporta en el consentimiento de las partes. La ausencia de consentimiento, manifestado por lo menos desde el punto de vista formal, plantea interrogantes o inconvenientes que pueden ser superados a través de las justificaciones arriba indicadas, pero los cuales no dejan de generar una problemática concreta en el trámite de cualquier arbitraje en el que se requiera la vinculación de no-signatarios. Pero es necesario precisar que los causahabientes no son ajenos al contrato, así como tampoco al pacto arbitral. Teniendo en cuenta que el pacto arbitral se considera independiente y diferente del contrato principal, es posible afirmar que aquel puede cobijar a quienes no lo han suscrito, a pesar de que el contrato principal hubiese sido celebrado por otras partes. Por ende, **habrá** que aplicar al convenio arbitral las reglas generales de los contratos, por lo que el convenio arbitral **tendrá** efectos frente a los herederos y causahabientes de las partes intervinientes.

Pero como si lo anterior fuera poco, la jurisprudencia ha ido más allá para no solo admitir sino incluso exigir la vinculación de terceros, en un todo ajenos al pacto arbitral y al contrato que lo contiene. En efecto, en fallo de tutela en segunda instancia la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del honorable magistrado Arturo Solarte dispuso: **“Con fundamento en las observaciones precedentes, debe relievase que quien participa de un proceso arbitral por haber manifestado su consentimiento a través de un pacto de la respectiva naturaleza, conserva todos los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce a los sujetos procesales en el escenario del proceso judicial, incluidos aquellos atinentes a hacer concurrir a terceros a través de los mecanismos que la propia ley contempla, de manera que no tenga la carga adicional de impulsar un nuevo proceso para ventilar con esos terceros las relaciones jurídicas que bien puede dirimir en el proceso arbitral.”** Y continúa afirmando que **“Asimismo debe ponerse de presente que la legislación procesal colombiana vigente, en la misma línea de las legislaciones contemporáneas sobre la materia, no distingue, para los efectos de la intervención de terceros en el proceso arbitral, entre litisconsortes necesarios y litisconsortes facultativos, ni impone como requisito de admisibilidad –para esa intervención-, la anuencia de todas las partes, de suerte que el Tribunal de Arbitramento accionado debió darle vía libre al llamamiento en garantía formulado en lugar de rechazarlo con fundamento en los argumentos reseñados, los cuales vinieron a cercenar el derecho de la sociedad convocada a ventilar sus pretensiones relacionadas con un asunto vinculado con el tema que en el arbitramento se dirime, aunque con fuente contractual diversa del pacto arbitral.”**

Y agrega: “Así las cosas, concluye la Sala que la única voluntad determinante para hacer actuar la figura del llamamiento en garantía es la del llamante, independientemente de si ello ocurre en el escenario de la administración de justicia a través del aparato jurisdiccional ordinario, o si se ventila en un tribunal de arbitramento.”³⁵

No cabe duda pues, no sólo de la procedencia y admisibilidad de los llamamientos en garantía, sino de la plena competencia del Tribunal Arbitral para dirimir las controversias entre las llamantes y el llamado en garantía, máxime cuando en audiencia con intervención de todos los sujetos procesales, la representante legal de la Unión Temporal, señora Patricia Cortés, reconoció explícitamente en su declaración que los llamantes son beneficiarios de los derechos económicos de la misma y es en tal virtud que el Tribunal habrá de pronunciarse.

En el anterior orden de ideas para el Tribunal es claro que las llamantes en garantía y el llamado pueden ser tenidos como partes procesales a efectos de decidir lo que corresponda en derecho con el sólo presupuesto de la prosperidad de las pretensiones condenatorias de la demanda, sin necesidad de entrar a dilucidar si las llamantes en garantía y, en general los causahabientes de Luis Héctor Solarte Solarte son o no parte, en sentido sustancial o contractual de la Unión Temporal, circunstancia que sin lugar a dudas desbordaría la competencia rogada del Tribunal. Lo que sí es claro es que para el evento de prosperidad de las pretensiones de la demanda, inequívocamente los derechos patrimoniales de las llamantes, reconocidos expresamente durante el trámite, se verían afectados por una decisión que llegare a establecer condenas a cargo de la Unión Temporal convocada y la de sus miembros, directamente o por conducto de sus herederos.

Ahora bien, de conformidad con el escrito mismo del llamamiento en garantía, el pronunciamiento de fondo sobre las relaciones entre llamantes y llamado estaría sujeto a que: i) la misma Unión Temporal sufriera una reducción de sus utilidades como consecuencia de la modificación al modelo financiero del Contrato Principal N. 005 de 1999, y/o cualquiera de sus adicionales y otrosíes, que llegare a ordenar el Tribunal en el respectivo laudo, o igualmente si resultaren a su cargo pagos o cargas adicionales; ii) o que se deba modificar el modelo financiero del Contrato Principal, que resultó del Contrato Adicional 13 y/o de su Otrosí N. 2 y como resultado de dicha modificación se reduzcan las utilidades de los llamantes durante el tiempo de vigencia del contrato; o que, iii) los llamantes deban efectuar cualquier pago a

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ, Bogotá, D. C., 5 de junio de 2008, REF.: 11001-22-03-000-2008-00521-01.

la Convocante o a otra entidad pública por razón de su vinculación a la Unión Temporal.

Comoquiera que los distintos escenarios anteriormente descritos no tuvieron ocurrencia, dadas las decisiones de fondo adoptadas en otros apartes del presente laudo, particularmente que no se hubiese procedido a la modificación del modelo financiero del Contrato Principal N. 005 de 1999 ni de sus adicionales o modificatorios, el Tribunal considera improcedente pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por los llamantes en garantía.

Considera adicionalmente que el debate sobre la conducta de los representantes legales de la Unión temporal y el ejercicio de los derechos de Doña Nelly Daza de Solarte y María Victoria Solarte Daza en la ejecución y desarrollo del Contrato 005 de 1999 y en Contrato de Fiducia Mercantil de Administración de Recursos y Garantía No. 3-4-405 son asuntos ajenos a este trámite arbitral y en ese sentido no le compete al Tribunal pronunciarse sobre los efectos de esas conductas o las acciones u omisiones del Señor Carlos Alberto Solarte como miembro de la Unión Temporal o de su representante legal

3. EFECTOS DE LA NO CONTESTACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA Y DE LA DEMANDA.

3.1. DE LAS SOLICITUDES PRESENTADAS POR LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

La Parte Convocante solicita en el escrito mediante el cual descurre el traslado de las excepciones de mérito que se dé aplicación al inciso primero del artículo 97 del Código General de Proceso que establece que la falta de **“pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones”** harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, toda vez que considera que los demandados al contestar la demanda sin referirse a gran parte de los hechos de la misma dan lugar a su aplicación de esta norma de reciente incorporación en la legislación colombiana.

Considera entonces que las contestaciones presentadas no cumplen con lo previsto en la ley así:

-CONTESTACIÓN DE NELLY DAZA DE SOLARTE.

HECHOS: 3, 4, 6, 7, 9, 10, 20, 24, 26, 27, 28, 32, 35, 37, 42, 43.

-CONTESTACIÓN DE MARÍA VICTORIA SOLARTE.

HECHOS: 3, 4, 6, 7, 9, 10, 20, 24, 26, 27, 28, 32, 35, 37, 42.

-CONTESTACIONES DE PAVCOL Y HEREDEROS SOLARTE VIVEROS.

HECHOS: 3, 6, 7, 13, 17, 18, 22, 23, 25, 32, 44 Y 45.

-CONTESTACIÓN DE UNIÓN TEMPORAL.

HECHOS: 3, 4, 13, 18, 26, 32, 37, 41.

-CONTESTACIÓN DE CARLOS SOLARTE SOLARTE.

HECHOS: 3,4, 22, 23, 18, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 41.

-CONTESTACIÓN DE LUIS FERNANDO SOLARTE.

HECHOS: 15, 17, 18, 28, 29, 32, 33, 34, 44, 45.

De igual forma solicita que se dé aplicación al artículo 193 del Código General del Proceso y se tengan como confesiones las afirmaciones contenidas en las contestaciones de la demanda.

3.1.1. DE LA FALTA DE CONTESTACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

María Victoria Solarte Daza y Nelly Daza de Solarte, presentaron el día 9 de septiembre de 2015, una solicitud en el sentido de dar aplicación al artículo 97 del Código General del Proceso, con ocasión de la no contestación del llamamiento en garantía formulado a Carlos Alberto Solarte Solarte.

3.2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 97 Y 193 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO.

El artículo 97 del Código General del Proceso dispone:

"Artículo 97. Falta de contestación o contestación deficiente de la demanda.

La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto.

*La falta del juramento estimatorio impedirá que sea considerada la respectiva reclamación del demandado, salvo que concrete la estimación juramentada dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del requerimiento que para tal efecto le **haga el juez.**"*

El artículo 193 del Código General del Proceso establece:

"Artículo 193. Confesión por apoderado judicial.

La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita."

Respecto de la sanción por la no contestación de la demanda HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, en su libro considera:

"De conformidad con el art. 97 de C.G.P., lo que pone de presente la necesidad de hacerlo en la forma y oportunidad debida en atención a las graves sanciones previstas, por cuanto la omisión permite inferir que el demandado carece de argumentos para desvirtuar las pretensiones y los hechos de la demanda, o sea, tácitamente equivale a una posible aceptación de ellos pero no altera la carga de la prueba que sigue radicada en cabeza del demandante cuando no es viable la prueba de confesión".

La sentencia C-102 de 2005 de la Corte Constitucional, dispuso a la luz de la normatividad procesal vigente que:

"Todo lo dicho anteriormente conduce a demostrar que actuaciones tales como la contestación de la demanda, decretar interrogatorios de parte, testimonios de terceros etc., corresponden al lícito ejercicio de la actividad probatoria en el proceso, previsto en el artículo 175 del C. de P.C., y que la apreciación por parte del juez de los indicios y de las presunciones también hace parte de la actividad lícita de este funcionario en el proceso.

En otras palabras, la mera circunstancia de que no se conteste la demanda o no se acuda a los interrogatorios decretados como prueba en el proceso, no implica ipso facto, que la presunción o el indicio que esta conducta implica, según la ley, conduzca a que el juez se vea impelido a dictar sentencia desfavorable a los intereses de quien actuó de esa manera, porque llevan consigo una confesión obtenida en violación del principio de no autoincriminación.

Para lo que se debate en este proceso, también deben despejarse los conceptos confesión y declaración de parte, en el proceso civil, e indicios y presunción, con

el fin de despejar un concepto del que parten los demandantes en este proceso, que consideran que la confesión está prohibida por la Constitución en el artículo 33. Es decir, al parecer están confundiendo la prohibición de la autoincriminación con la confesión procesal.

(...)

Para la Corte no prospera el cargo de violación de la prohibición de autoincriminación contra los artículos 92 y 95 por la sencilla razón de que la contestación de la demanda no es obligatoria para el demandado. Esta se constituye en una importante herramienta para el ejercicio del derecho de contradicción y para señalar al juez y al demandante cuál es la posición del demandado en el proceso. Además, el artículo 95 no dice lo que los actores dicen que dice, pues de la lectura textual del artículo no se desprende que el juez queda obligado a tener tal conducta del demandado – la no contestación de la demanda - como indicio grave en su contra. Lo que dice el artículo 95 es que este hecho será apreciado por el juez como indicio grave en contra del demandado, lo que es sustancialmente distinto.

*Es decir, la no contestación de la demanda será tenida en cuenta por el juez como una de las conductas para deducir indicios (art. 249 del mismo Código), indicios que por mandato de la ley, deberán ser apreciados en conjunto por el juez **"teniendo"** en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el **"proceso"** (art. 250 *ibidem*).*

*Debe sólo advertirse que al hacer el demandado el pronunciamiento exigido en el numeral 2 del artículo 92, al contestar la demanda, si debe pronunciarse sobre hechos que impliquen responsabilidad penal suya o de las personas más allegadas en los términos del artículo 33 de la Carta, el interesado puede abstenerse de hacer tal pronunciamiento y el juez deberá garantizar este privilegio constitucional de la **parte."***

Por lo antes expuesto, considera el Tribunal que si bien las normas antes transcritas establecen ciertas consecuencias procesales, las pruebas deben valorarse en cumplimiento del principio de necesidad de la prueba, tal como lo ordena el artículo 164 del Código General del

Proceso, en el sentido de que "Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho"; y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 176 del Código General del Proceso, el cual establece que "Las pruebas deberán ser apreciadas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o **validez de ciertos actos**", el Tribunal realizará el análisis y valoración de la totalidad de las pruebas que obran en el expediente para efectos de adoptar su decisión.

4. LAS PRUEBAS SOLICITADAS, DECRETADAS Y PRACTICADAS EN EL TRÁMITE ARBITRAL.

4.1 CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN DE PRUEBAS Y LEGISLACIÓN APLICABLE.

Como se ha señalado en el Capítulo anterior, la solicitud al Trámite arbitral se radicó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio el 28 de noviembre de 2013 y la demanda arbitral se presentó el siete (7) de marzo de 2014, fecha en la cual se instaló el Tribunal.

En esa fecha aún no se había proferido el auto de unificación del Consejo de Estado sobre la aplicación del Código General del Proceso, de fecha 25 de junio de 2014.

Por las razones expuestas anteriormente, el Tribunal en desarrollo del principio constitucional del debido proceso y la igualdad de las partes, con base en las disposiciones sobre vigencia gradual del código General del Proceso, al tiempo de la instalación decidió que debía aplicar las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Conocido el auto de unificación del Consejo de Estado en el cual la Corporación concluyó que la vigencia del Código General del Proceso iniciaba el 1ro. de enero de 2014, incluso para los trámites arbitrales, el Tribunal consideró que debía acatar la decisión a partir de la culminación de la etapa procesal de las notificaciones a todas las partes, conforme a lo señalado por el artículo 624 de dicho estatuto en materia de tránsito de legislación, norma que modificó el artículo 40 de la ley 153 de 1887 y dispuso "sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, los términos que hubieren empezado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo se regirán por la ley vigentes."

Consta en el plenario que el Tribunal demoró en surtir la notificaciones desde el 8 de abril de 2014 hasta el 13 de febrero de 2015 y por ello, a

partir de la siguiente actuación procesal (Acta No. 12 de mayo 8 de 2015) dio aplicación a la nueva ley, para las actuaciones que se iniciaron a partir de esa fecha, en la cual el Tribunal no había asumido competencia ni decretado pruebas.

Tanto en la demanda inicial como en los escritos de contestación a la demanda inicial, las partes solicitaron y aportaron pruebas en las oportunidades procesales correspondientes, para que fueren decretadas y valoradas por el Tribunal. Las solicitudes se formularon conforme a las normas procesales vigentes en el momento de la solicitud y a las normas que, como la ley 1395 de 2010, habían modificado dicho estatuto, específicamente el Código de Procedimiento Civil en el caso de la demanda y de las contestaciones de la demanda inicial.

La parte Convocante presentó escrito integrado de reforma a la demanda el 15 de septiembre de 2015 y todas las convocadas por separado contestaron la reforma a la demanda, con posterioridad a entrada en vigor y a consecuencial decisión del Tribunal de aplicar el Código General del Proceso.

En consecuencia, algunas pruebas se solicitaron conforme a las previsiones del Código de Procedimiento Civil y algunas otras posteriores en el tiempo, se solicitaron conforme al Código General del Proceso. En consideración a lo anterior, el Tribunal en la providencia mediante la cual decretó las pruebas en la audiencia celebrada el 1 de abril de 2014 señaló:

"El Tribunal ha considerado que el CGP se encuentra vigente para este trámite y lo ha venido aplicando desde el momento procesal en que culminó la última de las notificaciones a las partes, tal como lo ha dicho anteriormente. Sin embargo, teniendo en cuenta las diferentes interpretaciones que existen sobre su vigencia y aplicación, con base en lo dispuesto en los principios constitucionales del debido proceso y en el artículo 11 del propio Código General del Proceso, en relación con los dictámenes y documentos que ha debido aportar cada parte, con el fin de garantizar el derecho a la prueba que les asiste, procederá el Tribunal con el decreto de las mismas siguiendo las normas del CPC y las que lo modifican o adicionan. La actuación del Tribunal en este sentido sigue la preceptiva del artículo 165 del Código General del Proceso, según el cual: "el juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales."

De tal suerte, consideró que en desarrollo del derecho al acceso a la justicia para el ejercicio de los derechos y la defensa de los intereses de las partes con sujeción al debido proceso (art. 2 del C. G del P), de los principios de legalidad e igualdad que rigen las actuaciones de los jueces (art. 7 del C. G del P) y de la necesidad de la prueba como fundamento de las decisiones judiciales (artículos 164 y 165 del C. G del P), la interpretación de las normas en cuanto a los requisitos y procedencia de las pruebas solicitadas, debería enmarcarse dentro de la finalidad de las normas procesales para lograr la efectividad de los derechos sustanciales.

Con base en dichas consideraciones y frente a la duda respecto de si la norma que debía aplicar para decretar las pruebas era la vigente al momento de la solicitud (C. de P. C.) o el Código General del Proceso, concluyó que, conforme con lo dispuesto en los artículos 11 y siguientes del Código General del Proceso, debía aplicar los principios constitucionales del derecho procesal garantizando así el debido proceso y aplicar la ley que estaba vigente al momento en que se solicitó la prueba, para decretarla y analizar la petición conforme a esa normativa y a los requisitos que consagraba la ley vigente en el momento de esta solicitud, todo ello por razones de seguridad jurídica.

Interpretación diferente hubiere podido concluir en la negativa a decretar una prueba con base en una norma que no era aplicable al tiempo de la solicitud y en esa medida a conculcar o limitar el derecho a probar, con las consecuencias que ello habría generado no solamente frente a los derechos de las partes sino frente a los resultados del proceso.

Dispuso adicionalmente que en la interpretación rigurosa del artículo 625 del Código General del Proceso (C. G del P.) citado, para la diligencia y práctica de cada una de esas pruebas daría aplicación al mismo Código, conforme a la ley vigente en la época de la diligencia.

Coincide la interpretación del Tribunal con el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado en la sentencia en la cual resuelve el recurso de anulación del Laudo proferido el 13 de enero de 2016³⁶ sobre la aplicación del CGP.³⁷

"Ahora bien, en cuanto se refiere a la prueba, advierte la Sala que la ley procesal aplicable, de acuerdo con lo que establece el Código General del Proceso, se fija en la fecha en que se decreta la respectiva prueba, cubija todas las diligencias para su práctica, la cual incluye, de manera importante, a las actuaciones referidas a la contradicción de esa misma prueba, en

³⁶ Laudo arbitral Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. vs INCO hoy ANI

³⁷ Sentencia del 1 de agosto de 2016 Rad.: 56494 Sección Tercera – Subsección A MP: Marta Nubia Velásquez Rico

aras de la preservación de la regla de equidad entre las partes³⁸ y de los principios del debido proceso³⁹.”

4.2 PRUEBAS EN EL TRÁMITE ARBITRAL.

En primer lugar, en materia de decreto y práctica de pruebas, el Tribunal se ciñó rigurosamente a lo dispuesto por la norma especial del artículo 31 de la ley 1563 de 2012 que señala:

"Artículo 31. Audiencias y pruebas. El Tribunal en pleno realizará las audiencias que considere necesarias, con o sin participación de las partes. Las audiencias podrán realizarse por cualquier sistema que permita la comunicación de los participantes entre sí.

El Tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen. Las providencias que decreten pruebas no admitir recurso alguno; las que las nieguen son susceptibles de reposición. Cuando la prueba haya de practicarse en el exterior, se aplicarán los tratados vigentes sobre la materia y, en subsidio, las normas del Código de Procedimiento Civil, en lo pertinente. En este caso, cuando en el proceso se hayan practicado todas las pruebas y sólo faltare la prueba en el exterior, los árbitros podrán suspender de oficio el proceso arbitral, mientras se practicare la misma.

"Se puntualiza que la interpretación contraria, en el sentido de aplicar la ley vigente para la fecha de la diligencia, aunque la prueba haya sido decretada bajo la legislación anterior, dejaría sin efecto la disposición legal acerca de la ultractividad de la ley anterior en el caso de la prueba decretada. No puede ignorarse que a partir del decreto de la prueba se despliegan varias actuaciones referidas a su práctica e incluso nuevas pruebas (por ejemplo, la designación del perito, la fijación del cuestionario, la recepción del interrogatorio y la del conainterrogatorio) y si cada una de ellas se rigiera por la ley vigente a su fecha, carecería de sentido la mención de la prueba decretada, dentro de las excepciones del artículo 625

³⁸ CGP Art. 4

³⁹ CGP Art. 14

del Código General del Proceso y la referencia concreta al evento de su práctica.”

“En otras palabras, observa la Sala que el sentido literal y lógico en que la norma del artículo 625 del Código General del Proceso produce algún efecto útil indica que la práctica de la prueba decretada se rige por la ley vigente a la fecha en que se decretó la respectiva prueba”.

“Se concreta en este proceso que, para efectos del tránsito de legislación, la actividad probatoria de la contradicción hace parte de la práctica de la prueba, toda vez que la decisión debe fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas⁴⁰ y que es deber del Juez respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia⁴¹.”

Como quiera que la norma citada expresamente remite a “las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen” y éste fue sustituido por el Código General del Proceso, el Tribunal no aplicó por remisión las normas del CPACA en las oportunidades en las cuales alguna de las partes lo invocó, por cuanto no lo consideró procedente y la remisión del artículo 31 antes transcrito es expresa al procedimiento civil.

El Tribunal en el curso del trámite adelantó las diligencias probatorias en cumplimiento de los procedimientos que garantizan los principios de intermediación, contradicción y concentración de la prueba. Su recaudo y práctica se hizo de acuerdo con los principios fundamentales y con estricta sujeción y apego a la ley, siempre en consideración a su utilidad, conducencia y pertinencia, privilegiando cualquier sentido de la Ley que resultara más garantista de los derechos de las partes y del debido proceso.

Las pruebas se practicaron en presencia de todo el panel arbitral, de los apoderados de las partes y del Señor Agente del Ministerio Público. Cada una de las intervenciones de los testigos o declarantes se grabó y su reproducción se acompañó al expediente, con excepción de las diligencias de contradicción del dictamen pericial que se realizaron los días 24 y 27 de octubre de 2016, respecto de las cuales el Tribunal informó a las partes que daría aplicación al artículo 207 del C. G del P. y entregaría las grabaciones.

De los documentos aportados por las partes se corrió el respectivo traslado, así como de los recursos interpuestos en el curso de las audiencias o por escrito.

⁴⁰ Art. 164 CGP

⁴¹ Art. 42 CGP

Igualmente, se aplicaron tanto el principio de igualdad en el trato y en el proceso, como el de imparcialidad, siempre en búsqueda de la prevalencia del derecho sustancial y de la efectividad de los derechos de las partes para alcanzar la justicia (C. G del P).

Adicionalmente, el Tribunal ha tenido en cuenta los principios señalados en la jurisprudencia constitucional sobre la valoración probatoria, para no obstante la libertad de juez de apreciar la prueba conforme a las normas de la sana crítica, no incurrir en error sustancial, definido por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

*"El defecto fáctico se encuentra relacionado con errores probatorios durante el proceso. La jurisprudencia constitucional ha señalado que se configura cuando la decisión judicial se toma (i) sin que se halle plenamente comprobado el supuesto de hecho que legalmente la determina; (ii) como consecuencia de una omisión en el decreto o valoración de las pruebas; (iii) de una valoración irrazonable de las mismas; (iv) de la suposición de una prueba; o (v) del otorgamiento de un alcance **contraevidente a los medios probatorios**".*

*La Corte Constitucional ha sido reiterativa en la protección al principio de la autonomía e independencia judicial, en el cual se incluye el amplio margen que recae sobre los operadores judiciales para valorar – de conformidad con las reglas de la sana crítica – las pruebas que han sido recaudadas durante el proceso. Sin embargo, la sentencia SU-159 de 2002, señaló que dicha independencia y autonomía **"jamás puede ejercerse de manera arbitraria; su actividad evaluativa probatoria implica, necesariamente, la adopción de criterios objetivos, no simplemente supuestos por el juez, racionales, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos, esto es, que materialicen la función de la administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre **la base de pruebas debidamente recaudadas**".***

Así mismo, se ha señalado que el defecto fáctico tiene dos dimensiones; una positiva y una negativa. Mientras la primera hace referencia a circunstancias en las que se valoran pruebas vulnerando reglas legales y principios constitucionales, la segunda hace relación a situaciones omisivas en la valoración probatoria que pueden resultar determinantes para el

caso. Dicha omisión se debe presentar de manera arbitraria, irracional y/o caprichosa.

*Esta Corporación ha establecido que la dimensión **negativa se produce:** "(i) por ignorar o no valorar, injustificadamente, una realidad probatoria determinante en el desenlace del proceso; (ii) por decidir sin el apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; o (iii) por no decretar pruebas de oficio en los procedimientos en que el juez está legal y **constitucionalmente obligado a hacerlo**"[46]. Y una dimensión positiva, que tiene lugar "**por actuaciones positivas del juez, en la que se incurre ya sea (iv) por valorar y decidir con fundamento en pruebas ilícitas, si estas resultan determinantes en el sentido de la decisión; o (v) por decidir con medios de prueba que, por disposición legal, no conducen a demostrar el hecho en que se basa la providencia**"⁴².*

Por las anteriores razones, el Tribunal en la providencia en la cual accedió a decretar todas las pruebas solicitadas y aportadas, lo hizo sin perjuicio de manifestar que en el laudo se pronunciaría sobre sus requisitos y sobre la valoración que le daría a cada una de ellas, de conformidad con las normas que rigen la apreciación conjunta de las pruebas y exponiendo en forma razonada el mérito que le asigna a cada una (art. 176 del CGP-).

4.3. PRUEBA PERICIAL.

Desde la demanda inicial y hasta la fecha de vencimiento del término para descorrer el traslado de las excepciones de fondo las partes solicitaron que se tuvieran como prueba los siguientes dictámenes periciales:

1. En el escrito de la demanda inicial presentado el 7 de marzo de 2014 la Agencia Nacional de Infraestructura solicitó el decreto y la práctica de las siguientes pruebas:

"Solicito al Honorable Tribunal decrete y orden la práctica de un Dictamen Pericial de carácter Financiero, Tributario y Contable experto estructuración y modelaje financiero de concesionario

⁴² Sentencia T-305/15, Referencia: Corte Constitucional, Bogotá D.C., 22 mayo de 2015, Expediente T-4.693.342

de obra pública con objetos similares al del contrato 005 de 1999, para que a partir de las pruebas existentes en el proceso emita un dictamen pericial sobre los siguientes aspectos:

A partir del análisis de los documentos contractuales existentes en los archivos de la Agencia Nacional de Infraestructura y en el concesionario y las normas legales aplicables, establezca cual es la tasa de renta, el impuesto de timbre, las amortizaciones y las depreciaciones que deben aplicarse al modelo financiero del Contrato Adicional No. 13 y al otrosí modificadorio 2 de este.

A partir del análisis de los documentos contractuales existentes en los archivos de la Agencias Nacional de Infraestructura y en el concesionario, conforme a su experiencia conocimiento y buenas prácticas tributarias, contables y financieras, establezca y desarrolle un modelo financiero para el contrato de concesión 005 de 1999, en el que se recojan las variables adecuadas tributariamente que deberían estar incluidos en el modelo para establecer el monto del nuevo ingreso esperado del contrato.

*Que se establezca el impacto económico que reporta para la ANI el desplazamiento del cronograma de obras e inversiones que ha debido realizar el concesionario dentro de la ejecución de la etapa de construcción, mejoramiento y rehabilitación de los **trayectos 1 al 6.** "*

2. Con la contestación de la demanda inicial y para respaldar las excepciones, la Unión Temporal presentó el dictamen de Valor & Estrategia fechado el 4 de noviembre de 2014.

"De conformidad con los dispuesto en el artículo 116 de la Ley 1395 de 2010, se solicita se tenga en calidad de experticia el documento denominado "Dictamen financiero a solicitud de parte sobre la demanda arbitral de la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI- y la subsanación de la misma en contra de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, conformada por Carlos Alberto Solarte Solarte, Luis Hector Solarte Solarte (en sucesión) y PAVCOL Colombia S.A.S", que se aporta con la presente contestación."

3. Con la reforma integrada de la demanda, la parte Convocante expresamente manifiesta su solicitud de tener como prueba el documento de Ernst & Young presentado con el escrito de subsanación de la demanda y solicita adicionalmente al Tribunal decretar la práctica de un dictamen pericial financiero.

"Reitero que se tenga como prueba el dictamen pericial consistente en el estudio elaborado por la firma ERNST & YOUNG sobre la valorización del modelo económico del contrato adicional No. 13 objeto de la demanda y su adicional No. 2, acompañado con la demanda original, en el que se establece la tasa de renta, el impuesto de timbre, las amortizaciones y las depreciaciones que deben aplicarse al modelo financiero, y en el que además se desarrolla un modelo financiero para el contrato de concesión 005 de 1999, en el que se recogen las variables adecuadas tributariamente que deberían estar incluidos en el modelo para establecer el monto del nuevo ingreso esperado del contrato, y se define el impacto económico adverso para la ANI como consecuencia del desplazamiento del cronograma de obras e inversiones que ha debido realizar el concesionario dentro de la ejecución de la etapa de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación de los trayectos 1 al 6."

En la reforma de la demanda solicitó:

"5.1. El perito financiero

5.1.1. Determinará el monto del impuesto de renta que canceló la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca entre los años 2007 y 2012.

5.1.2. Determinará si en los años 2007 a 2012 la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca al declarar su renta incluyó depreciaciones, amortizaciones y/o deducciones por activos fijos productivos.

5.1.3. Los demás aspectos que los señores árbitros o las partes sometan en la oportunidad procesal de ley.

5.2. El perito Informático

5.2.1. Con observación y revisión de los computadores de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, determinar si hay registros de haber borrado o desaparecido información o archivos que puedan estar relacionados

con los documentos sobre los que versará la exhibición.

5.2.2. Determinar las fechas de cuando hayan tenido lugar el borrado o desaparición de la información que haya sido sometida a ese procedimiento.

5.2.3. Identificar y restablecer aquella información que hubiese sido borrada o desaparecida de los archivos de los computadores que se relacione con el objeto de la exhibición.

5.2.4. Los demás aspectos que lo señores árbitros o las partes sometan en la oportunidad procesal de ley."

4. En el escrito en el cual la Unión Temporal contesta la reforma de la demanda, adjunta para hacer valer en el proceso un dictamen suscrito por la compañía Valor & Estrategia S.A, fechado el 24 de noviembre de 2015 como soporte a las excepciones presentadas en la reforma de la demanda radicada en la misma fecha (folio 3 a 95)⁴³.

*"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 226 del Código General del Proceso, de manera respetuosa, se solicita al Honorable Tribunal de Arbitramento se tenga, en calidad de prueba pericial, el documento denominado **"Dictamen financiero a solicitud de parte sobre la reforma de la demanda arbitral de la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI- en contra de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, conformada por Calor Alberto Solarte Solarte, Luis Héctor Solarte Solarte (en sucesión) y Pavcol Colombia S.A.S."** elaborado por los profesionales Juan Fernando Munera Posada, Mónica María Fernández Ramírez y Melissa Carrillo Sánchez, integrantes de la Sociedad Valor y Estrategia S.A. "*

5. En el escrito en el cual la Convocante descurre las excepciones a los escritos de contestación de la demanda integrada, solicita⁴⁴ un plazo para acompañar un dictamen de parte (artículo 227 del C. G del P.) y dentro del plazo que le concedió el Tribunal, presenta un nuevo documento elaborado por la firma SAC Consulting S.A.S para

⁴³ Cuaderno de Pruebas No. 4

⁴⁴ "En razón a la complejidad de este trámite arbitral y en aplicación del artículo 175 numeral 5 del CPACA, en concordancia con el artículo 227 del Código General del Proceso, manifiesto que mi cliente se propone presentar un dictamen pericial sobre el monto del desequilibrio económico del contrato y los perjuicios sufridos por la ANI como consecuencia de los hechos alegados en la demanda por lo cual solicito se amplíe el término para allegarlo por treinta (30) días más."

ser tenido como experticia con el fin de respaldar las pretensiones incluidas en el escrito integrado de la reforma.

6. Para contradecir el estudio presentado por SAC Consulting S.A.S la Unión Temporal radica el 7 de marzo de 2016 un dictamen de contradicción suscrito por la firma Valor & Estrategia S.A.

En relación con los dictámenes el Tribunal analizará los siguientes aspectos:

4.3.1. Dictámenes de Parte.

En los términos señalados tanto en el estatuto arbitral, norma especial aplicable a este trámite, como en las normas del Código de Procedimiento Civil, en especial la ley 1395 de 2010 que ya admitía los dictámenes de parte en la fecha en que fueron presentados y en el Código General del Proceso, el Tribunal aceptó decretar como pruebas los estudios aportados por la parte Convocante tanto con el memorial con el cual se subsana la demanda en al año 2014, como con en el presentado para descorrer el traslado de las excepciones, por haber sido solicitados y aportados en las oportunidades señaladas en la ley.

Aceptó igualmente los dictámenes presentados por la parte convocada tanto con la contestación a la demanda inicial como con la contestación de la reforma a la demanda y posteriormente para contradecir el dictamen presentado por la Convocante.

Procede ahora el Tribunal a analizar si cada uno de los documentos aportados cumple con los requisitos exigidos por la ley para adquirir la virtualidad de ser considerado como un dictamen de parte. Para este propósito, analizará tanto el cumplimiento de los requisitos formales en cuanto al contenido e información que debe incluir el documento que solicita hacerse valer como prueba, como los elementos que surgen del análisis objetivo de la experiencia y conocimiento del experto, a la luz de su intervención en la audiencia respectiva y sus respuestas (arts. 226 y ss. del Código General del Proceso).

Dicho análisis legal, en desarrollo del auto de decreto de pruebas y de las disposiciones legales contenidas en la ley 1395 y en el Código General del Proceso, se realizará conforme a las normas aplicables a cada experticia según la fecha en que se hubieren elaborado y aportado al proceso.

4.3.1.1. El documento presentado por la ANI con el escrito para subsanar la demanda arbitral

El día 1ro. de abril de 2014 la ANI adjuntó a su escrito mediante el cual subsana la demanda, el documento preparado a solicitud de la Entidad

por la firma ERNST & YOUNG para que **"hiciera la valoración del modelo económico del contrato adicional No. 13 objeto de la demanda y de su adicional No. 2" y manifiesta que "Para mayor ilustración de los señores Árbitros, adjunto a la presente me permito suministrar copia del referido informe que sustenta la cuantía estimada de las pretensiones de la ANI"**

En el escrito denominado "reforma integrada de la demanda" presentado el 16 de septiembre del año 2015, la parte Convocante en el Capítulo de pruebas, bajo en numeral 3 señala **"Reitero que se tenga como prueba el dictamen pericial consistente en el estudio elaborado por la firma ERNST & YOUNG sobre la valoración del modelo económico de contrato adicional No. 13 objeto de la demanda y de su adicional No. 2, acompañado con la demanda original."**

En primer lugar, se precisa señalar que conforme al dicho de la parte Convocante, **el documento denominado "Análisis Concesión Malla Vial del valle del Cauca y Cauca (MVVCC) Contrato de Concesión 005 de 2000 (sic), Marzo 28 de 2014)** se presenta con dos propósitos: que sea tenido como sustento del juramento estimatorio (escrito de subsanación de la demanda) y además que se tenga como dictamen pericial en la (reforma a la demanda).

En la fecha de preparación y presentación de ese documento, el 28 de marzo de 2014, como soporte del juramento estimatorio, la norma vigente en punto de los dictámenes de parte era el artículo 116 de la ley 1395 del 2010.

Sin embargo, en la fecha en la cual se solicita que el estudio sea tenido por el Tribunal como dictamen, la norma vigente era el Código General del Proceso y por ello estima el Tribunal necesario transcribir a continuación el contenido de ambas normas para derivar de su estudio la conclusión correspondiente:

"Artículo 116. Experticios aportados por las partes. La parte que pretenda valerse de un experticio podrá aportarlo en cualquiera de las oportunidades para pedir pruebas. El experticio deberá aportarse acompañado de los documentos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito y con la información que facilite su localización.

El juez citará al perito para interrogarlo en audiencia acerca de su idoneidad y del contenido del dictamen, si lo considera necesario o si la parte contra la cual se aduce el experticio lo solicita dentro del respectivo traslado. La inasistencia del perito a la audiencia dejará sin efectos el experticio. Derogado por el literal c), art. 626, Ley 1564 de 2012."

"Artículo 227. Dictamen aportado por una de las partes.

La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas. Cuando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen, la parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo y deberá aportarlo dentro del término que el juez conceda, que en ningún caso podrá ser inferior a diez (10) días. En este evento el juez hará los requerimientos pertinentes a las partes y terceros que deban colaborar con la práctica de la prueba.

El dictamen deberá ser emitido por institución o profesional especializado."

Respecto del valor probatorio de este documento se pronunciaron los apoderados de Nelly Daza de Solarte⁴⁵, María Victoria Solarte Daza⁴⁶ y Carlos Alberto Solarte⁴⁷, en las contestaciones a la reforma a la demanda radicadas el 19 de noviembre de 2015 y 10 de noviembre de 2015 respectivamente en las cuales solicitan al Tribunal abstenerse de darle el valor de un dictamen.

Procede entonces, el Tribunal a examinar el citado documento frente a las exigencias legales vigentes al tiempo de la presentación, para respaldar el juramento estimatorio y observa lo siguiente frente a las exigencias de la ley 1395 de 2010:

- a. El documento suscrito por el Señor Alonso Castellanos Rueda no acompaña ni menciona como anexos que hagan parte del estudio, ninguno de los soportes exigidos por la ley para acreditar la idoneidad y la experiencia del perito que firma el estudio. En la página 22 al final del documento se lee:

"Ernst & Young es líder mundial en servicios de auditoría, impuestos, operaciones y asesoramiento. En todo el mundo, nuestras 167.000 personas están unidas por nuestros valores compartidos y un inquebrantable compromiso con la calidad. Marcamos la diferencia al ayudar a nuestra gente nuestros clientes y nuestras comunidades a concretar su potencial. Ernst & Young se refiere a la organización mundial de firmas miembro de Ernst & Young Global Limited cada una de las cuales es una persona jurídica independiente Ernst & Young Global Limited sociedad del Reino Unido limitada por garantía no presta servicios a clientes."

⁴⁵ Folio 148 – 150 Cuaderno Principal No. 4

⁴⁶ Folio 70 – 72 Cuaderno Principal No. 4

⁴⁷ Folio 612 – 613 Cuaderno Principal No. 3

- b. Adicionalmente, el estudio que en sí mismo no está firmado, se acompañó de una comunicación suscrita por Alonso Castellanos, en calidad de Director ejecutivo de Ernst & Young y dirigida a la ANI en la cual manifiesta **“tenemos el agrado de presentar a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, nuestro informe sobre la revisión y actualización de los ejercicios financieros “Ejercicio Adicional 13 Completo-Ingreso Esperado Actual” y Ejercicio Otrosí No. 2 Con ingreso Esperado” de la concesión Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca (MVVCC).**

En relación con los requisitos vigentes en la fecha en la cual la Convocante solicitó que el estudio se tuviera como dictamen, en el curso del mes de septiembre 2015 y frente a las exigencias del artículo 226 del Código General del Proceso se observa lo siguiente:

- a. El profesional Alonso Castellanos Rueda omite hacer las declaraciones e informaciones exigidas en los numerales 1 a 10 del inciso sexto de la norma antes citada.
- b. El escrito no fue presentado bajo juramento ni se expresó el profesional acerca de su independencia ni está acompañado de los documentos que acreditan la idoneidad y experiencia del perito.

En adición a lo anterior, respecto del contenido mismo del documento, estima el Tribunal que en cuanto no se explicaron los exámenes y métodos utilizados que le sirvieron de fundamento, por cuanto el estudio se presentó sin anexos que soporten sus conclusiones, **el documento no cumple con los supuestos normativos de ser “claro, preciso y detallado” como exigía el C de P C (ley 1395 de 2010) ni tampoco “exhaustivo” respecto de las pretensiones y el objeto de las controversias, requisito éste que fue adicionado por el C. G del Proceso.**

En consideración a lo anterior, en criterio del Tribunal, el documento **contiene un “informe sobre la revisión y actualización de los ejercicios financieros “Ejercicios Adicional 13 Completo – Ingreso Esperado Actual y Ejercicio Otrosí No 2 Con Ingreso Esperado” de la concesión Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca MVVCC” tal y como señala el profesional Castellanos en la carta remisoria.**

Por lo anterior, el estudio presentado no cumple con los requisitos formales ni materiales para ser considerado como un dictamen de parte ni a la luz de las disposiciones legales vigentes y aplicables al tiempo de su elaboración ni en la etapa procesal en la cual se solicitó tenerlo como tal.

Si bien en la audiencia a la cual concurrió el profesional Castellanos, en varias de las respuestas frente a preguntas formuladas por el Tribunal

y por las partes se suplen algunos de los elementos que se echaron de menos en el documento presentado, como la experiencia:

*"Mi nombre es Alonso Castellanos Rueda, cédula 19.419.183 de Bogotá, nacido junio 27 del 60, residenciado en Bogotá, de profesión administrador de empresas con especialidad en economía y una maestría en administración de empresas con énfasis en finanzas, me he desarrollado en el sector financiero por más de 30 años, más de 22 de ellos en modelos **de... de bancas de inversión con entidades nacionales y extranjeras multilaterales.***

Estoy aquí a resultas de un informe que produjo la firma EY Colombia el cual yo firmé en mi calidad de socio a cargo de banca de inversión en ese momento, posición que no desempeño ahora ya que me desvinculé de la firma hace más de un año, para cualquier duda sobre la firma aquí nos acompaña el doctor Alejandro Baquero que es socio de EY pero yo fui el que dirigí el proyecto, el doctor Baquero llegó mucho después de esto, y estoy a disposición del Honorable Tribunal.

DRA. MESA: En relación con las exigencias de la ley le puede usted informar al Tribunal cuando se practicó el respectivo informe quién participó en su elaboración además de usted?

SR. CASTELLANOS: Sí, hubo varias personas del equipo que trabajaba conmigo, un gerente de proyecto, un funcionario de nivel senior y tal vez dos funcionarios de nivel staff. Me quedó por fuera una parte de la vinculación con las partes, en el pasado he tenido vinculaciones contractuales con ambas partes, con ex socios de la Unión Temporal, el señor Mario Huertas Cotes a quien asesoré en la estructuración de una concesión y su socio Pavimentos Colombia que entiendo todavía es parte de la Unión Temporal, también fueron clientes míos.

A la ANI la asesoramos actualmente en evaluación de iniciativas privadas por APP, en revisión de procesos de contratos de concesión en sus aspectos financieros y otras diferentes actividades.

DRA. MESA: Le puede usted describir al Tribunal adicionalmente la lista de documentos que usted aportó, si fueron aportados, y que consultó para la

*elaboración de ese informe y a qué se...
específicamente ese informe si lo recuerda?*

SR. CASTELLANOS: Sí señora, el informe se basó en analizar los puntos específicos solicitados por la ANI en su momento, esos puntos eran analizar los aspectos financieros de la modificación que se hizo como adicional 3 al contrato de concesión 05 de 1999, dentro de esa revisión analizamos aspectos como la pertinencia en la tasa de impuesto a la renta que se utilizó, el cálculo de los impuestos en general, sin embargo aclaro que fue un dictamen financiero más no tributario.

El impacto en particular de las depreciaciones y amortizaciones sobre ese modelo, el impacto que podría tener sobre las partes cualquier desplazamiento de obra que se hubiese dado, el análisis de los posibles ajustes que se pudieran llegar a dar si encontrábamos algún error en temas como impuesto a la renta o cálculo de estos desplazamientos, también aspectos específicos como las deducciones por inversión en activos productivos operativos, en ese momento vigente bajo la ley, aspectos como la eliminación del impuesto de timbre y un análisis general sobre cómo se gestó el contrato y cómo ese adicional 13 fue edificado y construido con base en la información financiera, es como el resumen.

Tuvimos a nuestra disposición los contratos, el contrato de modificación, el modelo financiero que se utilizó para hacer este cálculo y tuvimos reuniones en su momento con funcionarios de la ANI para analizar diferentes aspectos que fueron surgiendo sobre el trabajo.

DRA. MESA: Usted mencionó su experiencia como banquero de inversión, tiene usted o ha adjuntado los dictámenes en los que ha participado para Tribunales de arbitramento y puntualmente le pregunto si ha rendido algún dictamen de algún proceso en que haya sido parte quienes intervienen en este trámite?

SR. CASTELLANOS: Sí señora están aportados con un informe que entregamos, no sé si está aportado al Tribunal, me disculpa, tal vez porque en este no soy perito de parte, pero sí, hemos participado en diferentes Tribunales de arbitramento en temas como

*infraestructura, en varias concesiones viales, de primera, segunda y tercera generación, y también en **Tribunales de arbitramento... por el Estado, tengo una relación a la orden del Tribunal.***

No obstante lo anterior, no puede perderse de vista que la exigencia de la norma legal, de interpretación restrictiva por su naturaleza de orden procesal e imperativa, se contrae a que dichos requisitos se acrediten y acompañen al documento que pretende hacerse valer como dictamen de parte y no prevé que puedan suplirse posteriormente en la audiencia de contradicción, sin perjuicio del derecho que les asiste a las partes de interrogar al perito sobre estas materias para confirmar su dicho pero no para subsanar la omisión en que se incurrió al presentarlo.

En conclusión, el Tribunal apreciará dicho estudio como una prueba documental que fue debidamente contradicha en el curso del proceso y la declaración del Señor Alonso Castellanos Rueda se analizará en el mismo contexto dentro de la valoración conjunta y razonada del acervo probatorio, pero no como un dictamen pericial.

Es importante además tener en cuenta que, si bien este documento se presentó por la Convocante en la demanda inicial, con posterioridad en el curso del trámite se presentó un nuevo estudio para respaldar las pretensiones incluidas en la reforma integrada a la demanda, punto sobre el cual se pronunciará el Tribunal más adelante.

4.3.1.2 DICTAMENES PRESENTADOS POR LA UNIÓN TEMPORAL

Para sustentar sus excepciones en la contestación a la demanda y posteriormente en la contestación a la reforma a la demanda y para contradecir el documento presentado por la ANI a UT presentó sendos estudios elaborados por la firma Valor & Estrategia S.A.

El día 4 de noviembre de 2014 el apoderado de la Unión Temporal presentó al proceso, dentro del término legal, el documento **denominado "Dictamen Financiero a solicitud de parte, sobre la demanda arbitral en la Agencia Nacional de Infraestructura ANI en contra de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, conformada por Carlos Alberto Solarte Solarte, Luis Hector Solarte Solarte (en sucesión) y PAVCOL Colombia S.A.S", como soporte de la contestación de la demanda.**

El día 24 de noviembre de 2015 la misma Unión Temporal presentó un nuevo documento de Valor & Estrategia S.A. para sustentar las excepciones a las Pretensiones del Capítulo Primero (I) de la reforma de la demanda referente al Contrato de Concesión No. 005 de 1999 y sus Contratos Adicionales No. 6, No. 8 y No. 13 con su Otrosí No. 2

Malla Vial Valle del Cauca y Cauca, celebrado entre la Unión Temporal **Desarrollo Vial del valle del Cauca y Cauca”**.

En la contestación de la reforma a la demanda concordancia con lo anterior, en el numeral 3 del acápite de pruebas de la contestación, la Unión Temporal solicita que se tenga el documento aportado el 24 de noviembre de 2015 en calidad de prueba pericial.

En consideración a que la Convocante aportó un dictamen de parte al descorrer el traslado de las excepciones de fondo, el apoderado de la Unión Temporal, presentó el **7 de marzo de 2016 un nuevo “Dictamen financiero a solicitud de parte sobre el dictamen pericial presentado por SAC Consulting S.A.S. referente al proceso arbitral de la Agencia Nacional de Infraestructura contra la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca”, elaborado también por la misma firma Valor y Estrategia S.A.**

“El presente documento surge del análisis realizado al DICTAMEN PERICIAL FINANCIERO presentado por SAC CONSULTING S.A.S. el 24 de Febrero de 2016 específicamente en lo relacionado con la cuantificación del desequilibrio económico que presuntamente se ocasionó con objeto de la ejecución del Contrato de Concesión No. 005 de 1999 No. 6, No. 8 y No. 13 con su Otrosí No. 2 Malla Vial Valle del Cauca y Cauca, celebrado entre la Unión Temporal Desarrollo Vial del valle del Cauca y Cauca”.

Todos los documentos aportados por la Unión Temporal como dictámenes de partes se elaboraron y presentaron con posterioridad a la vigencia del C G del P al igual que la providencia en la cual se decretaron como prueba y, en consecuencia, su análisis se adelantará conforme a los artículos 226 y siguientes de dicho estatuto.

Los tres documentos fueron presentados a través del apoderado de Valor & Estrategia S.A. señor Juan Fernando Múnera Posada, como socio consultor y representante legal, y en las páginas 5 a 9, bajo el Título Precisión Preliminar⁴⁸ el experto afirma bajo juramento sus calidades, la ausencia de impedimentos, las calidades académicas de quienes trabajaron en su elaboración y la experiencia de la firma en procesos de estructuración y consultoría en finanzas. Señala, además, las fuentes utilizadas y que se incluyen como Anexo No. 2.

En cuanto al contenido mismo de los dictámenes, los tres abordan un análisis del riesgo que incluye el marco conceptual a la luz de las disposiciones del CONPES y unas conclusiones sobre los efectos de esas regulaciones. El Tribunal con fundamento en lo dispuesto en el artículo 225 del Código General del Proceso y en atención a la naturaleza técnica

⁴⁸ Cuaderno de Pruebas No. 4 folios 369 a 374.

de la prueba pericial, que excluye cualquier análisis jurídico, ha ponderado el contenido de los Capítulos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo para extraer solamente aquellos elementos financieros propios de una pericia pero sin tener en consideración cualquier calificación que implique interpretaciones con contenido jurídico o que reflejen conclusiones del perito en cuanto a los efectos de una norma o de una cláusula contractual.

Así por ejemplo, calificaciones como **“los retrasos no son causados por el Concesionario”, “perjuicio”, “el motivo por el cual se lleva a cabo el desplazamiento”, “cumplió con la finalización de la obra del Tramo”, “Modelo Contractual”**⁴⁹ que infieren connotación legal, serán analizados simplemente como herramientas financieras pero sin connotación o alcance legal.

Específicamente se señalan los siguientes aspectos jurídicos del Dictamen de Valor & Estrategia S.A. del 7 de marzo de 2016:

- El Contrato de Concesión No. 005/1999 y sus subsiguientes adicionales y otrosíes pertenecen a la Segunda Generación de Concesiones viales. (Página 24 del contrato).
- En cuanto al riesgo comercial, el Estado le transfiere el riesgo de tráfico al concesionario; esto se hace a través de la inclusión del concepto de ingreso esperado, a diferencia de las de Primera Generación, donde había un tráfico garantizado. Esto quiere decir que no existe un Modelo Financiero Contractual ni una TIR del contrato. La propuesta del concesionario solo contiene un ingreso esperado.
- En cuanto al riesgo ambiental, el concesionario asume la gestión ambiental pero el riesgo es el concedente. Los costos implícitos en el cumplimiento de las obligaciones definidas en las licencias y/o planes de manejo ambiental, cuando las mismas se encuentren debidamente ejecutoriadas antes del cierre de la licitación, son asumidos por el concesionario. En caso que no estén ejecutoriadas, se debe prever en el contrato los costos superiores a los estimados.
- Se comparen los riesgos en el tema predial. El concesionario se encarga de hacer las gestiones pero es la entidad estatal la que asume el riesgo y la responsabilidad de la adquisición de los predios, ya sea por compra directa o por proceso de expropiación.
- En cuanto al riesgo tributario, este se ha caracterizado por estar bajo la responsabilidad del concesionario, y es quien debe hacer las previsiones del caso para mitigarlo.

Sobre este punto preciso se pronunció el apoderado de la Convocante en los siguientes términos:

⁴⁹ Folios 192 y siguientes de cuaderno principal No. 2

"DR. BEJARANO: Usted dice que no ha hecho conceptos jurídicos. sin embargo a lo largo del dictamen y es muy frecuente usted habla de incumplimientos imputables a la ANI, no son esos conceptos de naturaliza jurídica?

DR. MUNERA: Lo que hice fue un comparativo y una lectura de cada una de las actas que se tenían y donde se aceptaba por cada una de las partes que había un desplazamiento, me imagino que a esos son a los que usted se refiere.

DR. BEJARANO: Usted oyó a la ANI para llegar a esas conclusiones?

DR. MUNERA: No, pero leí sí los adicionales y los otrosíes.

DR. BEJARANO: Usted visitó las obras, ha visitado las obras?

*DR. MUNERA: No, ni desde el punto de vista técnico **podríamos estar ahí.**"*

En la audiencia de alegaciones nuevamente la Convocante llama la atención del Tribunal en cuanto al contenido jurídico del dictamen y a la calidad de abogado doctor Juan Fernando Múnera, a quien el apoderado **calificó de "un tegua de las finanzas"**. **Manifestó igualmente** que para valorar este dictamen debe tenerse en cuenta que a la audiencia de contradicción no asistieron las personas que colaboraron en la elaboración del dictamen.

En cuanto el dictamen fue elaborado por una persona jurídica denominada Valor & Estrategia S.A. y a la audiencia compareció el Dr. Múnera en calidad de apoderado y representante legal y en esa misma calidad suscribe los documentos, el Tribunal entiende que comparece en nombre y representación de la compañía y que en esa calidad, tiene atribuciones para comparecer a la audiencia de contradicción. Respecto de su condición de abogado, el Tribunal tendrá en cuenta esa manifestación, en conjunto con las pruebas que obran en el proceso sobre la experiencia de la firma.

Revisado el contenido formal de las experticias frente a las exigencias del Código General del Proceso, señala el Tribunal que los tres documentos cumplen con los requisitos exigidos del inciso 6 del artículo 226 del Código General del Proceso.

En cuanto a su contenido se observa que los tres dictámenes presentados por Valor & Estrategia S.A. describen los procedimientos

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

elaborados para obtener las conclusiones y acompañan en sus anexos las fuentes documentales consultadas, así como los anexos y documentos financieros que fueron utilizados.

Respecto del contenido material de los dictámenes, el Tribunal ha analizado en paralelo el contenido de los tres documentos para revisar que efectivamente no haya más de un dictamen sobre un mismo punto y ha concluido que tomará para su análisis los puntos 3.2.2.1, 3.2.2.3., 3.2.2.4 y 3.2.2.5 del dictamen presentado el 7 de marzo de 2016, comprensivos de los puntos 7.2., 7.3. del dictamen de noviembre de 2015 y 8.3.1. y 8.3.3 del de 4 de noviembre de 2014, conforme al siguiente cuadro:

Dictamen de 4 de noviembre 2014	Dictamen del 24 de noviembre de 2015	Dictamen del 7 de marzo de 2016
La Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca ha solicitado nuestra opinión independiente y objetiva, con el fin de contar con un análisis sobre las reclamaciones presentadas por la Agencia Nacional de Infraestructura, en adelante ANI, dentro de la demanda interpuesta por esta entidad y correspondiente al contrato No. 005 de 1999 y su Adicional No. 13 de 2006 celebrado entre las partes.	La Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca ha solicitado nuestra opinión independiente y objetiva, con el fin de contar con un análisis sobre las reclamaciones presentadas por la Agencia Nacional de Infraestructura, en adelante ANI, dentro de la reforma de la demanda interpuesta por esta entidad y correspondiente al Contrato de Concesión No. 005 de 1999 y sus Adicionales No. 6 y No. 8 de 2005 y No. 16 de 2006, este último con su Otrosí No. 2 celebrado entre las partes.	La Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca ha solicitado nuestra opinión independiente y objetiva, con el fin de contar con un análisis sobre el dictamen pericial presentado por la firma SAC Consulting SAS aportado por la Agencia Nacional de Infraestructura, en adelante ANI, dentro de la reforma de la demanda interpuesta por esta entidad y correspondientes al Contrato de Concesión No. 005 de 1999 y sus adicionales No. 6 y 8 de 2005 y No. 13 de 2006, este último con su otrosí No. 2 celebrado entre las partes.
El contrato adicional No. 13 y los desplazamientos: El Contrato Adicional No. 13 se suscribió entre las partes bajo la alternativa que presentó el concesionario, denominado como Alternativa No. 2, la cual no contemplaba el peaje de Loboguerrero ni aportes de la Nación; el presupuesto de inversión acordado fue de \$231.855 Millones de Pesos de 1997 y el ingreso esperado pactado total fue de \$4.881.679 millones de pesos de 1997. La propuesta aceptada por las partes para la ejecución de la obra del Par Vial de la Reserva de Yotoco incluyó un ingreso esperado acordado contractualmente por las partes por el valor de \$35.025 millones de pesos de 1997, el cual se proyectó obtener en el mes de febrero del año 2015 y el pago se acordó realizar con el recaudo de las tarifas de peaje de la estación "Loboguerrero", entregado por el INVIAS al INCO mediante la resolución No. 7257 del 20 de octubre de 2006, estableciéndose en ochenta y cinco (85) meses el plazo para recaudar dicho ingreso esperado.	Análisis del desplazamiento: El análisis realizado desde a lectura de los documentos firmados entre las partes, corresponde a Contrato de Concesión No. 005 de 1999 y sus Otrosíes, en los cuales se puede corroborar que el desplazamiento de las obras de los Tramos contemplados (1 al 6), no es responsabilidad de la UTDVVCC; la adquisición de los predios es una obligación del concedente; independiente de las razones por las cuales el INCO se vio impedido para cumplir con la entrega de los predios, el concesionario actuó de acuerdo con lo pactado, ejecutando las obras en tiempos muy diferentes a los inicialmente estimados por el INVIAS en el momento de la licitación, aún en contra de su interés económico, entregando los tramos con las exclusiones con el fin de minimizar el impacto adverso que podía haberse ocasionado con los desplazamientos.	Sobre los desplazamientos: Tal y como se explicó en el dictamen financiero presentado por Valor & Estrategia referente a la reforma de la demanda y teniendo en cuenta los riesgos asumidos por las partes, el contrato objeto de controversia ha presentado dificultades en materias concretas, tales como: la consecución oportuna de los predios necesarios para realizar las obras y la obtención de licencias ambientales, causas que generaron los desplazamientos y que no fueron responsabilidad del concesionario. Todo el análisis se toma del dictamen de noviembre de 2015.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

<p>E&Y desconoce la naturaleza del contrato de concesión (segunda generación) donde solo se pactó un ingreso esperado y no una TIR del proyecto. Manteniendo los lineamientos de los contratos de segunda generación la evaluación financiera final deberá realizarse sólo sobre el ingreso esperado. Los supuestos empleados por el concesionario en la propuesta no formaron parte contractual a diferencia del ingreso esperado. Realizar reclamaciones sobre un modelo no pactado contractualmente se traduce en un desconocimiento de los riesgos asumidos por el concesionario, como lo son: constructivo, de tráfico, tributario, cambiario, comercial, de operación, regulatorio, político, de fuerza mayor (asegurable) y riesgo de financiación.</p>	<p>Desplazamiento contrato adicional No 6: Al igual que en el Contrato de Concesión No. 005, el problema recurrente en el Adicional No. 6 es el tema predial, sin hacer un análisis técnico de las causas de los desplazamientos, sino teniendo únicamente en cuenta los documentos contractuales que acreditan las razones de los desplazamientos y que se anexan al dictamen, a la fecha las variantes como El Bolo y la Herradura continúan en esperada de definiciones prediales para su terminación. Las demás variantes, aunque finalizadas, presentaron desplazamientos como consecuencia del tema predial.</p>	<p>Todo el análisis se toma del dictamen de noviembre de 2015.</p>
<p>Como conclusión del análisis realizado por E&Y, consideramos que de llegar a ser válido este ejercicio sin tener en cuenta la tipología bajo la cual se suscribió el contrato (segunda generación) y suponiendo que se llegará a generar una posible reclamación, la actualización de las cifras se debería realizar de con el IPC teniendo en cuenta que en el contrato No. 005 de 1999 las fórmulas referidas a cálculos numéricos y monetarios como: ingreso esperado, compensación por terminación anticipada, indexación de tarifas del esquema tarifario etc., se encuentran afectadas en todo momento por el efecto de la inflación. Pretender actualizar estas cifras con una tasa del 12,99% nominal anual es exagerar en todo sentido el valor de la reclamación.</p>	<p>Desplazamiento contrato adicional No. 8: Los problemas con este Contrato Adicional, referentes a la adquisición de predios y os trámites tendientes a obtener las Licencias Ambientales, se han mantenido en el tiempo, tanto así que hasta la fecha las obras no han podido finalizar. De acuerdo con lo expuesto por el concesionario, la intersección de Santander de Quilichao, no se ha terminado el ramal 4D por la adquisición de 6 predios. El concesionario informa que la ANI entregó los oficios de notificación y las ofertas el día 3 de noviembre de 2015 y fueron notificados a los propietarios el día 5 de noviembre de 2015; actualmente se surte el periodo legal que los propietarios tienen para la aceptación o rechazo de las ofertas.</p>	<p>Todo el análisis se toma del dictamen de noviembre de 2015.</p>
<p>Respecto de la pretensión 1 de la demanda inicial: La ANI reclama un perjuicio en contra y un beneficio a favor del concesionario, calculados sobre los modelos financieros del contrato adicional No. 13 el otrosí No. 2, sustentando dicho perjuicio por la no inclusión en los modelos de la tasa de impuesto de renta, amortizaciones, depreciaciones y la deducción por activo fijo productivo. Respecto a esta pretensión y partiendo de la base de los perjuicios y beneficios se traducen en afectaciones monetarias, el análisis de un posible perjuicio se considerar dese el punto de vista financiero incorrecto, teniendo en cuenta que los contratos objetos de esta pretensión, están actualmente en</p>	<p>Desplazamiento contrato adicional No. 13 y otrosí No. 2: De acuerdo con la trazabilidad presentada en las firmas de los Otrosíes del Contrato Adicional No. 13, no se puede imputar a la Unión Temporal UTDVCC la demora en la consecución de las mimas, cuando las causas con ajenas al concesionario y la expedición de las Licencias Ambientales se encuentran fuera de alcance del concesionario al ser permisos que dependen de entidades gubernamentales. Finalmente, el concesionario gestionó la expedición de los permisos de acuerdo con sus obligaciones contractuales. En este punto no se puede confundir la obligación contractual de Gestión a cargo del concesionario con el riesgo del resultado de las</p>	<p>Todo el análisis se toma del dictamen de noviembre de 2015.</p>

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

<p>curso; calcular en este momento cualquier tipo de reclamación no es posible, pues no se tienen las distintas variables que se deben considerar para su cálculo. Adicionalmente, implicaría traer a valores presentes los flujos proyectados hasta el momento en que termina el plazo de la concesión (plazo que es incierto actualmente ya que depende del flujo de tráfico y de la tarifa de peajes). Lo anterior, genera que se esté realizando una reclamación sobre un flujo teórico (proyectado) y se le esté asignando al concesionario un supuesto beneficio que no puede ser valorado; las variables implícitas en el modelo aún no se han definido en su totalidad, incluso la ANI reclama un perjuicio que según el tipo de contrato no debería exigir porque está basando su pretensión sobre modelos no pactados contractualmente y sobre variables que corren por riesgo del concesionario.</p>	<p>obligaciones ambientales que debe ser asumido por el concedente.</p>	
<p>Respecto a la pretensión 2 de la demanda inicial: Dada la tipología contractual del Contrato de Concesión No. 005, Adicional No. 13 y Otrosí No. 2 (segunda generación) es incorrecto pretender vincular los modelos presentados por el concesionario como modelos contractuales que deben ser actualizados en la medida en que se ejecuta el proyecto. En este punto, el modelo es como su nombre lo indica, un modelo de evaluación, sin soporte contractual. Considerar la actualización del modelo financiero significaría ir en contra de la estructura de riesgos de los contratos de segunda generación e implicaría un cambio en la matriz de riesgos contractualmente pactada. Adicionalmente se considera incorrecto desde el punto de vista de la evaluación financiera de proyectos afirmar que se ha generado un rompimiento de la ecuación financiera en beneficio del concesionario y en perjuicio de la ANI, si los contratos en cuestión aún se encuentran en ejecución y es imposible determinar, como se ha mencionado anteriormente, en qué momento se van a finalizar las inversiones, ni cuál será la fecha exacta en la que el concesionario recibirá la totalidad del ingreso esperado, ni cuál será el valor final de las inversiones realizadas y de las utilidades obtenidas, es decir, que las variables necesarias para la</p>	<p>Conclusión respecto los desplazamientos: Luego de realizar el análisis financiero de los desplazamientos para el Contrato de Concesión No. 005 y sus Contratos Adicionales objeto de discusión entre las partes, se puede llegar a una gran conclusión: los retrasos no son causados por el concesionario, debido a que los eventos presentados, tales como, la dificultades en la adquisición de predios y la obtención de licencias ambientales, se encontraban por fuera de la responsabilidad y de la capacidad de gestión de la UTDVCC. Tomando en consideración que cada una de las partes asumía ciertos riesgos, con sus aspectos tanto benéficos como adversos y conforme a lo expuesto en cuento a los desplazamientos, desde el punto de vista financiero el Perito, concluye que los eventos que afectaron la ejecución de la obra son ajenos al concesionario. Lo anterior, debido a que para determinar un posible perjuicio se debe analizar la ejecución del contrato en su totalidad, incluyendo todas las variables que lo afecten (inversiones, ingresos, costos, gastos, financiación, entre otros), sería errado analizar un solo aspecto, como se hace con el tema de las inversiones en obras, ya que dichos desplazamientos, por el tiempo de contrato que se está hablando, tuvieron que tener</p>	<p>Todo el análisis se toma del dictamen de noviembre de 2015.</p>

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

<p>realización de un análisis financiero real aún no se encuentran determinadas en su totalidad.</p>	<p>otro tipo de impactos relacionados: mayor valor en el costo de ejecución de la obra en el momento en que se había superado el tema ambiental y predial en los tramos, mayores permanencias de obra en tramos que se estaban interviniendo pero que por los inconvenientes prediales no se podían finalizar, costos adicionales a los estimados por mantener personal y equipos que se haya requerido, cuyo análisis, si bien no forma parte de este dictamen, sí debe ser considerado en el estudio sobre el supuesto "beneficio económico", que se manifiesta, tuvo el concesionario.</p>	
<p>Respecto de las pretensiones 3 y 4 de la demanda inicial: La ANI se equivoca al pretender reclamar un perjuicio sobre supuestos no pactados contractualmente, sobre contratos que se encuentran en operación y sobre los que no se tienen todas las variables definidas. La ANI realiza reclamaciones relacionadas con los desplazamientos en el cronograma de inversión, desconoce las causas por las cuales se generaron dichos ajustes de plazo. Estas causas están relacionadas principalmente con los inconvenientes generados en la obtención de licencias ambientales y en la adquisición de predios para el normal desarrollo y ejecución del proyecto, situaciones en todo caso no imputables al concesionario.</p>	<p>Imprecisiones en la información presentada en la reforma a la demanda: Las presentadas por la ANI como "reales" no se toma en cuenta que las mismas fueron modificadas por las partes y que su cambio obedeció especialmente a la puesta en disposición de los predios, que contractualmente es un riesgo del concedente. En el caso del Contrato de Concesión No. 005 así como en el Tramo No. 3 de Contrato Adicional No. 6 (Santa Helena), la ANI omite las fechas en las que se firmaron las Actas de Finalización de cada Tramo, las cuales, salvo para los Tramos Nros. 2 y 5, son las estipuladas y lleva la fecha, que según el apoderado de la ANI es la "real", a un momento posterior a la establecida por ellos. En los Tramos Nros. 2 y 5 hay una desviación de un mes entre la fecha estipulada y la de firma del Acta de Finalización. Además, la ANI ignora lo pactado para cada Tramo acerca de las exclusiones, como se menciona en las Actas de Finalización; "los cuales escapan de la voluntad de las partes y se consideran por ellos que no afectan el inicio de la Etapa de Operación del Tramo. Debe tenerse en cuenta que de sujetar la entrada en operación del tramo a la culminación de dicha obra, el INCO estaría generando una eventual reclamación por parte del Concesionario debido a la demora en la entrada en operación." En concordancia con lo anterior, la ANI presenta un cálculo errado para sustentar la reclamación de montos por un supuesto perjuicio, al tomar el valor total de la obra de cada tramo, dejando de lado que parte de la</p>	<p>Objeción financiera al dictamen pericial presentado por SAC Consulting: No se aporta la información relacionada con los informes de interventoría, así como el cronograma de inversión, avance de inversión, y demás variables que afectan, en su opinión, la determinación de la fecha de obtención de la TIR de referencia y la cuantificación de los desplazamientos de obra en el contrato, información necesaria para poder corroborar los cálculos presentados. Así mismo, no se anexa el archivo de Excel donde se realizan los cálculos y sólo se aportan unos cuadros de resultados, con los cuales no se puede verificar con exactitud los cálculos.</p>

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

	<p>misma entró en el momento pactado contractualmente y que sobre el resto se acordaron nuevas fechas, es decir, sobre estima el cálculo tanto en tiempos como en valores.</p>	
<p>Respecto de la pretensión 5 de la demanda inicial: En el contrato No. 005 de 1999 y su Adicional No. 13 no se encuentra como un factor pactado las condiciones financieras y tributarias. Estas variables corren por cuenta y riesgo del concesionario, según la matriz de riesgo establecida en contratos de segunda generación. Por lo tanto, los supuestos empleados por el concesionario se utilizaron en el modelo de referencia cerrado producto de un análisis propio de la unión temporal para su análisis de decisión de inversión y no como un modelo pactado contractualmente como lo asume la ANI. Los contratos de segunda generación contienen una matriz de riesgos implícita que define las obligaciones contractuales de las partes y los derechos de los mismos. Establecer el modelo financiero como un instrumento de evaluación contractual que debe ser actualizado, implicaría ir en contra de la estructura de riesgos de este tipo de contratos y generaría un cambio esencial del tipo de contrato y de la matriz de riesgos pactada. Analizando desde el punto de vista de las tipologías de contrato de concesión, la ANI, al reclamar este supuesto "reequilibrio", estaría devolviendo el contrato actual a primera generación donde las variables financieras y tributarias pueden ser evaluadas, pero les es asegurada una TIR sobre la inversión realizada y, adicionalmente, la mayor parte de los riesgos asumidos actualmente por el concesionario serían trasladados a la entidad estatal.</p>	<p>Análisis de los conceptos financieros aplicados No es posible determinar cómo, ni en qué tiempo se van a finalizar las inversiones, ni cuál será la fecha exacta en la que el concesionario recibirá la totalidad del Ingreso Esperado, ni cuál será el valor final de las inversiones realizadas y de las utilidades obtenidas, es decir, que las variables críticas para el cálculo, tales como: ingresos, inversiones, tiempo, costos y gastos, aún no se encuentran totalmente definidas. Los ingresos y los costos afectan de manera considerable el Flujo del Proyecto y los resultados finales obtenidos. Por la vigencia del Contrato de Concesión No. 005 de 1999 y sus Contratos Adicionales No. 6 y No. 8, es imposible determinar con certeza el resultado final de cada una de la variables empleadas para la determinación de un supuesto desequilibrio económico, estas variables aún están sujetas a variaciones durante la ejecución real del proyecto. En la reforma de la demanda se está calculando un supuesto desequilibrio económico sin tener la totalidad de las variables necesarias para realizar una cuantificación real. Solo se tiene en cuenta el desplazamiento de las obras, que como se sustentó a lo largo de dictamen, no toma con precisión las fechas ni los montos. No se puede dejar de lado que el desplazamiento de obras lleva inmerso cambios en las demás variables del proyecto, por ejemplo, variaciones en los costos de ejecución de la obra en el momento que se debió realizar como consecuencia de las demoras en la adquisición de predios, las mayores permanencias en obras, el stand by de equipos, entre otros. Adicionalmente, no se puede dejar de lado cuáles fueron las causas de dichos desplazamientos. En los cálculos presentados en la reforma de la demanda se utiliza la Tasa Interna de Retorno – TIR – como Tasa de Descuento: este criterio es errado, debido a que la TIR por definición, es un resultado: por tanto, no puede ser utilizada como Tasa de Descuento ni como factor de actualización de valores. Como se mencionó en la definición, la</p>	<p>Aportes de capital: se remite al dictamen de octubre de 2014. Se presenta una confusión por parte del perito, pues los recursos si fueron aportados por el concesionario, tanto en tiempo como en cuantía, en los momentos establecidos y cumpliendo con sus obligaciones contractuales, lo anterior, puede verificarse en el documento aportado en los anexos.</p>

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

	<p>TIR lleva implícito la reinversión de los flujos de esa tasa y no se puede afirmar que el concesionario pudiera tener una inversión sustituta que le rentara igual, es más, al haberse el concesionario involucrado en el contrato es porque la TIR en sus estimaciones era superior a su TIO (Tasa Interna de Oportunidad).</p> <p>Para el caso de Contrato de Concesión No. 005, los cálculos que se realizaron en la reforma de la demanda, página 26, tomaron como base para el cálculo una tasa del 9%, que se mencionara es la estipulada para la terminación anticipada del contrato. La tasa se considera arbitrariamente puesto que el concesionario no está ante ese evento. Por último, es fundamenta recordar que las concesiones de Segunda Generación no reconocen una TIR del Proyecto ni del Inversionista; por tanto, no existe una TIR contractual sobre la cual se puedan hacer reclamaciones.</p>	
	<p>El modelo financiero era una herramienta interna del concesionario y no era un modelo contractual.</p> <p>Era potestativa la aplicación del beneficio obtenido tanto por el cálculo de las depreciaciones y amortizaciones, como por las deducciones para los activos fijos productivos, por lo cual no se puede afirmar que su no inclusión era ir en contra de la ley vigente en este momento.</p> <p>Las estimaciones y supuestos del inversionista privado en el momento de hacer su evaluación financiera de los riesgos asumidos por él, que tal como lo estipulan los CONPES 3107 y 3133 de 2001, después de identificados y al ser previsibles, debe hacer el análisis de riesgo para ver la mejor forma de mitigarlos.</p>	<p>Sobrecosto por desplazamientos: SAC Consulting SAS desconoce las consecuencias de los desplazamientos que afectan al concesionario; sobrecostos en la ejecución de las obras por el incremento de los precios, el stand by de maquinaria y personal, generados por la mayor permanencia en obra, que a su vez representa mayores costos de operación.</p> <p>Analizando la forma en que SAC utilizó la información para calcular los supuestos montos que el concesionario le adeuda a la ANI por los desplazamientos en el cronograma de ejecución, se observa que solamente tuvo en cuenta una variable de análisis, dejando de lado las demás variables de (sic) afectan el proyecto y al concesionario, tal como: ingresos, inversiones, tiempo, costos y gastos, las cuales aún no se encuentran totalmente definidas. Por tanto SAC no está teniendo en cuenta la totalidad de las variables para realizar la cuantificación real.</p>
	<p>Conclusiones generales del dictamen-</p>	<p>Utilización de la TIR como factor de Cálculo: se remite al dictamen de noviembre de 2015.</p>
	<p>El Contrato de Concesión No. 005, el Contrato Adicional No. 6, el Contrato Adicional No. 8, el Contrato Adicional No. 13 y el Otrosí No. 2 al Contrato Adicional No. 13 se suscribieron bajo un modelo contractual de Segunda Generación, donde el</p>	<p>Impuestos: se remite al dictamen de noviembre de 2015. Amortizaciones y depreciaciones: se remite al dictamen de noviembre de 2015. Deducción de activos fijos productivos:</p>

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

	<p>concesionario o inversionista asumió unos riesgos de operación vs. La obtención de un ingreso esperado a futuro, en la oportunidad y en las condiciones inicialmente previstas. En este tipo de contratos, la Entidad Estatal no aseguraba una TIR a inversionista, por lo que el concesionario debía asumir la mayor parte del riesgo.</p>	<p>Se remite al dictamen de noviembre de 2015.</p>
	<p>Los riesgos asumidos por el concesionario bajo este modelo contractual (segunda generación) son: riesgo constructivo, de tráfico, tributario, cambiario, comercial, de operación, regulatorio, político, de fuerza mayor (asegurable) y riesgo financiero.</p>	
	<p>Las concesiones de segunda generación, tal como o dispone el CONPES 3133 de 2001, el riesgo predial y ambiental está en cabeza de la entidad concedente, sin dejar de lado las gestiones que puedan estar a cargo del concesionario, así como también, que el riesgo de construcción y de operación es del concesionario.</p>	
	<p>De acuerdo con lo establecido por los documentos CONPES 3107 y 3133 de 2001, vigentes para la fecha de celebración del contrato, en los procesos de contratación estatal, la entidad contratante debe identificar las circunstancias previsible que puedan afectar el equilibrio económico del contrato, con el fin de establecer la parte que los asumirá y que, por ende, correrá con las consecuencias favorables o desfavorables de los riesgos de los riesgos previsible que se concreten.</p>	
	<p>Al ser un contrato de segunda generación, la única variable sobre la cual se puede realizar una evaluación financiera es sobre el ingreso esperado. Los beneficios o pérdidas que pueda tener el concesionario en la ejecución del proyecto forman parte de los riesgos asumidos por el mismo.</p>	
	<p>El modelo financiero presentado por el concesionario no obedece a un modelo contractual, dado la tipología bajo la cual se suscribió el contrato de concesión No 005 y sus contratos adicionales y otrosíes. El modelo es, como su nombre lo indica, un modelo que sirvió como herramienta financiera a los inversionistas para realizar a evaluación de proyecto y su negociación.</p>	
	<p>Dada a tipología contractual de contrato de concesión No. 005, los contrato adicionales Nros. 6, 8 y 13 y el otrosí No 2 a contrato</p>	

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

	adicional No. 13 (segunda generación), es incorrecto pretender vincular los modelos contractuales presentados por el concesionario, para e adicional No. 13 el otrosí No. 2 como modelos contractuales que deben ser actualizados en la medida en que se ejecuta el proyecto. Así mismo, es incorrecto pretender establecer un modelo para el contrato de concesión No. 005 y sus adicionales Nros. 6 y 8. En este punto, el modelo es como su nombre lo indica, un modelo de evaluación, sin soporte contractual.	
	Considerar la actualización del modelo financiero, en el caso del contrato adición No. 13 y el otrosí No. 2 o la imposición de un modelo financiero para el contrato de concesión No. 005 y sus adicionales Nros. 6 y 8, significaría ir en contra de la estructura de riesgos de los contratos de segunda generación e implicaría un cambio en la matriz de riesgos.	
	Si bien el presupuesto del contrato adicional No. 13 corresponde a un modelo marginal, dicho adicional sigue ubicado en la misma categoría de segunda generación el contrato de concesión No. 005 de 1999, por consiguiente, el modelo no forma parte contractual del acuerdo.	
	Contractualmente la entidad estatal aseguró al concesionario un ingreso esperado que se encuentra sujeto a la demanda de tráfico y a las tarifas de peajes.	
	El contrato celebrado entre las partes se encuentra únicamente referido a un ingreso esperado y a riesgos asumidos por parte del concesionario; esto obedecer al tipo de contrato acordado (segunda generación), donde la entidad estatal no aseguraba una TIR (tasa interna de retorno) sobre el flujo del proyecto sino un ingreso que va a depender de los riesgos asumidos por el concesionario. La afectación de estos ítems positiva o negativamente sobre la ganancia o pérdida final están relacionados directamente con los riesgos asumidos por el inversionista y son a su cargo. Teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, donde sólo se pactó un ingreso esperado y no una TIR del proyecto, el análisis final se deberá realizar sólo sobre la variable pactada.	
	Se considera incorrecto, desde el punto de vista de la evaluación	

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

	<p>financiera del proyecto, afirmar que se ha generado un rompimiento de la ecuación financiera en beneficio del concesionario y en perjuicio de la ANI, si los contratos en cuestión aún se encuentran en ejecución y es imposible determinar en qué momento se van a finalizar las inversiones, ni cuál será la fecha exacta en la que el concesionario recibirá la totalidad del ingreso esperado, ni cuál será el valor final de las inversiones y de los costos, es decir, que las variables necesarias para la realización de un análisis financiero real aún no se encuentran determinadas en su totalidad.</p>	
	<p>Dado que el contrato se encuentra actualmente en ejecución es imposible determinar la totalidad de las variables necesarias para realizar una evaluación financiera real bajo las metodologías de valor presente neto (VPN) y tasa interna de retorno (TIR). Para poder contar con todas las variables para el análisis, se deberá esperar hasta la terminación del contrato.</p>	
	<p>La ANI, al realizar reclamaciones sobre variables diferentes al ingreso esperado, desconoce la naturaleza del contrato y los riesgos asumidos por el concesionario; por lo tanto, se considera incorrecto reclamar las variaciones sugeridas en los supuestos empleados por el concesionario en un modelo no contractual.</p>	
	<p>La ANI en sus pretensiones no detalla las razones o circunstancias por las cuales se generaron los desplazamientos en el cronograma de ejecución, ni menciona las responsabilidades de los mismos. Las mismas fueron estipuladas todas contractualmente y así consta en los otrosies y actas y no pueden ser financieramente reclamadas al concesionario.</p>	
	<p>La ANI desconocer los vistos buenos de la interventoría y las apreciaciones de terceros a favor del modelo presentado por el concesionario en los otrosies del contrato adicional No. 13, al manifestar que en dicho modelo el concesionario presentó un desproporcionado aumentos del ingreso esperado.</p>	
	<p>Indistintamente de los desplazamientos en el cronograma de inversión generados por causas no imputables al concesionario, se evidencia mediante los soportes anexos al presente documento como Anexo No. 4, que los</p>	

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

	<p>inversionistas de la UTDVCC realizaron los aportes de capital de acuerdo con sus obligaciones contractuales para fondear las subcuentas de predios, licencias y gestión social para el desarrollo del contrato adicional No. 13, generándose una salida de caja para ellos sin que hayan podido realizar reparto de utilidad o beneficio alguno, como se puede comprobar con los fideicomisos constituidos para el contrato de concesión, hecho que podrá ser validado por el Tribunal con la entidad fiduciaria encargada del manejo de estos recursos.</p>	
	<p>La ANI presenta cálculos errados para sustentar la reclamación de montos por un supuesto perjuicio, al tomar el valor total de la obra de cada tramo, dejando de lado que parte de la misma entró en el momento pactado contractualmente y que sobre el resto se acordaron nuevas fechas, es decir, sobreestima el cálculo tanto en tiempos como en valor.</p>	
	<p>En el caso de los cálculos de EY, la actualización de las cifras se hace de manera errada al utilizar la TIR (12,99% y 20,58% nominal anual) como factor de actualización. EY comete imprecisiones en el manejo de flujos y tasas en pesos constantes y corrientes. Así mismo, tomar como factor de actualización estas tasas desde el periodo de diciembre de 1997, cuando a esa fecha el contrato ni siquiera se había suscrito, es incorrecto y exagera en todo sentido el valor de la reclamación. Estas imprecisiones, sin incluir cualquier otra que se pudiera identificar al revisar el cálculo completo, al que nos e tuvo acceso, hace que el cálculo pasará de \$169.729 millones calculados por la ANI de acuerdo con el documento de EY a \$340.304 millones de EY para el adicional No. 13 y su otrosí No. 2</p>	

En consecuencia, concluye el panel arbitral que el último de los documentos presentados destinado a controvertir el contenido de un dictamen de parte, contiene y recoge observaciones de algunos puntos del documento de SAC CONSULTING S.A.S. presentado por la Convocante; una vez hecha la comparación punto por punto entre los tres documentos presentados por Valor y Estrategia S.A. y concluye en la necesidad de tomar como base para su análisis y objeto de valoración el último de los documentos recoge los puntos de los anteriores tanto frente a la demanda inicial como frente a la reforma integrada de la demanda pero ampliados y que se remitirá al presentado el 24 de

noviembre de 2015 solamente respecto de los puntos que se refieren a la contestación a la reforma de la demanda.

Es ese precisamente el espíritu de la ley al permitir la contradicción de una experticia con una nueva presentada a instancia de la parte contra la que se aduce, con el fin de que el juez al momento valorar la prueba cuente con los elementos de juicio suficientes para ponderar los análisis de dos expertos en la materia y siempre y cuando cumplan con los requisitos de ley, objetivamente utilice como respaldo de su decisión aquellos que le generen mayor certeza en cuanto a sus procedimientos y conclusiones frente a las controversias.

4.3.1.3. EL DICTAMEN DE PARTE PRESENTADO POR LA ANI CON EL ESCRITO QUE DESCORRE LAS EXCEPCIONES A LA CONTESTACIÓN DE LA REFORMA A LA DEMANDA.

El 24 de febrero de 2016 dentro del plazo que había solicitado la parte Convocante y que le había otorgado el Tribunal, se arrimó al proceso el documento denominado DICTAMEN PERICIAL FINANCIERO presentado por SAC CONSULTING S.A.S.

Respecto del análisis formal del mencionado documento elaborado el 22 de febrero de 2016 y presentado con posterioridad a la entrada en vigencia del Código General del Proceso el Tribunal frente al artículo 226 del Código General del Proceso se observa que:

- El documento es presentado por Juan José Rondón Sánchez en **calidad de experto contador público y "a solicitud de la firma SAC CONSULTING SAS representada legalmente por NEVER ENRIQUE MEJIA MATUTE por solicitud de la ANI"**. Agrega que la experticia está basada en "análisis críticos obtenidos con base en pruebas técnicas utilizadas en ejercicio profesional como contador público, **auxiliar de la justicia y perito evaluador"** y relaciona su experiencia específica como perito.
- En la página 3 el perito declara su independencia y la manifestación de reunir los conocimientos y experiencia para cumplir con el encargo, así como la lista de los documentos que soportan el **análisis. Sin embargo, echa de menos el Tribunal "los documentos que le sirven de fundamento"** a que se refiere el tantas veces citado artículo 226 del C. G del P.

Como anexos de su experticia, se acompañan las hojas de vida de las personas que participaron en la elaboración del dictamen, sus

títulos académicos, certificados de carencia de sanciones o investigaciones administrativas y las copias de las providencias arbitrales, constancias de pagos y pruebas para sustentar su experiencia y participación en trámites arbitrales y judiciales en calidad de peritos.

Frente al cumplimiento de las exigencias del inciso sexto del referido artículo 226 observa el Tribunal que se omitió cumplir íntegramente con el numeral 10 en cuanto a la obligación de "Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del mismo". Tampoco precisa en forma específica si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de **la parte" aun cuando señala en forma genérica que no está incurso en** ninguna causal legal que le impida cumplir con el objeto del dictamen.

Desde el punto de vista material y en cuanto al alcance del dictamen como herramienta financiera, el Tribunal pone de manifiesto que los profesionales que rinden la experticia son expertos contadores públicos con experiencia en impuestos⁵⁰ y que elaboraron la experticia con base en principios contables y procedimientos de auditoría generalmente aceptados.

En relación con la idoneidad de los profesionales que suscriben el dictamen, el Tribunal ha revisado la transcripción de las respuestas a las preguntas formuladas en el curso de la audiencia a los señores NEVER ENRIQUE MEJIA MATUTE y JUAN JOSÉ RONDÓN.

"DRA. RUAN: Ha estructurado proyectos de inversión?"

SR. RONDON: No señora.

DRA. RUAN: Ha estructurado y elaborado flujos de caja libre?"

SR. RONDON: Sí señora.

DRA. RUAN: Para quién?"

SR. RONDON: Proyectos de inversión, pero no para concesiones, proyectos de inversión en estructuras de otras empresas.

DRA. RUAN: Sabe usted qué es una matriz de riesgos?"

SR. RONDON: No le sé responder en el momento.

⁵⁰ Folios 243 anverso y siguientes del Cuaderno de pruebas No.21

DRA. RUAN: A página 1 de la pericia se señala que se realizó por el señor Juan José Rondón Sánchez en calidad de experto contador público.

La primera pregunta que le voy a hacer es qué análisis contables se realizaron como expertos contadores públicos?

SR. MEJIA: Ahorita hablamos que es un ejercicio financiero, para efectos financieros reitero y le respondo con la misma respuesta que le di al doctor, no revisamos nosotros información contable, ni de la ANI, ni de los miembros de la Concesión.

DRA. RUAN: Con el debido respeto, quisiera que me contestara entonces si realizó usted sí o no algún análisis contable?

SR. MEJIA: Análisis contable no, desde el punto de vista contable no.

DRA. RUAN: Usted ha sido asesor, contador o revisor fiscal de empresas concesionarias de infraestructura?

SR. MEJIA: No señora.

DRA. RUAN: De ninguna?

SR. MEJIA: De ninguna.⁵¹

Por las anteriores razones, no puede perderse de vista el Tribunal que el objeto del dictamen se basó en el análisis y cuantificación de los modelos financieros del Contrato inicial para examinar y cuantificar el desplazamiento en el cronograma de inversión, con el objetivo de generar un dictamen pericial financiero.

Precisa el Tribunal que los expertos signatarios del estudio denominado **“Dictamen pericial del proceso arbitral de la Agencia Nacional de Infraestructura con la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, conformada por la sociedad PAVCOL S.A.S y los señores Carlos Alberto Solarte Solarte, Gabriel David Solarte Viveros, Luis Fernando Solarte Viveros, Luis Fernando Solarte Viveros y Diego Alejandro Solarte Viveros, Nelly Daza de Solarte, María Victoria Solarte Daza y Luis Fernando Solarte Marcillo”** en varias de sus respuestas dentro de la audiencia de contradicción, manifestaron ser contadores sin experiencia en valoración financiera, en matriz de riesgo contractual y conceptos financieros como la TIR, que han sido discutidos en el trámite.

⁵¹ Folios 276 y ss del cuaderno de pruebas No.

En conclusión, una vez oídas las respuestas de los expertos contadores públicos en la audiencia y sus manifestaciones en cuanto a su falta de familiaridad con conceptos financieros el Tribunal, sin desconocer las condiciones profesionales de los expertos como contadores y su conocimiento de derecho tributario, apreciará el dictamen en el contexto de un documento preparado por contadores públicos calificados que manifestaron no tener experiencia en la elaboración de modelos financieros.

Adicionalmente, observa el Tribunal que en algunas de las páginas del estudio presentado aparecen contradicciones en las cifras, circunstancia que en realidad no puede considerarse más que de una inadvertencia, pero en cambio registra, por los efectos que ellos tiene en la valoración del dictamen, que los profesionales no adjuntaron junto con el estudio inicial, las hojas de cálculo o soportes necesarios para deducir de ellos los procedimientos o las fórmulas utilizadas para arribar a sus conclusiones.

Sobre el contenido y forma de este documento se pronunciaron tanto los apoderados de las convocadas, para advertir los que en su criterio eran errores del documento que impedían calificarlo como dictamen, como el apoderado de la Convocante para señalar que el estudio estaba en un todo ajustado a las normas legales y que los defectos advertidos de **“que no se hayan aportado algunos documentos cuando** unos ya están y los otros llegarán necesariamente al proceso no invalida el dictamen porque sería una solución extrema que correspondería más a **un exceso ritual manifiesto”**

A este respecto el Tribunal considera que los requisitos generales y particulares a que se refiere el artículo 226 del C. G del P. y la exigencia legal de acompañar dichos soportes junto con el dictamen, no son simples ritualidades, toda vez que en cuanto tienen por finalidad permitir a la parte contra la que se pretende hacer valer la prueba, el ejercicio efectivo de su derecho a la contradicción, no solamente respecto del contenido mismo sino precisamente de los elementos técnicos y herramientas que sirvieron de base para arribar a las conclusiones del dictamen y de los otros aspectos que son objeto de valoración y calificación del mismo; por esa razón, considera el Tribunal que la ausencia de los soportes no se limita a una ausencia documental sino a la falta de un requisito sustancial que hace parte integrante y esencial de la experticia.

Así las cosas, el Tribunal valorará el documento presentado de conformidad con lo señalado anteriormente y teniendo en consideración no solamente la ausencia de algunos requisitos que en su concepto son sustanciales sino el perfil contable de los expertos.

4.3.2. Audiencia de Contradicción.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 228 del Código General del Proceso el Tribunal dispuso que todos los documentos presentados como dictámenes fueren objeto de contradicción con presencia de los respectivos profesionales a quienes debidamente citados, se les oyó en audiencia, se les tomó el juramento de rigor y una vez interrogados sobre los generales de ley, en igualdad de condiciones, las partes les formularon las preguntas pertinentes, en el orden señalado por las normas legales, no solamente en cuanto a su idoneidad y competencia sino respecto de sus conclusiones y de los medios técnicos y científicos por los cuales habían llegado a ellas.

No sobra además tener en cuenta que la inmediatez de la práctica de la prueba por los árbitros les otorga elementos objetivos para apreciar no solamente la solidez del contenido de cada dictamen frente a su contradictor, sino el grado de profesionalismo y conocimiento de quienes a instancias de cada parte elaboraron el dictamen. Así las cosas, estos elementos naturalmente hacen parte de la valoración y ponderación de cada experticia.

4.3.3. Los dictámenes decretados por el Tribunal.

En la demanda inicial presentada el 7 de marzo de 2013 la ANI en el acápite de pruebas:

“Solicito al Honorable Tribunal decrete y orden la práctica de un Dictamen Pericial de carácter Financiero, Tributario y Contable experto estructuración y modelaje financiero de concesionario de obra pública con objetos similares al del contrato 005 de 1999, para que a partir de las pruebas existentes en el proceso emita un dictamen pericial sobre los siguientes aspectos:

a. A partir del análisis de los documentos contractuales existentes en los archivos de la Agencia Nacional de Infraestructura y en el concesionario y las normas legales aplicables, establezca cual es la tasa de renta, el impuesto de timbre, las amortizaciones y las depreciaciones que deben aplicarse al modelo financiero del Contrato Adicional No. 13 y al otrosí modificadorio 2 de este.

b. A partir del análisis de los documentos contractuales existentes en los archivos de la Agencias Nacional de Infraestructura y en el concesionario, conforme a su experiencia conocimiento y buenas prácticas tributarias, contables y financieras, establezca y desarrolle un modelo financiero para el contrato de concesión 005 de 1999, en el que se recojan las variables adecuadas tributariamente que

deberían estar incluidos en el modelo para establecer el monto del nuevo ingreso esperado del contrato.

*c. Que se establezca el impacto económico que reporta para la ANI el desplazamiento del cronograma de obras e inversiones que ha debido realizar el concesionario dentro de la ejecución de la etapa de construcción, mejoramiento y **rehabilitación de los trayectos 1 al 6.**"*

Posteriormente en la reforma integrada de la demanda la ANI solicitó:

Dentro de la inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de peritos:

"5.1. El perito financiero

5.1.1. Determinará el monto del impuesto de renta que canceló la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca entre los años 2007 y 2012.

5.1.2. Determinará si en los años 2007 a 2012 la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca al declarar su renta incluyó depreciaciones, amortizaciones y/o deducciones por activos fijos productivos.

5.1.3. Los demás aspectos que los señores árbitros o las partes sometan en la oportunidad procesal de ley.

5.2. El perito Informático

5.2.1. Con observación y revisión de los computadores de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, determinar si hay registros de haber borrado o desaparecido información o archivos que puedan estar relacionados con los documentos sobre los que versará la exhibición.

5.2.2. Determinar las fechas de cuando hayan tenido lugar el borrado o desaparición de la información que haya sido sometida a ese procedimiento.

5.2.3. Identificar y restablecer aquella información que hubiese sido borrada o desaparecida de los archivos de los computadores que se relacione con el objeto de la exhibición.

5.2.4. Los demás aspectos que lo señores árbitros o las partes sometan en la oportunidad procesal de ley."

En la contestación a la reforma integrada de la demanda la apoderada de Carlos Alberto Solarte solicitó:

"(...) decretar la práctica de la siguiente prueba pericial, realizada por un perito experto en finanzas, el cual deberá pronunciarse sobre los siguientes aspectos, sin perjuicio de que, dentro de la oportunidad legal, se amplíe el interrogatorio a serle sometido:

El señor perito se servirá a evaluar el informe presentado por la ANI con la subsanación de la demanda, a la luz de las disposiciones contractuales del contrato de concesión No. 005 de 1999, sus adiciones y modificaciones, con el propósito de establecer su idoneidad y conformidad con las estipulaciones del contrato de concesión No. 005 de 1999.

El señor perito se servirá dictaminar cual fue el impacto que el trámite de las licencias ambientales tuvo sobre el cronograma de inversión del proyecto y las consecuentes afectaciones para el retorno de la inversión al concesionario.

El señor perito se servirá a establecer cuál sería el valor de dicha inversión en el marco del contrato de concesión, de haberse mantenido las condiciones tributarias del contrato al momento de suscribirse hasta la fecha. Por condiciones tributarias debe entenderse tanto la normativa nacional, departamental y municipal que le es aplicable al contrato de concesión No. 005 de 1999."

Los apoderados de María Victoria Solarte Daza y Nelly Daza de Solarte en el escrito de contestación a la reforma integrada de la demanda solicitaron:

"Con base en los artículos 226, 236, 265 y concordante del Código General del Proceso, solicita que se ordene:

A la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, exhibir y permitir al Tribunal y al perito cuya designación comunicará cuando se decrete la prueba (artículo 268 del Código General del Proceso), la inspección de los libros y la contabilidad y sus soportes, posteriores al 1 de julio de 2011 y hasta que el presente, en todo caso se refiere a las operaciones

previstas en los diversos rubros de los modelos financieros del contrato adicional No. 13 y su otrosí No.2, y de los cronogramas relacionados, y a la cifras y registros correspondientes. El perito debe rendir luego dictamen en los términos que expresará más adelante.

A la Fiduciaria de Occidente S.A., exhibir y permitir al Tribunal y al perito cuya designación comunicará cuando se decrete la prueba (artículo 268 del Código General del Proceso), la inspección de los libros de actas y la contabilidad y sus soportes, posteriores al 1 de julio de 2011 y hasta el presente, correspondientes y Patrimonio Autónomo surgido del contrato 3-4-405 celebrado el 30 de agosto de 2002, en todo lo que se refiere a las operaciones previstas en los diversos rubros de los modelos financieros del contrato adicional No. 13 y su otrosí No.2, y de los cronogramas relacionados, y a las cifras y registros correspondientes.

A la sociedad CSS Construcciones S.A., (NIT 832.006.599-5), exhibir y permitir al Tribunal y al perito cuya designación comunicará cuando se decrete la prueba (artículo 268 del Código General del Proceso), la inspección de los documentos, libros de actas y la contabilidad y sus soportes, posteriores al 1 de julio de 2011 y hasta el presente, correspondientes a su participación, directa o indirecta, en la ejecución del contrato 5 de 1999, a través de los acuerdos denominados UTE Desarrollo , y de la Unión Temporal para la Construcción MVVCC (UTE Construcción) celebrado este último en junio de 1999, en consorcio con la sociedad Pavimentos S.A.S. y además en todo lo que se refiere a las operaciones previstas en los diversos rubros de los modelos financieros del contrato adicional No. 13 y su otrosí No. 2, y de los cronogramas relacionados, y a las cifras y registros correspondientes.”

En aplicación del artículo 31 de la ley 1563 de 2012, norma especial y completa para regular el dictamen decretado por el Tribunal arbitral, de oficio o a solicitud de parte, el Tribunal mediante el auto en el cual decretó pruebas y ordenó la práctica de las inspecciones judiciales con exhibición de documentos e intervención de peritos, tal y como fueron solicitadas por las partes.

En esa misma providencia designó para rendir el dictamen pericial y contable a la Señora ANA MATILDE CEPEDA MANCILLA y para rendir el dictamen informático al señor RAUL WEXLER PULIDO, luego de haber

verificado sus hojas de vida, experiencia y ausencia de causales de impedimento frente a cualquiera de las partes que les impidiera cumplir la labor, circunstancias se dejó la respectiva constancia en el acto de posesión.

El día 27 de mayo de 2016 en la respectiva audiencia, con presencia de las partes, el Tribunal posesionó a los expertos luego de tomarles el juramento de rigor y les informó el objeto al que se contraía la prueba para cada uno de ellos.

Como quiera que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 31 de la ley 1563 de 2012 las partes disponen hasta la posesión del perito para adicionar o presentar el cuestionario de las preguntas que deben ser absueltas, tanto la parte Convocante como la apoderada de Carlos Alberto Solarte y los apoderados de Nelly Daza de Solarte y María Victoria Solarte Daza, presentaron oportunamente los cuestionarios con sus preguntas,

Una vez revisadas por el Tribunal y oídas las partes, el Tribunal solicitó la aclaración de la pregunta No. 3 y la exclusión de la No. 16 del cuestionario formulada a la perita financiera por la apoderada de Carlos Alberto Solarte Solarte y Luis Fernando Solarte Marcillo, respectivamente, para que fueran absueltas por los respectivos expertos.

En la audiencia celebrada el 20 de junio de 2016 en la cual se inició la diligencia de inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de peritos, la Señora Ana Matilde Cepeda Mancilla presentó la lista de los documentos que requería inicialmente para rendir su dictamen.

En el mismo sentido el perito informático en la misma audiencia, preguntó a la Unión Temporal el número y la ubicación de los equipos de cómputo, así como su disponibilidad para adelantar la tarea.

Con el fin de garantizar el derecho a la intimidad y refinar el alcance de la prueba exclusivamente a asuntos relacionados con las diferencias que se ventilan entre las partes, el Tribunal concedió un plazo desde el 10 de junio hasta el 20 de junio para que la Convocante entregara el listado de palabras que debían ser objeto de búsqueda por el perito informático.

Analizados los cuestionarios por el Tribunal para determinar que efectivamente se encontraban dentro del alcance de la prueba decretada, el Tribunal señaló la suma correspondiente al anticipo de gastos y señaló el plazo para consignarlos.⁵²

⁵² Acta No. 33 del 27 de mayo de 2016

La perita financiera participó y estuvo presente en las diligencias de exhibición que se adelantaron tanto en la Unión Temporal como en la Fiduciaria de Occidente con el fin de recaudar el material necesario para rendir su experticia. Así consta en las Actas No. 35, 43, 45, 51, 56, 57, 58 y 60 de las audiencias respectivas.

El día 11 de julio se dejó constancia del pago del anticipo, dentro del plazo, el cual fue ampliado a solicitud de la parte Convocante.

Mediante auto de fecha 31 de agosto de 2016 (Acta No. 58) y una vez la perita financiera manifestó haber recibido los documentos e información solicitada, el Tribunal le señaló como fecha para rendir el dictamen el día 22 de septiembre de 2016.

Mediante comunicación radicada en la Secretaría del Tribunal el 20 de septiembre de 2016 la perita solicitó ampliación del término hasta el lunes 26 de septiembre, solicitud que fue atendida por el Tribunal en audiencia. En esa misma fecha y por razones de economía procesal, el Tribunal mediante auto ordenó correr traslado de la experticia por el **término de tres días “a partir de la fecha de presentación del dictamen”**.

En aplicación del artículo 31 citado que faculta al Tribunal como rector **del proceso, a señalar un plazo “hasta de diez días” el término** concedido se encuentra dentro de los parámetros legales y por ende no es violatorio del debido proceso o del derecho de contradicción, como ha sido sostenido por la Convocante y por la ANDJE

En estricto sentido, en cuanto a que a todas las partes se les entregó copia informal del dictamen del mismo lunes 26 de septiembre de 2016 y el traslado se surtió solamente el día 28 de septiembre después de que el Tribunal atendiera algunas peticiones de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y de la parte Convocante, con lo que las partes tuvieron efectivamente cinco días hábiles para solicitar aclaraciones y complementaciones.

El Tribunal una vez revisadas las solicitudes del Ministerio Público, de la parte Convocante y de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado ordenó a la perita que procediera a aclarar y complementar aquellos puntos del dictamen que le habían solicitado las partes y le concedió un plazo de tres (3) días hábiles. Dentro del plazo señalado la perita cumplió con su encargo. Del documento referido se corrió traslado a las partes por el mismo término de tres (3) días.

Dentro del término del traslado la parte Convocante y la apoderada de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, presentaron sendos memoriales manifestando que en su concepto la misma perita no había cumplido con su encargo porque no había contestado las preguntas que le fueron formuladas.

En estricto sentido, las manifestaciones de la Convocante y de la ANDJE no pueden calificarse como una objeción al dictamen por error grave, sino como una referencias a los puntos respecto de los cuales en su concepto, la perita no contestó las preguntas como le fueron formuladas, para concluir en la posible violación al numeral 5 del artículo 41 que conduciría en una causal de anulación del laudo.

En desarrollo de la facultad que confiere al panel arbitral el artículo 31 de la ley 1563 de 2012 dentro del término de complementaciones y aclaraciones, y atendiendo la solicitud de la parte Convocante y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por considerarlo de interés para el proceso y para la valoración de la prueba pericial en su conjunto, el Tribunal citó a la perita designada por el Tribunal a audiencias que se desarrollaron el 24 y el 27 de octubre. Una vez concluida la diligencia, el Tribunal fijó los honorarios a favor de la perita y el plazo para cancelarlos cargo de las solicitantes.

- El contenido del dictamen de la perito Ana Matilde Cepeda frente a la prueba solicitada y a las preguntas formuladas

Han señalado los apoderados de la parte Convocante y de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, que el dictamen rendido por la profesional designada por el Tribunal no es completo y que el Tribunal debe tener en cuenta esas falencias al tiempo de valorarlo.

En efecto, en memoriales radicados el día 13 de octubre de 2016 por la Parte convocante y 14 por la ANDJE, ambas manifestaron su inconformidad con la práctica y el alcance de los dictámenes de la Señora Perita, para dejar planteada una eventual causal de anulación, sin que estos escritos tengan la naturaleza de objeción por error grave al dictamen.

Sobre este particular es importante hacer las siguientes precisiones:

En la demanda inicial presentada el 7 de marzo de 2014 el representante legal de la Convocante solicitó la práctica de un dictamen financiero cuyas preguntas y objeto estaba claramente señalado y determinado en la solicitud de la prueba.

Sin embargo, en la reforma integrada de la demanda la parte Convocante solicitó la práctica de un dictamen financiero y contable con un contenido y alcance diferentes y se abstuvo de incluir en el objeto de la prueba algunas de las solicitudes de la demanda inicial que estaban encaminadas a soportar sus pretensiones.

Así las cosas al decretar la prueba y entregar el cuestionario a la perita financiera, el Tribunal revisó que las mismas fueren pertinentes y conducentes frente a las cuestiones planteadas por las partes en la litis

y se las entregó a la perita quien manifestó no tener dudas en cuanto a su alcance o contenido.

Una vez rendido el dictamen la parte Convocante en memorial presentado para descorrer el traslado que del mismo se efectuara solicitó a la perita expresamente adicionar algunos puntos y extender su alcance a los miembros de la Unión Temporal.

Solicitó igualmente que hiciera asunciones o precisiones que derivaban en la ampliación del dictamen a puntos que no estaban dentro del cuestionario original.

El Tribunal ha revisado cada una de las preguntas formuladas por las partes frente a las respuestas de la perita y ha concluido, que en estricto derecho, la perita contestó exactamente lo que se le solicitó responder. En efecto, las preguntas referidas en los numerales 1 y 6 específicamente se refieren a la Unión Temporal y no se extienden a cada uno de sus miembros como sujetos pasivos de impuestos.

Por la naturaleza de la prueba, por el alcance y por el ejercicio del derecho a su contradicción, el momento procesal para solicitar a la perita que ampliara su análisis y resultados a los miembros de la Unión Temporal excedía sin lugar a dubitación alguna la prueba inicialmente decretada por el Tribunal, en los términos y de acuerdo con los términos solicitados por la parte.

No puede perderse de vista además que el dictamen se hizo en el marco de la diligencia de la inspección judicial con exhibición de documentos solicitada para que fuera realizada en las instalaciones de la Unión Temporal y que así mismo se practicó la prueba.

En la audiencia celebrada en dichas instalaciones de la Unión Temporal en el día y hora señalados y una vez iniciada la diligencia de inspección judicial con exhibición de documentos en la Unión Temporal⁵³ la parte Convocante solicitó que se ampliara la práctica de la inspección a los miembros de la Unión Temporal a lo cual el Tribunal manifestó que se pronunciaría posteriormente si lo consideraba necesario.

No obstante, en cuanto en la oportunidad procesal destinada para solicitar de las pruebas no se incluyó la solicitud para que la inspección se ampliara a los miembros de la Unión Temporal, por lo que consideró el Tribunal que en desarrollo de los principios de preclusión y oportunidad de las etapas procesales, el momento en el cual se solicitó dicha extensión de la prueba no era el procesalmente apropiado, porque este había concluido al descorrer el traslado de las excepciones y por tal razón, no lo consideró procedente con base en los artículos 14 y 173 del Código General del Proceso.

⁵³ Acta No. 35 de 20 de junio de 2016.

En efecto, revisado el Contrato de Concesión 005 objeto de la controversia, el Tribunal observa que el término **"Concesionario"** se refiere y es definido a la Unión Temporal en su conjunto y que solamente en la definición de Cierre Financiero (cláusula primera hay unas menciones expresas a los miembros de la U.T. que les extienden particularmente obligaciones a cada uno de sus miembros específicamente para el cierre financiero.

En consecuencia, la perita no podría entender ni asumir que la exhibición solicitada en la sede de la Unión Temporal se extendía a los miembros de la UT ni que las obligaciones que contractualmente recaen en el Concesionario (UT) se extendían a cada uno de los miembros de la UT.

Ahora bien revisadas las preguntas formuladas en el escrito de la reforma integrada de la demanda el Tribunal observa que no se incluyó ninguna que **estuviere encaminada a solicitar que la perita "establezca y desarrolle un modelo financiero para el contrato de concesión 005 de 1999 en el que se recojan las variables adecuadas tributariamente que deberían estar incluidos en el modelo para establecer el monto del nuevo ingreso esperado del contrato" a lo que se contraen las pretensiones No. 14 y 18 incluidas en la reforma integrada de la demanda.**

Tampoco se incluyó ninguna pregunta destinada específicamente a cuantificar algunas de las pretensiones incluidas en la reforma integrada a la demanda.

A este respecto el Tribunal quiere hacer énfasis en el principio general aceptado en materia probatoria según el cual al actor le incumbe probar los hechos en los que sustenta sus pretensiones y que por ello no le es dable al juez enmendar o suplir las deficiencias en el alcance de las pruebas o en su precisión.

"Una de las principales cargas procesales cuando se acude a la administración de justicia, en general, y a la jurisdicción civil, en particular, es la concerniente a la prueba de los hechos que se alegan. La carga de la prueba es un elemento característico de los sistemas procesales de tendencia dispositiva. Se conoce como principio "onus probandi", el cual indica que por regla general corresponde a cada parte acreditar los hechos que invoca, tanto los que sirven de base para la demanda como los que sustentan las excepciones, de

*tal manera que deben asumir las consecuencias negativas en caso de no hacerlo*⁵⁴.

*De acuerdo con la doctrina, esta carga procesal se refiere a "la obligación de 'probar', de presentar la prueba o de suministrarla, cuando no el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no existencia de un hecho afirmado, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe **considerar el hecho como falso o verdadero**"*⁵⁵. En tal sentido la Corte Suprema de Justicia ha explicado cómo en el sistema procesal se exige, en mayor o menor grado, que cada uno de los contendientes contribuya con el juez al esclarecimiento de la verdad:

"En las controversias judiciales, por regla general, cada una de las partes acude al juez con su propia versión de los hechos, esto es, que presenta enunciados descriptivos o proposiciones fácticas a partir de las cuales pretende generar un grado de convencimiento tal, que sea suficiente para que se emita un pronunciamiento favorable al ruego que se eleva ante la jurisdicción. Dicho de otro modo, en el punto de partida de toda controversia procesal, cada uno de los extremos del litigio intenta convencer al juez de que las descripciones que presenta coinciden con la realidad y, a partir de aquéllas, justamente, propicia el litigio.

De esa manera, cuando hay una genuina contención, el sistema exige que cada uno de los contendientes correlativamente contribuya a que el juez supere el estado de ignorancia en el que se halla respecto de los hechos debatidos, tarea que por lo general concierne al demandante respecto de sus pretensiones, y al demandado respecto de las excepciones.

Desde luego, al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del

⁵⁴ "Luego de una prolongada evolución, las reglas de la carga de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir su doctrina en tres principios jurídicos fundamentales: 'onus probandi incumbit actori', al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción; 'reus, in excipiendo, fit actor', el demandado, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa; y, 'actore non probante, reus absolvitur', según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción". Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1993.

⁵⁵ Leo Rosenberg, La Carga de la Prueba, Ediciones Jurídicas Europa América, p.18.- Cfr. Sentencia T-733 de 2013.

*discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan*⁵⁶.

*Esta institución pretende que quien concurre a un proceso en calidad de parte asuma un rol activo y no se limite a refugiarse en la diligencia del juez ni se beneficie de las dificultades probatorias o mala fortuna de su contraparte. En otras palabras, "las partes en el proceso deben cumplir con el deber de diligencia en lo que pretenden probar. Ninguna debe obrar con inercia porque ello causa que las consecuencias adversas de la decisión sean deducidas en su contra. El proceso no premia la estrategia sino la solución del conflicto con la participación de las partes"*⁵⁷.

En el ordenamiento jurídico colombiano el postulado del "onus probandi" fue consagrado en el centenario Código Civil⁵⁸. Se mantuvo en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil de 1970 con la regla según la cual "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", con excepción expresa de los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas⁵⁹.

6.2.- Sin embargo, el principio de la carga de la prueba (onus probandi) es un postulado general que admite excepciones en cuanto a la demostración de ciertos hechos. Algunas excepciones son derivadas del reconocimiento directo de un acontecimiento por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo debido a su amplia difusión (hechos notorios). Otras se refieren a aquellos hechos que por su carácter indeterminado de tiempo, modo o lugar hacen lógica

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de mayo de 2010. Exp. 23001-31-10-002-1998-00467-01.M.P. Edgardo Villamil Portilla.

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-733 de 2013.

⁵⁸ "ARTÍCULO 175.- PERSONA CON LA CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta".

⁵⁹ "ARTÍCULO 177. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

y ontológicamente imposible su demostración para quien los alega (afirmaciones o negaciones indefinidas)⁶⁰. Y otras son consecuencia de la existencia de presunciones legales o de derecho, donde "a la persona el sujeto procesal favorecido con la presunción solo le basta demostrar el hecho conocido que hace creíble el hecho principal y desconocido, de cuya prueba está exento"⁶¹.

Todas ellas responden por lo general a "circunstancias prácticas que hacen más fácil para una de las partes demostrar la verdad o falsedad de ciertos hechos", donde el traslado de las cargas probatorias "obedece a factores razonables, bien por tratarse de una necesidad lógica o por expresa voluntad del legislador, para agilizar o hacer más efectivo el trámite de los procesos o la protección de los derechos subjetivos de la persona"⁶².

4.3.4. Objeción por error grave.

El artículo 31 de la Ley de arbitraje señala específicamente que no habrá lugar a trámite especial para la objeción por error grave y suple este trámite con la posibilidad que otorga a las partes de presentar un dictamen de contradicción. El alcance de la norma ha dado lugar a diversas interpretaciones en cuanto hay quienes consideran que la norma eliminó íntegramente la objeción por error grave y otra corriente que sostiene que lo que se eliminó fue el trámite especial para la objeción pero que la norma en todo caso la permite.

En el caso concreto de este trámite arbitral, la parte Convocante expresamente señaló en su memorial en el cual se pronuncia sobre el alcance del dictamen y en la audiencia de contradicción, que su manifestación no implicaba la objeción al dictamen tal y como señaló en el memorial radicado el 13 de octubre de 2016 y en la constancia que obra a folio 566 del Cuaderno 21 de Pruebas.

No obstante lo anterior, y en cuanto la manifestación de la Convocante que pretende que el Tribunal que no se le de valor al dictamen por omisión en la respuesta a las preguntas formuladas. Considera el Tribunal que los efectos jurídicos de la manifestación de la parte Convocante sin tener la connotación de objeción, conducen a desconocer la prueba por los errores graves en su contenido y en ese

⁶⁰ En este sentido, por ejemplo, el artículo 177 del anterior Código de Procedimiento Civil, recogido también por el artículo 167 del Código General del Proceso, dispuso que "los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1993.

⁶² Ídem.

sentido, estima procedente analizar si efectivamente el dictamen adolece de vicios que le impidan apreciarlo como prueba.

A este respecto, en todo caso el Tribunal ha realizado un detallado análisis de las preguntas formuladas inicialmente, de las solicitudes de aclaración y complementación y de cada una de las respuestas de la perita en la audiencia de contradicción, para concluir que efectivamente la perita contestó cada una de las preguntas en los términos precisos en que le fueron formulada por las partes.

En efecto, el Tribunal para ese propósito ha elaborado el siguiente análisis:

En reiteradas ocasiones, tanto en las solicitudes de aclaración y complementación, como en los alegatos de conclusión de la convocante⁶³ y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁶⁴, se insistió que la perita Ana Matilde Cepeda Mancilla no había contestado las preguntas formuladas por las partes, aun contando con la información necesaria para contestar los interrogantes formulados dentro del trámite arbitral.

Con el fin de demostrar que efectivamente la perita contestó las preguntas formuladas en el dictamen, a continuación se ilustrará sobre cada una de las preguntas formuladas por la convocante, la respuesta dada por la perita en el dictamen del 26 de septiembre de 2016, las solicitudes de aclaración y complementación formuladas por el apoderado de la convocante, la apoderada de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, y el Procurador Delegado para este trámite arbitral.

En la solicitud formulada por la parte convocante, del dictamen contable, decretado por el Tribunal, y elaborado por la perita Ana Matilde Cepeda se formularon las siguientes preguntas:

"1. Determinará el monto del impuesto de renta que canceló la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca entre los años 2007 a 2012.

2. Determinará si en los años 2007 a 2012 la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca al declarar su renta incluyó depreciaciones amortizaciones y/o deducciones por activos fijos productivos.

3. Los demás aspectos que los señores árbitros o las partes sometan en la oportunidad procesal de ley [...]"⁶⁵

La perita en el dictamen presentado el 26 de septiembre contestó a las preguntas formuladas lo siguiente:

"1. Para atender esta pregunta, se recibió de la Unión Temporal "Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca", copia del Contrato de Administración Delegada de fecha 30 del mes de agosto de 2002, celebrado entre el Consorcio Carreteras y la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, del cual se adjunta copia en este informe y copia del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía - Patrimonio Autónomo No. 3-4-405 Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca" (antes) "Consortio Carreteras FID. 3-4-405 Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca" de fecha 30 del mes de agosto de 2002, para la administración de recursos y garantía en cumplimiento del CONTRATO DE CONCESIÓN No.005 de 1999 suscrito el día 29 de enero de 1999, entre el entonces Ministerio de Transporte – Instituto Nacional de Vías – "INVÍAS" y la Unión Temporal "Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca".

Conforme la petición en esta pregunta, se requirió la contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, entre los años 2007 a 2012: de acuerdo con las verificaciones realizadas a la contabilidad antes citada, no se encontraron registros contables por concepto del impuesto de renta que hubiera "cancelado por la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca (UTDVVCC) entre los años 2007 a 2012.

Adicionalmente, se precisa que: según el Estatuto Tributario Nacional – Decreto Extraordinario 624 de 1989, las Uniones Temporales no son contribuyentes del Impuesto sobre la Renta, tal y como se lee en: "ART. 18.- MODIFICADO. L. 223/95, ART.61. RENTA DE LOS CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES. Los Consorcios y Uniones Temporales no son contribuyentes del impuesto sobre la renta. Los miembros del Consorcio o la unión temporal, deberán llevar en su contabilidad y declarar de manera independiente, los ingresos, costos y deducciones que les correspondan, de acuerdo con su participación en los ingresos, costos y deducciones del Consorcio o Unión Temporal. [...]"⁶⁶

⁶³ En el escrito en que solicita aclaraciones y complementaciones de fecha 3 de octubre de 2016, afirma que no fueron contestadas del cuestionario presentado con la reforma a la demanda las preguntas 1 y 2, y del cuestionario entregado el día de la posesión de la perita las preguntas 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 16, 17 y 18.

⁶⁴ En el escrito en que solicita aclaraciones y complementaciones de fecha 30 de septiembre de 2016, afirma que no fueron constadas del cuestionario de presentado por la ANI las preguntas 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 15 y 16.

⁶⁵ F. 414 del Cuaderno Principal No. 3

⁶⁶ Página 21 del Dictamen Parcial del 26 de septiembre de 2016.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

En el escrito presentado por el apoderado de la parte convocante el 3 de octubre de 2016⁶⁷ solicitó la aclaración y complementación de la respuesta antes mencionada, en dicho escrito el apoderado de la convocante manifestó:

"Solicito que la perita responda la pregunta número 1 que hube de formularle en el cuestionario incluido en la reforma de la demanda, pues su respuesta se limitó a señalar que la UT no es sujeto tributario, sin haberse ocupado de absolver el interrogante respecto de quienes son miembros de la misma.

(...) debe ordenarse a la perita que responda el interrogante respecto de quienes son miembros de la UT, porque si su pronunciamiento es que la última no es sujeto tributario, obviamente ha debido pronunciarse respecto de quienes sí tienen esa responsabilidad, en este caso los miembros de la UT. Obviamente, debe responder respecto a los impuestos pagados por los miembros de la UT que se originen en este contrato."⁶⁸

Frente a esta solicitud la perita en el escrito de aclaraciones y complementaciones, presentado el 10 de octubre de 2016⁶⁹, respondió lo siguiente:

"Las razones de la respuesta -entre otros- se señalan las siguientes:

- 1) Dentro de los documentos exhibidos en UT no se encontraban las declaraciones de renta de los miembros de la UT: Sideco Americana (Empresa domiciliada en Argentina), Luis Héctor Solarte Solarte, Carlos Alberto Solarte Solarte y Pavimentos Colombia S.A., para los años gravables 2007 a 2012, u otros integrantes según evolución.
- 2) Dentro de los documentos exhibidos en UT no reposaba la contabilidad de los miembros de la UT: Sideco Americana S.A., sociedad comercial constituida bajo las leyes de la República de Argentina, Luis Héctor Solarte (q.e.p.d.) identificado con cédula de ciudadanía No. 4.609.816 de Popayán y Carlos Alberto Solarte identificado con cédula de ciudadanía No. 5.199.222 de Pasto y Pavimentos Colombia Ltda., sociedad comercial Colombiana; identificada con el Nit 860.024.586-8, para los años gravables 2007 a 2012.
- 3) Si las declaraciones de renta para los miembros: Sideco Americana S.A., sociedad comercial constituida bajo las leyes de la República de Argentina, Luis Héctor Solarte (q.e.p.d.) identificado con cédula de ciudadanía No. 4.609.816 de Popayán y Carlos Alberto Solarte identificado con cédula de ciudadanía No. 5.199.222 de Pasto y Pavimentos Colombia Ltda., sociedad comercial Colombiana; identificada con el Nit 860.024.586-8, hubieran sido puestas a disposición de la perita, esta no contaba con facultades para revisarlas, en virtud del artículo 583 del ET. Donde se establece que la información tributaria respecto de las bases gravables y la determinación privada del impuesto que figura en las declaraciones tributarias, tendrá el carácter de información reservada, la cual puede ser utilizada por la DIAN y en los procesos penales; es decir, la perita requeriría de la autorización de los declarantes para examinar las declaraciones de renta.
- 4) Entre los años 2012 a 2015, las declaraciones de renta de los miembros que conforman la UT, no solo deben incluir los valores certificados por la Fiduciaria como renta bruta especial de acuerdo a su participación en el patrimonio del fideicomiso, sino los otros ingresos, costos y deducciones por actividades ajenas al Contrato de Concesión No.005 de 1999, e incurridas en cada vigencia declarada; información que goza de la reserva otorgada por el ET antes citado.
- 5) Tampoco se había decretado la exhibición de las declaraciones de renta y de las contabilidades de los miembros de UT, conformados por personas naturales, sucesiones, personas jurídicas (sociedades nacionales y extranjeras) encaminada a determinar cuáles fueron los ingresos, costos y gastos asociados a la UT y establecer su incidencia en el impuesto de renta a cargo en cada uno de los años gravables.

Se reitera lo expresado en la respuesta a página 21 del dictamen pericial, porque la UT tiene directamente **su relación con el Contrato de Concesión No.005 de 1999 y la pregunta decretada hace relación al "impuesto de renta que canceló la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca entre los años 2007 a 2012"**

En cuanto a que "ha debido pronunciarse respecto de quienes sí tienen esa responsabilidad, en este caso los miembros de la UT", me permito presentar las siguientes anotaciones:

* Se requería decreto específico por parte del Tribunal para atender la pregunta en este sentido; por otra parte:

- Las declaraciones de renta cuentan con restricción y se requeriría autorización para su examen – levantar la reserva –
- Cada uno de los integrantes de la UT, podrían tener otras actividades económicas incluidas **en las declaraciones de renta."**

En la audiencia de contradicción llevada a cabo el 24 de octubre de 2016 la perita fue interrogada por el apoderado de la convocante. Dentro del interrogatorio el apoderado preguntó⁷⁰:

"DR. BEJARANO: ¿Pero si contaba con la mayoría de la información entonces por qué no respondió lo preguntado doctora?"

⁶⁷ Fl. 708 del Cuaderno Principal No. 5

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Páginas 41-43 del Escrito de Aclaraciones y Complementaciones del 10 de octubre de 2016.

⁷⁰ Fl. 492 a 493 del Cuaderno de Pruebas No. 21

SRA. CEPEDA: Doctor, porque es que usted me preguntó el impuesto que canceló y cuando yo voy a los soportes de pago a las órdenes de pago no encuentro ni un pago por cancelación de impuestos de renta a nombre de los miembros de la Unión Temporal entonces yo cómo le respondo otra cosa... sino Ana Matilde, cuál es el monto de renta que canceló, yo entendí que cancelar era pagar pero yo no entendí que cancelar era estimar o hacer una simulación, perdóneme pero yo entendí cancelar y yo cogí todos y cada uno de los comprobantes de egreso de la Fiduciaria y los leí y los miré e hice una búsqueda por Nit y por tercero beneficiario y no encontré eso, entonces por eso le cuento que aquí no es que no me haya colaborado la Fiduciaria, no es que yo no había querido hacer esa simulación, es que usted preguntó el impuesto de renta cancelado, y es eso.

DR. BEJARANO: Por eso, pero en la aclaración le hice la referencia de que respondiera en relación con los miembros de la Unión Temporal.

SRA. CEPEDA: Sí señor, en la aclaración yo le contesto lo siguiente: "Dentro de los documentos exhibidos no se encontraban las declaraciones de renta de los miembros de la U.T. para yo responderle cuánto canceló cada miembro", ahí se la respondo.

DR. BEJARANO: ¿Y usted les pidió esa información a ellos?

SRA. CEPEDA: Es que usted no me dijo que le pida la información a ellos.

DR. BEJARANO: No, perdone, yo le estoy preguntando doctora, ¿usted le pidió esa información a ellos?

SRA. CEPEDA: A los miembros de la U.T., por eso le digo el segundo punto acá: **"Dentro de los documentos exhibidos en la Unión Temporal no reposaba la contabilidad de los miembros de la U.T... Pavimentos..."** dentro de los documentos no lo encontré. Tercero. Si las declaraciones de renta de estos miembros hubiesen sido puestas a mi disposición, seguramente las habría revisado. Cuarto. Entre los años 2012 a 2015 las declaraciones de renta de los miembros que conformaban la Unión Temporal no solo incluía los valores certificados por la Fiduciaria de acuerdo a su participación sino otros ingresos, costos y deducciones por actividades ajenas a los contratos.

Tercero. Tampoco hubo un decreto de exhibición de las declaraciones de renta y de las contabilidades de los miembros", por qué doctor Ramiro, ellos me habían podido... pero yo necesitaba para examinar las declaraciones, acceder a la contabilidad de esos miembros porque las declaraciones por sí solas no hablan tengo que entrar a mirar los soportes de cómo se originaron los importes en cada renglón de la declaración y entonces si yo no puedo tener la declaración ni las contabilidades de ellos no puedo establecer la incidencia del impuesto de renta a cargo para cada uno de los años gravables y en particular lo correspondiente a lo derivado a este contrato.

DR. BEJARANO: Pero mi pregunta no es esa doctora Ana Matilde sino si usted les preguntó a ellos o les solicitó que le dieran esa información, usted dice allí que no la consultó, que en la exhibición no estaba, mi pregunta es ¿usted se las pidió o no se las pidió?

SRA. CEPEDA: No doctor Ramiro, no se las pedí."

Frente a la segunda pregunta, la respuesta de la perita fue:

"Para atender esta pregunta, en Fiduciaria de Occidente S.A., se dispuso de información contable, según el Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía - Patrimonio Autónomo No. 3-4-405 Malla Vial del Valle del Cauca" (antes) "Consortio Carreteras FID. 3-4-405 Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca," del 30 de agosto de 2002 y de los modificatorios, que realiza la Unión Temporal (por el manejo de los recursos, bienes y derechos que se aportan al proyecto) en desarrollo del Contrato de Concesión 005/99 firmado el 29 de enero de 1999, suscrito entre el entonces Ministerio de Transporte – Instituto Nacional de Vías – "INVÍAS" y la Unión Temporal "Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca".

De acuerdo con la contabilidad antes citada, no se advierten registros contables por concepto del impuesto de renta "cancelado por la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca" entre los años 2007 a 2012"; por tal razón no se determina "si en los años 2007 a 2012 la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca al declarar su renta incluyó depreciaciones amortizaciones y/o deducciones por activos fijos productivos."⁷¹

El apoderado de la parte convocante solicitó lo siguiente en el escrito presentado el 3 de octubre de 2016⁷²: **"Solicito se ordene a la perita adicionar la respuesta a la pregunta No 2 del cuestionario que le fuera planteado en la reforma de la demanda, en el sentido de que no se limite a responder que como no encontré registros contables de que la UT al declarar su renta incluyó depreciaciones, amortizaciones y/o deducciones por activos fijos productivos, responda haciendo el ejercicio respecto de quienes fueron o son los miembros de la UT.**

(...)

Es evidente que la perita si no encontraba registros contables respecto de la UT, ha debido hacer el mismo rastreo respecto de los miembros de la misma, como así lo solicito ahora y en las condiciones especificadas en el numeral anterior. La perita deberá especificar si los miembros de la UT, en sus declaraciones de renta, utilizaron depreciaciones, amortizaciones y/o deducciones por activos fijos productivos provenientes de este contrato."

La perita en el escrito presentado el 10 de octubre de 2016, manifestó frente a la solicitud del apoderado de la convocante lo siguiente⁷³:

"Se reitera lo expresado en la respuesta a página 22 del dictamen pericial y lo expuesto al atender la aclaración inmediatamente anterior, presentando las razones siguientes teniendo en cuenta los contratos celebrados: (i) Contrato de colaboración – Convenio de Constitución de la UNIÓN TEMPORAL "DESARROLLO VIAL del VALLE del CAUCA Y CAUCA que hace parte Contrato de Concesión No.005 de 1999 y el (ii) Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía - Patrimonio Autónomo No. 3-4-405 MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA" (antes) "CONSORCIO CARRETERAS FID. 3-4-405 MALLA VIAL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA", así:

⁷¹ Página 22 del Dictamen del 26 de septiembre de 2016.

⁷² Fl. 708 del Cuaderno Principal No. 5

⁷³ Páginas 44- 46 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

En virtud del art.271-1 del Estatuto Tributario, en Fiduciaria de Occidente S.A., se evidencian las siguientes certificaciones:

- ✓ Entre los años 2007 a 2011 a la UT el valor del patrimonio a 31 de diciembre de cada ejercicio, así como la utilidad, los gastos no deducibles y aquellos que daban beneficios fiscales sin incluir la deducción especial por la adquisición de activos fijos reales productivos.
- ✓ Entre los años 2012 a 2015, sin hacer mención a la UT, emite un certificado a nombre de los miembros que conforman la UT, indicando su participación en el patrimonio del fideicomiso. También informa las utilidades obtenidas en el primer y segundo semestre de cada vigencia.

De lo anterior, en ambos casos los valores certificados corresponden a renta bruta especial, es decir, que los fideicomitentes declaran un resultado más no incluyen en su renta los ingresos, depreciaciones, amortizaciones, ni deducciones de activos fijos productivos. En el caso de que a través de la fiducia se hubiesen realizado inversiones en activos fijos reales productivos, dicha inversión debió haber sido informada en los certificados expedidos a los fideicomitentes.

Al revisar los estados financieros que fueron el soporte para la expedición de los certificados entregados a los fideicomitentes, se puede evidenciar la inclusión de gastos por depreciaciones (7517535) y por amortizaciones (7518020).

Con relación a la deducción especial (Decreto 1766 de 2004) para las obras de infraestructura se aplica el art.3, para lo cual deberían cumplirse todos los requisitos establecidos para su procedencia, siendo necesario que la Fiduciaria certificase el valor de la deducción en el caso de ser procedente; en los certificados no se evidencia que se les haya certificado a los fideicomitentes este beneficio.

El valor certificado por la Fiduciaria en los años 2007 a 2011 a la UT, a su vez debería ser certificado por la misma a los miembros de la UT toda vez que ésta no es sujeto pasivo del impuesto de renta, quienes deberían incluir dicho resultado como renta bruta especial (art.102-ET). Es decir, que los fideicomitentes declaran un resultado, y no depuran los ingresos y costos ni deducciones que se generan en el patrimonio autónomo, su obligación es incluir las utilidades certificadas.

Entonces, para la solicitud de: **"La perita deberá especificar si los miembros de la UT, en sus declaraciones de renta, utilizaron depreciaciones, amortizaciones y/o deducciones por activos fijos productivos provenientes de este contrato."**, aún sin disponer de las declaraciones de renta de cada miembro de la UT, se puede responder que en las declaraciones de éstos no se incluirían los gastos a que hace mención la pregunta, ya que como se explicó anteriormente lo que se declara es el resultado certificado por el Fideicomiso."

En la audiencia llevada a cabo el 24 de octubre de 2016, en el interrogatorio desarrollado por el apoderado de la convocante, y respecto a esta pregunta la perita sostuvo⁷⁴:

"DR. BEJARANO: En esa contestación usted afirmó: "Al revisar los estados financieros que fueron el soporte para la expedición de los certificados entregados a los fideicomitentes se puede evidenciar la inclusión de gastos por depreciaciones y por amortizaciones", luego afirmó, "siendo necesario que la Fiduciaria certificase el valor de la deducción en caso de ser procedente, en los certificados no se evidencia que se les haya certificado a los fideicomitentes este beneficio."

SRA. CEPEDA: Correcto.

DR. BEJARANO: Explique por qué si tuvo a su disposición la información mencionada, no calculó el impacto de estos 3 rubros: depreciaciones, amortizaciones y deducciones por inversión en activos fijos sobre los impuestos a pagar por miembros de la U.T. independientemente que la Fiduciaria le hubiera extendido o no un certificado o que no se lo hubiera extendido como dice usted.

SRA. CEPEDA: Doctor, porque si a mí me hubiera hecho la pregunta conforme me la hace ahorita seguro que se la hubiera hecho, pero es que la Fiduciaria, es más, yo criticaba los certificados patrimoniales en la Fiduciaria porque bien había podido no solo certificarle la renta especial sino hacerle todo un detallado como hacen otras fiduciarias, cuánto es la renta, cuánto usted podría deducir y cuánto es el neto, pero si no lo hace la Fiduciaria yo con todo gusto se lo hubiera hecho si me lo hubiera preguntado.

DR. BEJARANO: Es decir, ¿la pregunta la habría podido responder si usted la hubiera entendido de manera diferente?

SRA. CEPEDA: No, yo entendí la pregunta es que al declarar su renta como no... no entendí que usted me dijera liquide, haga, es decir, yo la entendí conforme está textualmente planteada en la pregunta No. 2."

Respecto a la última pregunta formulada en el escrito de la reforma integrada a la demanda formulada por la convocante, la respuesta de la perita fue⁷⁵:

"Así se ha efectuado y se toma en cuenta"

Frente a esta manifestación de la perita, la ANI no formuló solicitud de aclaración.

Ahora bien, dentro del término correspondiente, antes de la posesión de la perita el apoderado de la ANI por medio de escrito presentado el 27 de mayo de 2016⁷⁶, formulo una serie de preguntas para que fueran contestadas por la perita.

Las preguntas formuladas por la convocante y las respuestas dadas por la perita fueron las siguientes:

Pregunta 1:

"Determinará el monto de impuesto de renta que debió causar para el contratista la ejecución de del Contrato 005 de 1999 entre los años 2007 a 2012"

La perita en el dictamen presentado el 26 de septiembre contestó⁷⁷:

"De manera textual e ilustrativa se cita del documento referido, lo siguiente:

"MINISTERIO DE TRANSPORTE – INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS CONTRATO DE CONCESIÓN No.

⁷⁴ Fl. 494 del Cuaderno de Pruebas No. 21

⁷⁵ Página 23 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

⁷⁶ Fl.801 del Cuaderno Principal No. 4

⁷⁷ Páginas 24-25 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

005-1999 PARA LA CONSTRUCCIÓN, REHABILITACIÓN, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA.

Entre los suscritos, GUSTAVO ADOLFO CANAL MORA, mayor de edad, vecino de Santa Fe de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.062.306 de Santa Fe de Bogotá, quien obra en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS. Establecimiento público del orden Nacional adscrito al Ministerio de Transporte, creado por decreto 2171 del 30 de diciembre de 1992 por una parte, y que para los efectos del presente contrato se denominará "INVÍAS", y por la otra GABRIEL MÉNDEZ LUQUE, identificado con la cédula de ciudadanía No. 2.859.322 de Santa Fe de Bogotá, quien obra en nombre y representación de la Unión Temporal "Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca", constituida –según consta en el Convenio de Constitución de dicha unión temporal que hace parte de este Contrato- por Sideco Americana S.A., sociedad comercial constituida bajo las leyes de la República de Argentina, inscrita con fecha 15 de marzo de 1961, bajo el número 432, al folio 353, del libro 53 tomo A de Estatutos de Sociedades Anónimas Nacionales; Pavimentos Colombia Ltda., sociedad comercial constituida mediante escritura pública No. 623 otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá el 24 de febrero de 1959, con matrícula mercantil No. 00013875; Mario Huertas Cotes identificado con cédula de ciudadanía No. 19.146.113 expedida en Bogotá, Luis Héctor Solarte identificado con cédula de ciudadanía No. 4.609.816 de Popayán y Carlos Alberto Solarte identificado con cédula de ciudadanía No. 5.199.222 de Pasto, cada uno de ellos con una participación del 20% en dicha Unión Temporal, y que para los efectos del presente Contrato se denominará el "Concesionario", quien declara bajo la gravedad de juramento que no se encuentra incurso en ninguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad para contratar establecidas en la ley 80 de 1993 y demás normas aplicables y, [...]"

Dado que el CONTRATISTA en el Contrato 005 de 1999 es la UNIÓN TEMPORAL "DESARROLLO VIAL del VALLE del CAUCA Y CAUCA y considerando que la unión temporal no es contribuyente del impuesto de renta según lo dispone el artículo 18 del Estatuto Tributario Nacional, citado en la página 20 anterior; los miembros de la unión temporal deberán llevar en su contabilidad y declarar de manera independiente sus ingresos, costos y deducciones, de acuerdo con su participación en la unión temporal.

Para este caso, los certificados patrimoniales expedidos por el fideicomiso No.3-4-405 UT Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca a los integrantes de la Unión Temporal Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca, entre los años 2007 y 2015 inclusive, se adjuntan en archivos digitalizados en la carpeta denominada "DERECHOS PATRIMONIALES", cifras necesarias para determinar el valor patrimonial de los derechos fiduciarios y de las utilidades gravadas con el impuesto de renta y conciliaciones correspondientes, aplicando las normas y procedimientos establecidos en los artículos 102, 271-1 y demás normas del Estatuto Tributario Nacional." Frente a lo manifestado por la perita, la convocante y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, formularon solicitudes de aclaración y complementación. La solicitud formulada por la ANI fue⁷⁸:

"Solicito se adicione la respuesta a la pregunta No 1 que le fuera formulada a la perita en la diligencia de su posesión, porque tampoco ha sido respondida.

(...)

Con base en la respuesta anterior, debe ordenarse a la perita que responda el interrogante asumiendo que el contratista es sujeto tributario, dado que en la pregunta se especificó "que se debió causar", en ese sentido, obviamente ha debido pronunciarse realizando el ejercicio tomando como base el modelo financiero del adicional No. 13 y su otrosí No. 2."

A lo anterior la perita contestó⁷⁹:

Se reitera lo expresado en la respuesta a página 24 del dictamen pericial que indaga: "Determinará el monto de impuesto de renta que se debió causar para el contratista con la ejecución del Contrato 005 de 1999 entre los años 2007 a 2012" y en cuanto a la solicitud que se parta de un supuesto, que "responda el interrogante asumiendo que el contratista es sujeto tributario", por otra parte "que se debió causar" además: "realizando el ejercicio tomando como base el modelo financiero del adicional No. 13 y su otrosí No. 2." a continuación se precisa que:

- * La pregunta va dirigida al Contrato de Concesión No.005 de 1999 y para los años gravables 2007 a 2012.
- * Se solicita que se responda "asumiendo que el contratista es sujeto tributario" por otra parte "que se debió causar" además: "realizando el ejercicio tomando como base el modelo financiero del adicional No. 13 y su otrosí No. 2."

Presentando las razones siguientes:

De la comunicación No. UTDVCC 1056-06, con tres alternativas para la construcción de la segunda calzada Mediacaño – Loboguerrero, que figura en el expediente de este proceso, en el cuaderno de pruebas No.1 folio 172, con la "Referencia: Presupuesto Proyecto Loboguerrero - Media Canoa", de la cual se extracta:

**"PROPUESTA A JULIO 8
DEL 2.006**

	Loboguerrero
	Mediacaño
ALCANCE	
Longitud - Segunda calzada	47.6
Velocidad de Diseño	60Km/h
Ancho de Segunda Calzada	10.80 m
PUENTES	
Puente sobre el río Dagua	1
Puente sobre la Quebrada el Trapiche	1
INTERSECCIONES A DESNIVEL	

⁷⁸ Fl. 709 del Cuaderno Principal No. 5

⁷⁹ Páginas 47-49 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Intersección a desnivel Mediacaño Occidental	1
Intersección a desnivel Darién 1	1
Intersección a desnivel Darién 2	1
Intersección a desnivel Restrepo	1
Intersección a desnivel Loboguerrero	1
OTRAS OBRAS	
Viaductos (Unidad)	Excluido
Retornos (Unidad)	9
Pasos Inferiores (Unidad)	1
Paraderos (unidad)	Excluido
Iluminación(Km)	Excluido
Puentes Peatonales (Unidad)	Excluido
Andenes (Km)	Excluido
Valor Construcción IVA incluido en pesos corrientes	\$ 408.000.000.000
Valor Construcción IVA incluido en pesos de diciembre de 1.997	\$ 210.190.098.397

A manera de anexo a continuación estamos enviando las tres alternativas financieras **consideradas por el concesionario.**

Atentamente,
(Fdo.)

Carlos Alberto Solarte Solarte
Representante Legal "

En el Flujo de Caja Mensual para la "ALTERNATIVA 2 - Sin peaje ni Aportes de la Nación", no se presentan ingresos proyectados entre julio de 2006 y diciembre de 2018 y los proyectados a partir de enero de 2019 y hasta marzo de 2059,

Como el flujo señalado, no muestra ingresos sino a partir del año 2019 y la petición señalaba la renta entre los años 2007 a 2012, se informa que ese es el motivo por el cual aún no se ha causado el gravamen por estar en etapa improductiva, en la medida en que no se puede causar impuesto sobre futuras utilidades.

Adicionalmente los certificados patrimoniales para el Contrato de Fiducia reflejan el resultado total de la concesión, esto es Contrato de Concesión No.005 de 1999, sin que se encuentren abiertos por centros de costos de acuerdo a los contratos adicionales; en este caso para el adicional No. 13 y su otrosí No. 2," lo cual no permite atender la respuesta, **para los años gravables 2007 a 2012."**

En la audiencia celebrada el 24 de octubre de 2016, la perita fue interrogada por el apoderado de la convocante sobre este punto, la respuesta de la perita fue⁸⁰:

"DR. BEJARANO: Ahora, en relación con la pregunta No. 3. Usted ha dicho que tuvo a su disposición un modelo financiero del contrato adicional No. 13.

SRA. CEPEDA: No señor, yo no he dicho eso doctor Ramiro.

DR. BEJARANO: Diga si tuvo a su disposición los modelos financieros del contrato adicional No. 13 y del otrosí No. 2.

SRA. CEPEDA: En mi opinión lo que tuve a disposición para el adicional 13 y si otrosí 2 fue un presupuesto estampado o producto de un flujo de caja, doctor, es que para mí un modelo financiero es totalmente diferente a un flujo de caja, un modelo financiero puede contener un flujo de caja pero un flujo de caja no puede contener un modelo financiero, entonces lo que yo vi de manera física y de manera electrónica fue un presupuesto denominado flujo de caja mensual conformado por ingresos, egresos y el resultado, eso fue lo que yo hice.

DR. BEJARANO: ¿Y entonces qué diferencia hay entre un modelo financiero y eso que usted acaba de ver que es un flujo de caja?

SRA. CEPEDA: Que el modelo financiero contiene el flujo de caja, cuando hablamos del modelo financiero como que contiene el flujo de caja es que contiene otros elementos, usted sabe Doctor que para determinar los egresos por ejemplo que están dentro de un flujo de caja se requiere por ejemplo el cronograma de inversión y el cronograma de obra, se requiere por ejemplo la tabla de depreciaciones, la tabla de amortizaciones, se requiere por ejemplo la tabla de mantenimiento, se requiere por ejemplo toda aquella información de entrada que son variables necesarias sean variables del sector, variables de proceso, variables de salida son informaciones que permiten en última instancia construir ese flujo de caja que permite saber los resultados para un proyecto.

Cuando usted me dice ¿conoció un modelo?, qué pena Doctor, yo no lo conocí, conocí un flujo de caja frío no más, eso fue lo que conocí, yo no sé cómo sacaron ni los mantenimientos ni cada una de las variables que hay aquí establecidas.

DR. BEJARANO: ¿Y no había en ese documento una relación de los costos y de la misión del ingreso esperado?

SRA. CEPEDA: Ese documento está conformado por una columnita que se llama ingresos, ¿esa cómo se alimenta?, de un cálculo que alguien hizo con base en la... que son los ingresos, otra curvita que decía administración 20% de esos ingresos, otra columnita que decía mantenimiento del contrato principal, otra columnita que decía mantenimiento de este adicional, otra columnita que decía inversión en diseños y otra columnita que decía inversión en construcción.

DR. BEJARANO: ¿Pero eso lo está predicando usted del contrato inicial o del contrato adicional 13?

⁸⁰Fis. 495 a 496 del Cuaderno de Pruebas No. 21

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

SRA. CEPEDA: Me está diciendo que el flujo de caja yo lo advertí únicamente en el adicional 13, entonces estoy contándole las columnas que yo vi con información en ese denominado flujo de caja para el adicional No. 13, para el principal no Doctor, no lo cubre, 17 años desde 1998 hasta donde se firmó en el 2006 este adicional 13 no había flujo de caja.

DR. BEJARANO: ¿Entonces en su criterio no hubo modelo financiero para el contrato adicional No. 13?

SRA. CEPEDA: En mi concepto, es mi concepto, es mi opinión que lo que vi fue un flujo de caja más no un modelo.

DR. BEJARANO: ¿Y para el otrosí No. 2?

SRA. CEPEDA: Fue un modificadorio a ese comunicado.

DR. BEJARANO: ¿Y no era un modelo financiero tampoco según usted?

SRA. CEPEDA: Según mi opinión era un flujo de caja, es una proyección, un estimado, un presupuesto, cuando el contratista, en este caso la U.T., entrega su propuesta, en la referencia dice presupuesto del proyecto, en el contenido en la parte inferior dice anexo el ejercicio financiero, Doctor yo me atengo a lo que vi y a lo que yo pude comprender e intuir, si hubiera dicho presupuesto y yo a usted le entrego un modelo como lo sé hacer, seguramente le había dicho doctor Ramiro, en la referencia... en la parte final dijeron que adjuntaban un ejercicio financiero pero en mi opinión es otra, pero no es así, es un presupuesto.

DR. BEJARANO: ¿Usted de cuál de las partes recibió eso que usted dice que no es modelo financiero, quién le entregó eso?

SRA. CEPEDA: De la Unión Temporal.

DR. BEJARANO: ¿Y la Unión Temporal le dijo que ese era un modelo financiero?

SRA. CEPEDA: No, nadie, es decir, yo le pedí a la Unión Temporal la licitación, la propuesta y todos los archivos que permitieran las memorias de cálculo que me permitieran adelantar mi trabajo.

DR. BEJARANO: Pero aquí tengo una comunicación de la ANI entregada a usted en la que se le dice que se le anexa con la siguiente información, dice: **"Documento 1. Reiteración modelo financiero del adicional 13 del contrato 005 del 99."**

SRA. CEPEDA: Claro doctor Bejarano, esa es otra cosa del cielo a la tierra porque... y cuando yo lo abro ya está modificado porque es un ejercicio que modificó o es el ejercicio de trabajo de los señores Ernst & Young y ya ellos no presentan hasta el mes 633 que en marzo del 59 sino que le presentan con unos meses adicionales y le hacen un trabajo adicional, ese es ya un archivo un poquito diferente, sí señor, es diferente.

DR. BEJARANO: Es decir, usted asumió que ese documento no era modelo financiero.

SRA. CEPEDA: Correcto.

DR. BEJARANO: ¿Y por qué no asumió que era un modelo financiero y sobre esa base habría podido responder?

SRA. CEPEDA: No, llámese modelo o no se llame para mí eso que estaba planteado no me permite atender las preguntas que usted formuló, llamárase como se llamara eso no me servía para atender mis preguntas, si quiere que le diga por qué o esperamos otro ratito más adelante le cuento por qué no me sirvió eso."

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, formuló la siguiente solicitud de aclaración y complementación⁸¹:

"La experta no contesta la pregunta, pues se limita a transcribir la norma del estatuto Tributario indicativa de que la UT no es sujeto gravable del impuesto de renta. No se analiza la contabilidad de la UT ni de sus miembros para mostrar impacto tributario en los años 2007 a 2012. En el dictamen simplemente se afirma:

Dado que el CONTRATISTA en el Contrato 005 de 1999 es la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL del VALLE del CAUCA Y CAUCA y considerando que la unión temporal no es contribuyente del impuesto de renta según lo dispone el artículo 18 del Estatuto Tributario Nacional, citado en la página 20 anterior: los miembros de la unión temporal deberán llevar en su contabilidad y declarar de manera independiente sus ingresos, costos y deducciones, de acuerdo con su participación en la unión temporal.

(Página 24 del dictamen)

Petición de adición del dictamen

Se solicita respetuosamente a la experta que conteste la pregunta 1, es decir que establezca el impuesto de renta a pagar por el contratista, es decir los miembros de la Unión Temporal, entre el 2007 y el 2012, a cuyo efecto pedimos que relacione los documentos físicos e informáticos que revisó y el método de valoración utilizado. Es importante además que la perita informe sobre los requerimientos que realizó para obtener la documentación completa.

Petición de aclaración del dictamen

Se solicita respetuosamente a la experta aclarar si, a pesar de que la Unión Temporal no es sujeto pasivo del impuesto de renta, se incluyó éste en los análisis y ejercicios financieros realizados por el concesionario en la **estructuración del adicional No 13."**

En el escrito de aclaraciones y complementaciones, la perita contestó⁸²:

"Se insiste en la respuesta dada a página 24 del dictamen, porque en concepto de la perita y según se lee en el contrato el "contratista" es la UT (Unión Temporal) y ella no es contribuyente del Impuesto de Renta. Se atiende la solicitud de "aclarar si, a pesar de que la Unión Temporal no es sujeto pasivo del impuesto de renta, se incluyó éste en los análisis y ejercicios financieros realizados por el concesionario en la estructuración del adicional No 13."; según oficio UTDVCC 1056 de Julio 6 de 2006, alternativa 2, hacia el final incorpora "Tasa de Renta 38,5%" y en el titulado FLUJO MENSUAL DEL PROYECTO en pesos corrientes en la columna "IMPUESTO DE RENTA" se encuentra la cifra mensual proyectada a partir de ENERO DEL AÑO DOS MIL DIECINUEVE (2019).

En el texto del Adicional 13 al Contrato de Concesión No. 005 de 1999 y en especial en su CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA. – VALOR, en su discriminación, no se encuentra detallada la citada tasa.

⁸¹ Fl. 735 del Cuaderno Principal No. 5

⁸² Páginas 15-16 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

Se reitera la respuesta para la pregunta, **“Determinará el monto de impuesto de renta que se debió causar para el contratista con la ejecución del Contrato 005 de 1999 entre los años 2007 a 2012.”** la respuesta con lo expresado a página 21, así: **“se requirió la contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil (...); de acuerdo con las verificaciones realizadas a la contabilidad antes citada, no se encontraron registros contables por concepto del impuesto de renta que hubiera “causado” por la UNION TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA (UTD/VVCC) entre los años 2007 a 2012 y en particular para el Adicional 13 (Tramo 7) al Contrato de Concesión No. 005 de 1999 cuyo presupuesto ó Proyección señala ingresos esperados a partir del año 2019.**

Con relación a los documentos base de los análisis para responder el dictamen con el alcance dado por las preguntas aprobadas y examen de los registros contables cuando la pregunta lo señalaba, como producto de las indagaciones en la Sociedad Concesionaria, en la Entidad Fiduciaria y en la Agencia Nacional de Infraestructura **“ANI”, como se informó y se soportó en los anexos del dictamen pericial , se complementa la respuesta incluyendo relación de archivos magnéticos recibidos, en el Apéndice de estas aclaraciones y complementaciones.”**

Pregunta 2:

“Determinará si, teniendo en cuenta los libros de contabilidad o anexos existentes en las oficinas de la UT, informes de ejecución y avance de obra de la interventoría y demás documentos que lleguen a obrar en el proceso, el desplazamiento en el cronograma de inversiones del Contrato 005 de 1999, que incluye los tramos 1 - 6, generó una diferencia favorable en el valor esperado de la retribución⁸³ del contratista.”

La perita en el dictamen presentado el 26 de septiembre contestó⁸⁴:

“En los numerales siguientes se describe la información tenida en cuenta para realizar los análisis y atender la determinación requerida en esta pregunta: “desplazamiento en el cronograma de inversiones del Contrato 005 de 1999”:

1] Con relación a: Las Inversiones del Contrato 005 de 1999 del 29 de enero de 1999, suscrito entre el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS y la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca – se extrae lo siguiente:

“CLÁUSULA 2. OBJETO DEL CONTRATO

El objeto del presente Contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 4, de la Ley 80 de 1993 y la Ley 105 del mismo año, es el otorgamiento al Concesionario de una concesión para que realice, por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, las obras de construcción, y rehabilitación y mejoramiento, la operación y el mantenimiento, la prestación de servicios y el uso de los bienes de propiedad del INVÍAS dados en concesión, para la cabal ejecución del Proyecto Vial denominado MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, bajo el control y vigilancia de INVÍAS.

EL INVÍAS otorga por medio de este Contrato al Concesionario el uso y la explotación del Proyecto por el tiempo de vigencia del Contrato, para que sea destinado al servicio público de transporte, a cambio de una remuneración que consiste en la cesión de los derechos sobre el recaudo de Peaje en los sitios y con las tarifas que sean aplicables de conformidad con este Contrato.

La remuneración del Concesionario no incluye los derechos de usar para fines comerciales o publicitarios las áreas incluidas en las franjas de derechos de vía del Proyecto. El uso comercial o publicitario de estas áreas es prerrogativa del INVÍAS.

El Concesionario realizará todas aquellas actividades necesarias para la adecuada y oportuna prestación del servicio y el correcto funcionamiento del Proyecto Vial, cumpliendo los requisitos mínimos establecidos en el presente contrato y siempre bajo el control y vigilancia de INVÍAS.

El alcance físico del Proyecto Vial se indica en las Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento. [...]

CLÁUSULA 1. DEFINICIONES [...]

“Tramo(s)” Cada uno de los sectores físicos en que se ha dividido la ejecución del Proyecto, según se determina en las especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento.

“Tramo 1” Es el sector comprendido entre Popayán y Santander de Quilichao, según se precisa en las Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento.

“Tramo 2” Es el sector comprendido entre Santander de Quilichao y Palmira, y entre Y de Villarrica y Jamundí, según se precisa en las Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento.

“Tramo 3” Es el sector comprendido entre Palmira y Buga, según se precisa en las Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento.

“Tramo 4” Es el sector comprendido entre Cali y Palmira, según se precisa en las especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento.

“Tramo 5” Es el sector comprendido entre Cali y Mediacanoa, según se precisa en las Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento.

“Tramo 6” Es el sector comprendido entre: i) Cencar – Aeropuerto –Recta Cali/Palmira, ii) Palmaseca y Cerrito, y iii) Rozo y Paso de la Torre, según se precisa en las Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento. [...]

CLÁUSULA 4. ETAPAS DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Para efectos de la ejecución del Proyecto se ha dispuesto su desagregación en tres etapas:

- i) Etapa de Reconstrucción,
- ii) Etapa de Construcción, y
- iii) Etapa de Operación y Mantenimiento.

⁸³ En los ingresos (esperado y efectivo) del contratista, o lo que la perita entienda que constituye la contraprestación del contratista.

⁸⁴ Páginas 26-36 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

CLÁUSULA 15. VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO: El valor del presente Contrato se estima en la suma agregada de \$386.919.000.000.oo, correspondiente a la inversión del Concesionario en el Proyecto, es decir, la sumatoria de los siguientes conceptos:

1. Valor de diseño, construcción y rehabilitación y mejoramiento, incluido el valor de la instalación, montaje y prueba de los equipos necesarios para la infraestructura de operación, calculado en la Propuesta del Concesionario: \$344.250.000. 000.oo.
2. Valor a pagar por el Concesionario al Departamento del Valle del Cauca, según el valor determinado en la cláusula 42 de este Contrato: \$7.859.000. 000.oo.
3. Costo estimado de la Interventoría durante la Etapa de Reconstrucción y durante la Etapa de Construcción según el valor predeterminado en el numeral 61.7.1. de la cláusula 61 de este Contrato: \$9.579.000. 000.oo.
4. Valor de los montos aportados por el Concesionario al Fideicomiso 1 con destino a la compra de predios, según el valor determinado en el numeral 26.3 de la cláusula 26 de este contrato: \$20.601.000.000.oo (sumatoria de: i) COL\$14.377´000.000.oo, monto señalado en el primer inciso del numeral 26.3., más ii) COL\$6.224´000.000.oo, valor de los predios correspondientes a las Obras Complementarias ofrecidas por el Concesionario en su Propuesta, según el inciso penúltimo del numeral 26.3, de este Contrato).
5. Valor de los montos aportados por el Concesionario al Fideicomiso 3 para cubrir los costos y gastos adicionales que –de acuerdo con el numeral 28.3. de la cláusula 28 del presente Contrato sean necesarios para que el Concesionario cumpla con las obligaciones que emanen de la(s) Licencia(s) Ambiental(es) y/o de los Documentos de Evaluación y Manejo Ambiental, según el valor determinado en el numeral 28.4 de la cláusula 28 de este Contrato: \$3.600.000. 000.oo.
6. Valor de los montos aportados por el Concesionario al Fideicomiso 4 con destino al cubrimiento de los costos del Plan de Gestión Social (numeral 6 del Anexo 12 del Pliego), según el valor determinado en el numeral 28.7 de la cláusula 28 de este Contrato: \$1.030.000.000.

Los anteriores valores están calculados en Pesos de diciembre de 1997.

Para efectos fiscales el valor de este contrato es indeterminado.”

De acuerdo con el texto citado anteriormente, el valor estimado del Contrato con alcance básico y a precios del mercado de diciembre de 1997 por la suma de: Trescientos ochenta y seis mil novecientos diecinueve millones de pesos Colombianos = \$386.919´000.000= corresponde a la INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, la cual esta discriminada de la siguiente manera:

VALOR ESTIMADO DE LA INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO (\$Dic.1997)

Valor de los Diseños	\$ 5.300´000.000
Valor de las obras en Construcción y Rehabilitación y Mejoramiento	\$ 318.995´000.000
Valor de la Infraestructura de Operación	\$ 19.955´000.000
Valor de diseño, construcción y rehabilitación y mejoramiento, incluido el valor de la instalación, montaje y prueba de los equipos necesarios para la infraestructura de operación, calculado en la Propuesta del Concesionario.	\$ 344.250´000.000
Valor de los montos aportados por el Concesionario al Fideicomiso 1 con destino a la compra de predios.	\$ 20.601´000.000
Costo estimado de la Interventoría durante la Etapa de Reconstrucción y durante la Etapa de Construcción.	\$ 9.579´000.000
Valor a pagar por el Concesionario al Departamento del Valle del Cauca.	\$ 7.859´000.000
Valor de los montos aportados por el Concesionario al Fideicomiso 3 para cubrir los costos y gastos adicionales que sean necesarios para que el Concesionario cumpla con las obligaciones que emanen de la(s) Licencia(s) Ambiental(es) y/o de los Documentos de Evaluación y Manejo Ambiental:	\$ 3.600´000.000
Valor de los montos aportados por el Concesionario al Fideicomiso 4 con destino al cubrimiento de los costos del Plan de Gestión Social.	\$ 1.030´000.000
Valor total de la Inversión del Concesionario en el Proyecto es de \$386.919 Millones de pesos a precios del mercado de diciembre de 1997	\$ 386.919´000.000

Fuente: Propuesta Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca para la Licitación Pública No. SCO-L01/98.-

De acuerdo con el texto en la Propuesta presentada por el Concesionario (Formulario F4), el monto propuesto como INGRESO ESPERADO POR EL CONCESIONARIO (forma de pago), es de: Novecientos ochenta y nueve mil quinientos treinta y siete millones de pesos Colombianos = \$989.537´000.000=, a precios del mercado de diciembre de 1997; no se encontró discriminación para cada uno de los tramos, en cada uno de los meses de las etapas de: Pre-construcción, Construcción y de Operación y Mantenimiento.

- 2] Con relación a Libros de contabilidad o anexos existentes en las oficinas de la UT: En la contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, entre enero de 2005 a junio de 2016, se encontró que los registros contables por concepto del ingreso recibido de las estaciones de peaje, no se reporta en cuentas contables separadas por estaciones y tampoco asociados a cada tramo, sector variante ó intersección e individualizada en centros de costos para cada documento de modificación (conforme las desafectaciones, compensaciones de construcciones, ampliaciones de plazo, las obras excluidas, incluidas, adicionales, pendientes y acuerdos entre las partes) con los importes derivados de los ingresos, costos y gastos reportados.
- 3] Con relación a: Cronograma de inversiones y cronograma de obras a ejecutar, obras ejecutadas y labores pendientes en cada etapa y en desarrollo del Contrato 005 de 1999, se extracta del Informe

de Interventoría identificado con el No.CISP-OP-0431-319-2016 de fecha 2 de agosto de 2016, páginas 2 y 3 de 41 y que se adjunta a este informe, en relación con la inversión estimada de: trescientos cuarenta y cuatro mil doscientos cincuenta millones de pesos = \$344.250.000.000=, para el diseño, construcción y rehabilitación y mejoramiento, (incluido el valor de la instalación, montaje y prueba de los equipos necesarios para la infraestructura de operación), en cada uno de los tramos del alcance físico en que se sectorizó la construcción, lo siguiente:

- **“Los costos estimados para cada uno de los tramos fueron evaluados con base en la cantidad de Kms origen - destino, debido a que no se cuenta con un cronograma de obras a ejecutar, que debió presentar el Concesionario al inicio del proyecto de Concesión y en razón a que no se conoce la propuesta original presentada por el Concesionario con costos discriminados para cada uno de los 6 tramos básicos del proyecto.**
 - Es pertinente aclarar que este contrato de concesión no discrimina valores bajo el esquema de precios unitarios, por ser un contrato de segunda generación de acuerdo a su estructuración definida por el INVÍAS en la época de su elaboración. Estas obras se desarrollan a través de valores globales y servicios (Mantenimiento y operación) a ejecutar en un término definido contractualmente, razón por la cual no se puede asimilar a los contratos de obra pública tradicionales.
 - Los cálculos se hicieron suponiendo que las inversiones se ejecutaron de manera lineal en el tiempo, pues no se **cuenta con los programas de inversión y cronogramas de ejecución de obra.”**
- 4] Con relación al valor esperado de la retribución⁸⁵del contratista:
Al respecto, de manera ilustrativa, con relación al interrogante planteado para el requerimiento de determinación: **“o lo que la perita entienda que constituye la contraprestación del contratista”,** me permito señalar:

“Ley 80 de octubre de 1993.

III. DEL CONTRATO ESTATAL

Artículo 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES

4o. Contrato de concesión

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

Se presenta de manera ilustrativa, extractada del Contrato 005 de 1999 del 29 de enero de 1999, suscrito entre el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS y la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, lo siguiente con relación al **“valor esperado de la retribución¹ del contratista.”**

“CLÁUSULA 17. FORMA DE PAGO

Como contraprestación por la celebración y ejecución del Contrato, el INVÍAS hará la cesión al Concesionario de los derechos de recaudo de Peaje de las siguientes estaciones:

1. Estación Tunia con cobro en doble sentido, ubicada en el Tramo 1.
2. Estación Villarrica con cobro en doble sentido, ubicada en el Tramo 2.
3. Estación Cerrito con cobro en doble sentido ubicada en el Tramo 3.
4. Estación CIAT con cobro en sentido este-oeste y estación Estambul con cobro en sentido oeste-este ubicada en el Tramo 4.
5. Estación Mediacanoa con cobro en doble sentido, ubicada en el Tramo 5.
6. Estación Palmaseca, que incluye dos casetas, una con cobro en sentido occidente-oriente y otra con cobro en sentido norte-sur, y estación Paso de La Torre con cobro en doble sentido, ubicada en el Tramo 6.

[...]

17.4 Si la Etapa de Preconstrucción, por cualquier razón, se extiende por un periodo mayor al de diez (10) meses contados desde la fecha de Inicio de Ejecución, los recursos que haga el Concesionario desde el vencimiento de los diez (10) meses hasta la efectiva suscripción del Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción (Periodo de Extensión de la Etapa de Preconstrucción), se depositarán –previa deducción del diecisiete por ciento (17%) de dichos recaudos- en una cuenta especial del Fideicomiso Principal. Los montos de dicha cuenta y sus rendimientos financieros serán de libre disposición del INVÍAS y el Concesionario no podrá disponer de ellos para ningún efecto, tal y como se describe en la cláusula 25 de este Contrato.

17.5. Si, en cualquier momento durante la Etapa de Construcción, el Concesionario incumple los requerimientos mínimos de avance de obras para uno o varios de los Tramos a construir y/o rehabilitar, de acuerdo con el cronograma presentado por el Concesionario al Interventor en los términos de la cláusula 34, se procederá así:

- i) El Interventor hará el requerimiento correspondiente al Concesionario para que corrija sus incumplimientos en el plazo que determine el Interventor. Si el Concesionario no corrige el Incumplimiento en el plazo fijado, el Interventor comunicará tal hecho a la entidad fiduciaria encargada del manejo del Fideicomiso Principal, con el fin de que se de aplicación a lo previsto en el ordinal ii) siguiente.

⁸⁵ **“En los ingresos (esperado y efectivo) del contratista, o lo que la perita entienda que constituye la contraprestación del contratista”.**

ii) Desde la fecha de la comunicación del Interventor a la entidad fiduciaria hasta el momento en que el Concesionario haya corregido el desfase en la programación de las obras a satisfacción del Interventor, los recaudos correspondientes a la(s) estación(es) de peaje ubicada(s) en el(los) Tramo(s) afectados, serán puestos en una cuenta especial del Fideicomiso Principal, y no podrán ser utilizados por el Concesionario para ningún efecto.

iii) Una vez se hayan corregido los desfases de la programación de las obras para cada Tramo, el Interventor comunicará tal hecho a la entidad fiduciaria para que se proceda a desafectar los recursos, poniéndolos a disposición del Proyecto.

iv) El contrato de fiducia mercantil deberá incluir las estipulaciones necesarias para dar cumplimiento a lo previsto en los ordinales i), ii) y iii) anteriores. [...]"

"CLÁUSULA 16. VALOR EFECTIVO DEL CONTRATO

El valor efectivo de este Contrato corresponderá a: i) los recaudos de Peaje que serán cedidos al Concesionario por el INVÍAS. ii) las compensaciones derivadas del mantenimiento del valor de las tarifas de Peajes de acuerdo con lo previsto en el numeral 20.2 de la cláusula 20 de este Contrato, y iii) las demás compensaciones a favor del Concesionario expresamente previstas en este Contrato. Este valor efectivo remunera todos los costos y gastos –directos e indirectos- en que incurra el Concesionario por la preparación y celebración del Contrato, así como por la ejecución y terminación del Proyecto, los impuestos, tasas y contribuciones que se causen por la ejecución del presente Contrato, los costos financieros, la remuneración del capital invertido, las utilidades del Concesionario y en general incluye el valor de la contraprestación por todas las obligaciones que adquiere el Concesionario en virtud del presente Contrato.

El valor efectivo de este Contrato remunera también la asunción de riesgos que se desprenden de las obligaciones del Concesionario o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de ese contrato. En tal sentido, las partes declaran que no habrá lugar al restablecimiento del equilibrio económico del Contrato, cuando quiera que se presenten circunstancias que sean previsibles durante la ejecución del Contrato. En consecuencia, sólo habrá lugar a solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato, por cualquiera de las partes, cuando surjan hechos extraordinarios e imprevisibles –aleas anormales- no imputables a la parte quien solicita el restablecimiento, que afecten la economía del Contrato y generan una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales: Lo anterior sin perjuicio del pago de las compensaciones e indemnizaciones que se causen por el ejercicio –por parte del INVÍAS- [...]"

Se presenta de manera ilustrativa, con relación a "los ingresos esperados del contratista", del Documento CONPES-3045- Santafé de Bogotá, agosto 17 de 1999, páginas 4 a 6, lo siguiente:

" [...]"

III BALANCE DEL PROCESO DE CONCESIONES EN COLOMBIA

A. Primera Generación de Concesiones

Los trece proyectos de primera generación se enfocaron primordialmente hacia labores de rehabilitación y ampliación de calzadas, con excepción de la vía Bogotá Villavicencio que consideraba obras de gran envergadura, y contemplaron carreteras aisladas que no tenían continuidad dentro de la red vial. A través de este proceso, se lograron la construcción de 135.5 Km la rehabilitación de 1008.9 Km y el mantenimiento de 1332.3 Km durante el periodo 1994-1998 con una inversión total de \$952,257 millones. Los proyectos realizados bajo este concepto se muestran en el Anexo No. 1.

Estos proyectos contaban con garantías ofrecidas por la Nación tanto de ingreso mínimo como de sobrecostos de construcción, debido a que en el momento en que salieron las licitaciones no se tenía la totalidad de los estudios de ingeniería ni de demanda que permitieran que el inversionista asumiera los riesgos. Adicionalmente, estas garantías no contaban un mecanismo que asegurara su liquidez, lo que ha ocasionado demoras en los desembolsos mientras se surten los trámites presupuestales.

Por problemas de programación presupuestal y debido a que la causación de estas garantías no concuerda con la posibilidad de realizar pagos efectivos, también se ha tenido que pagar intereses corrientes e intereses de mora sobre estos muritos (sic). Para 1999 el INVÍAS tiene estimado un valor a pagar por garantías de \$45,000 millones. Por otro lado, dado que los compromisos de pago de garantías son a mediano y largo plazo, el impacto fiscal de este esquema de contratación se prolongará hasta el año 2012. Finalmente, la estructura contractual de los proyectos de Primera Generación no contempló algunos aspectos que eventualmente se presentaron, tales como sobre costos en compra de predios, problemas con las comunidades y problemas para realizar cobro de valorización.

B. Segunda Generación de Concesiones

El proceso de concesiones de segunda generación se inició en 1995 siguiendo los lineamientos del CONPES 2775 de 1995, buscando solucionar los problemas identificados durante el proceso de concesiones de primera generación. En primera instancia, se le dio mayor importancia al tema de la transferencia de riesgos al sector privado para lo cual se buscó realización de estudios de ingeniería definitivos, estudios de demanda con mayor énfasis técnico, consecución de licencias ambientales y avalúos prediales. Igualmente, se contrataron bancas de inversión para que estructuraran los proyectos de una forma financieramente viable para los inversionistas privados y se le dio gran relevancia a la elaboración de contratos que contuvieran todos los aspectos críticos reconocidos en la Primera Generación.

En los proyectos de la segunda generación se le dio un gran énfasis a la promoción de los proyectos, factor que resulta indispensable para obtener los beneficios que otorga la competencia (maximización de la eficiencia y reducción de los costos para el Estado y los usuarios). Además, y como aspecto novedoso, se introdujo el concepto de plazo variable de la concesión. Con este

mecanismo, la concesión revierte a la Nación en el momento que se obtenga el “ingreso esperado”, solicitado por el concesionario en su propuesta licitatoria.

Como resultado de lo anterior, en el año de 1996 se inició la estructuración de los proyectos de la Segunda Generación de Concesiones que comprende los proyectos viales El Vino - ` fobia Grande — Puerto Salgar y Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca, cuyos contratos fueron firmados en Diciembre de 1997 y Enero de 1999 respectivamente.

C. Diagnóstico de la Segunda Generación

Aun cuando los proyectos de segunda generación han presentado mejoras sustanciales en cuanto a conceptos de asignación de riesgos y conceptualización legal y financiera, existen todavía algunos aspectos que son susceptibles de ser mejorados. Los proyectos de concesión de primera y segunda generación, partieron de unos diseños de ingeniería basados en un horizonte de planeación de alrededor de 20 años, con lo que el alcance de las obras se definió de acuerdo al tráfico esperado en al final de ese período. Lo anterior condujo a que muchos de los proyectos resultaran sobredimensionados para las condiciones de tráfico actuales y en algunos casos, donde las proyecciones fueron demasiado optimistas, resultaron sobredimensionados frente al potencial real del tráfico de la vía.

Por otro lado, estos proyectos, que fueron concebidos bajo criterios de ingeniería y financieros, realizan toda la inversión requerida para el período de concesión durante los primeros tres años, lo cual genera presiones fiscales y obliga a altos niveles de endeudamiento, con el consiguiente impacto en las tarifas. Por esto se hace necesario enmarcar el desarrollo de nuevos proyectos dentro del entorno económico actual, optimizando las obras de acuerdo a las condiciones de tráfico reales y realizando las inversiones en los lugares y en los tiempos que los niveles de tráfico requieran. En los proyectos de la Tercera Generación de Concesiones se busca armonizar las inversiones a ser realizadas con los niveles de servicio esperados y la capacidad de la vía e introducir con mayor contundencia el concepto de operación, así como criterios económicos dentro de la estructuración financiera para garantizar que se cumplan los objetivos de gobierno.

Otro de los aspectos a mejorar se refiere a la relación con las comunidades, en especial lo que tiene que ver con la instalación de casetas de peaje, la cual hasta ahora se había realizado teniendo en cuenta solamente aspectos financieros. Se hace por ello necesario incorporar criterios económicos y sociales y analizar las características del tráfico en el momento de definir la ubicación de dichas casetas, así como las tarifas de peaje que se van cobrar.

Igualmente, los proyectos de primera y segunda generación no utilizaron el potencial de financiación de los proyectos a través de una adecuada estrategia de valorización. Por ello, es indispensable fortalecer dicha estrategia, incluyendo dentro del análisis las características de los predios. su distancia con la vía y el momento en que dicha valorización se hace efectiva. Así mismo, se hace necesario incorporar las características de las comunidades y el tipo de tráfico en cada proyecto para determinar los montos a pagar por este concepto.

Por otro lado, los proyectos de primera y segunda generación no incluían el concepto de corredor de transporte dentro de la estructuración. Sin embargo, es fundamental enmarcar los nuevos proyectos bajo este criterio para tender a soluciones más integradas entre los centros de consumo y producción y los puertos, uniendo también dicha infraestructura al perímetro urbano de las grandes ciudades a través de alternativas concertadas con los municipios.

Por último, aun cuando los esquemas contractuales se han precisado en gran escala en el desarrollo de las concesiones de segunda generación, se hace necesario que estos esquemas vayan acompañados de un sistema institucional que realice el seguimiento físico, financiero y de cumplimiento contractual a las nuevas concesiones. Por esto se requiere que el Instituto Nacional de Vías establezca una estrategia que le permita concentrarse más en la gestión, supervisión y control de los nuevos contratos, para garantizar que los objetivos de política de éstos se cumplan a cabalidad. [...]”

Se presenta de manera ilustrativa, con relación a “Los proyectos realizados bajo este concepto se muestran en el Anexo No. 1.” del Documento CONPES-2775- Santafé de Bogotá, abril 26 de 1995, páginas 23 y 24, lo siguiente:

“ANEXO 1

DESCRIPCION DE LAS PRINCIPALES MODALIDADES DE PARTICIPACION PRIVADA EN
PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA

Los esquemas de concesiones y BOT varían en su estructura dependiendo de los requerimientos de los proyectos. Las formas más comunes son:

1. Concesiones: La entidad contratante cede el derecho de la prestación, operación o explotación de un servicio público, o de la construcción, explotación o conservación de una obra o bien de uso público, por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la supervisión de la entidad contratante. Algunas formas de concesión pueden ser las siguientes:

- a. Concesiones de la construcción de una obra: Una compañía privada contrata con el gobierno la construcción y operación de un sistema de infraestructura en un periodo tiempo durante el cual es responsable por la inversión y mantenimiento, y recupera su inversión a través de tarifas.
- b. BOT (Construir, operar y transferir): La compañía financia, construye y opera un sistema de infraestructura, el cual genera utilidades que permiten cubrir los costos de inversión y operación. A partir de una fecha predeterminada, la propiedad se transfiere a la Nación.
- c. BOO: Son proyectos promovidos por el sector público, en los cuales la responsabilidad de construcción y operación son del sector privado, así como la propiedad.
- d. BLT (Construir, arrendar y transferir): Difiere del anterior en el tipo de financiamiento utilizado (arrendamiento financiero).

- e. Concesión para la prestación de un servicio: La entidad contratante otorga el derecho a la prestación del servicio por intermedio de un contrato o a través de licencias emitidas por las autoridades competentes.
2. Prestación directa de los servicios: La entidad territorial o la empresa prestadora del servicio contrata una empresa privada para la gestión de una parte o de la totalidad de un sistema. Se pueden realizar contratos de gestión para la producción y/o la distribución de agua potable, con posibilidad de que el inversionista realice inversiones complementarias. Esta modalidad también incluye la posibilidad de prestar servicios, como en el caso de televisión, telefonía celular, generación eléctrica, servicios energéticos domiciliarios en áreas no exclusivas o mediante licencia. Igualmente se incluye la prestación del servicio de telefonía local para el cual no se requiere concesión.
3. Asociación con empresas oficiales: Mediante esta modalidad, las empresas oficiales que presten servicios públicos pueden constituir sociedades o asociaciones con empresas privadas para prestar servicios. Dentro de este tipo de asociación se encuentran los joint -ventures o contratos de riesgo compartido.
4. Compra de empresas oficiales: Los inversionistas privados pueden participar en el sector de los servicios de infraestructura mediante la compra de parte o la totalidad de la participación pública en empresas que presten estos servicios.
5. Administración de la participación oficial en empresas: Mediante esta figura, las entidades públicas que participan en el capital de empresas de servicios públicos celebran contratos para la administración o disposición de sus acciones, aportes o inversiones en ellas, con sociedades fiduciarias, corporaciones financieras, organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, o sociedades creadas con objeto exclusivo de administrar empresas de servicios públicos. De esta manera, se logra vincular a la administración de empresas públicas la experiencia del sector **privado.**"

Como se describe en los numerales anteriores (páginas 26 a 31), para realizar los análisis y evaluaciones financieras relacionadas con el desplazamiento del valor estimado de la INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, no se contó con los flujos de caja mensuales originalmente previstos para el proyecto en el plazo inicial para cada uno de los tramos del alcance físico en que se sectorizó la construcción y/o rehabilitación, tampoco los flujos de caja mensuales conforme a los modificatorios de plazos suscritos entre las partes en la etapa de Pre-construcción y/o Construcción, que frente a los flujos de caja mensuales plazos reales de ejecución, permitieran determinar de manera sustentada y no estimada ó bajo supuestos la posible afectación, como lo requería la petición.

En conclusión, para de manera estimada, medir el efecto en los flujos de caja mensuales esperados del Concesionario, como se expresó en las páginas 26 a 31 anteriores, no se cuenta con la información y datos al respecto, sino con valores globales, de tal forma que la determinación requerida no es posible atenderla. En detalle para el valor estimado de la INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, teniendo en cuenta los desplazamientos, conforme las desafectaciones, ampliaciones de plazo, las obras excluidas, incluidas, adicionales y pendientes, implicaría posponer en el tiempo (en el flujo de caja inicial) el aporte de capital al proyecto a cargo del Concesionario, dejando el valor de los ingresos estimados por el recaudo **de los peajes, necesarios para la evaluación financiera encaminada a afirmar que "el desplazamiento en el cronograma de inversiones del Contrato 005 de 1999, que incluye los tramos 1 - 6, generó una diferencia favorable en el valor esperado de la retribución del contratista."**

Frente a esta pregunta la convocante formuló la siguiente solicitud⁸⁶:

Solicito que se ordene a la perita responder la pregunta No 2 del cuestionario que le fuera formulada por la convocante en la audiencia de su posesión, porque el auxiliar de la justicia se ha excusado en que no contaba con los flujos de caja mensuales.

(...)

En primer término, a la perita no se le solicitó que respondiera con base en los flujos de caja mensuales, en segundo lugar, no es cierto que para responder el interrogante no tenga los elementos necesarios, porque además de los documentos que ella recaudó en las diligencias de inspección y exhibición, obran entre otros la comunicación de fecha 2 de agosto de 2016 de la Interventoría. Con base en estos documentos la perita puede responder el interrogante, y por ello solicito se le ordene adicionar su experticia para dar respuesta a esta pregunta.

Para determinar la posible existencia de un beneficio para el Concesionario, la perita no necesita contar con los flujos de caja mensuales del Proyecto, como erróneamente afirma. La teoría financiera establece que uno de los factores que inciden en la remuneración de un capital es el plazo en que este capital esté invertido.

A modo de ejemplo, si invertimos \$100 y al cabo de un año recibimos \$110, habremos obtenido una utilidad del 10%, anual, pero si recibimos los mismos \$110 al cabo de tan sólo seis meses, la rentabilidad anual será del 20%. En este ejemplo, como en el caso del contrato que nos ocupa, el cálculo se puede hacer bajo el supuesto de mantener constantes los ingresos totales. Este cálculo se puede hacer de varias maneras como se indica a continuación.

La perita solicito y recibió información respecto al avance de obra de parte de la Interventoría. Por medio de comunicación número CISP-OP-0431-319-2016 de fecha 2 de agosto de 2016, se le entregó información que incluye, entre otros, los siguientes datos:

1. Valor estimado de la inversión.
2. Valor de los diseños.
3. Valor obras construcción, rehabilitación y mejoramiento.
4. Valor infraestructura de operación.
5. Para cada uno de los seis tramos del Contrato, se le dio la siguiente información:
 - a. Longitud.

⁸⁶ FI 709 del Cuaderno Principal No. 5

- b. Fecha contractual inicial.
- c. Fecha contractual final.
- d. Plazo contractual en meses.
- e. Valor de la inversión.
- f. Valor mensual programado.
- g. Fecha de inicio etapa de Operación, la cual equivale a fecha de terminación real de la obra.

Con base en esta información, la perita habría podido determinar si "...el desplazamiento en el cronograma de inversiones del Contrato 005 de 1999, que incluye los tramos 1-6, generó una diferencia favorable en el valor esperado de la retribución del contratista". En el ejemplo incluido antes se demostró que la rentabilidad de un inversionista se incrementa si logra obtener los mismos ingresos invirtiendo el mismo capital por un plazo menor. Un ejemplo de este tipo habría servido para que la perita contestara el interrogante planteado. Sin embargo, la perita pudo haber respondido la pregunta con base en la información referente al Contrato de Concesión que le fue entregada.

Para hacer este cálculo, la perita no necesitaba tener la información que menciona no haber recibido. Los cálculos necesarios para establecer si el Concesionario se benefició de los desplazamientos en obra pueden hacer contando únicamente con los datos relativos a los ingresos. La perita debió haber hecho el cálculo para determinar los posibles beneficios para el Concesionario derivados de los desplazamientos, considerando elementos de la teoría financiera para estos efectos, tales como el valor en el tiempo del dinero y el ya mencionado efecto del plazo en el capital ya invertido, sobre la base de percibir los mismos ingresos.

Para considerar el impacto del valor en el tiempo del dinero con base en la información que le fue entregada, la perita debió haber desarrollado un ejercicio en el cual llevara a valor presente a una fecha común los flujos originalmente previstos y los flujos efectivamente incurridos por el Concesionario, con base en la información entregada por la Interventoría. Para hacer este descuento de los flujos, la perita debió haber utilizado cualquier tasa de descuento, siempre que fuese utilizada la misma para ambos flujos. La perita debió haber utilizado para estos cálculos cualquier tasa de descuento positiva y habría podido constatar si el valor presente neto de la inversión para el Concesionario era inferior en el caso de ejecutar el cronograma de obras original o en el caso del cronograma efectivamente ejecutado. Si el valor presente neto de las obras considerando el cronograma real es inferior al del cronograma original, la perita podría haber establecido si el atraso en la ejecución convino al Concesionario al hacer una inversión inferior en términos reales.

En su respuesta a la pregunta número 12, a folio 86 de su peritazgo, la perita responde:

"Se llama Tasa Interna de Retorno (TIR) del flujo de Caja de un proyecto, a la tasa que equilibra el valor presente de los ingresos con el valor presente de los egresos.
[...]

Desde el punto de vista financiero, la tasa interna de retorno (TIR) de un proyecto se define como a la tasa que rinden los dineros que al final de cualquier periodo, aún continúan invertidos en el proyecto, o lo que es lo mismo, la tasa que rinden los dineros no recuperados en el proyecto en cualquier periodo. Esta definición de la tasa interna de retorno es la que se debe tener en cuenta cuando se evalúa un proyecto de inversión y se toma la TIR como índice de selección".

La perita debió haber desarrollado su análisis con base en sus afirmaciones citadas. Para estos efectos debió haber hecho un análisis del impacto sobre la rentabilidad del Concesionario con base en los cronogramas originales y desplazados de la obra. La perita debió utilizar un monto de ingresos que permitiera que, bajo el cronograma original, el concesionario obtuviera una TIR positiva y luego debió haber hecho el mismo cálculo con base en el cronograma desplazado y verificar si la TIR del concesionario se elevó o disminuyó."

Respecto a lo anterior la perita manifestó⁸⁷:

"Se reitera lo expresado en la respuesta a página 36 del peritaje, con relación a la información tenida en cuenta para realizar los análisis y atender la determinación requerida en esta pregunta y necesarios para la evaluación financiera encaminada a afirmar que "el desplazamiento en el cronograma de inversiones del Contrato 005 de 1999, que incluye los tramos 1 - 6, generó una diferencia favorable en el valor esperado de la retribución del contratista.

El valor estimado del Contrato con alcance básico y a precios del mercado de diciembre de 1997 por la suma de: Trescientos ochenta y seis mil novecientos diecinueve millones de pesos Colombianos = \$386.919´000.000= corresponde a la INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, con la siguiente discriminación

VALOR ESTIMADO DE LA INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO (\$Dic.1997)

Valor de los Diseños	\$ 5.300´000.000
Valor de las obras en Construcción y Rehabilitación y Mejoramiento	\$ 318.995´000.000
Valor de la Infraestructura de Operación	\$ 19.955´000.000
Valor de diseño, construcción y rehabilitación y mejoramiento, incluido el valor de la instalación, montaje y prueba de los equipos necesarios para la infraestructura de operación, calculado en la Propuesta del Concesionario.	\$ 344.250´000.000
Valor de los montos aportados por el Concesionario al Fideicomiso 1 con destino a la compra de predios.	\$ 20.601´000.000
Costo estimado de la Interventoría durante la Etapa de Reconstrucción y durante la Etapa de Construcción.	\$ 9.579´000.000
Valor a pagar por el Concesionario al Departamento del Valle del Cauca.	\$ 7.859´000.000

⁸⁷ Páginas 53-56 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Valor de los montos aportados por el Concesionario al Fideicomiso 3 para cubrir los costos y gastos adicionales que sean necesarios para que el Concesionario cumpla con las obligaciones que emanen de la(s) Licencia(s) Ambiental(es) y/o de los Documentos de Evaluación y Manejo Ambiental:	\$ 3.600´000.000
Valor de los montos aportados por el Concesionario al Fideicomiso 4 con destino al cubrimiento de los costos del Plan de Gestión Social.	\$ 1.030´000.000
Valor total de la Inversión del Concesionario en el Proyecto es de \$386.919 Millones de pesos a precios del mercado de diciembre de 1997	\$ 386.919´000.000

Fuente: Propuesta Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca para la Licitación Pública No. SCO-L01/98.-

Con relación a: Cronograma de inversiones y cronograma de obras a ejecutar, obras ejecutadas y labores pendientes en cada etapa y en desarrollo del Contrato 005 de 1999, del documento No.CISP-OP-0431-319-2016 de fecha 2 de agosto de 2016, páginas 2 y 3 de 41 de la Interventoría y que se adjunta a este informe, para los costos estimados de diseño, construcción, rehabilitación y mejoramiento de los tramos del alcance físico en que se sectorizó la construcción, se extrajo lo siguiente:

- **“Los costos estimados para cada uno de los tramos fueron evaluados con base en la cantidad de Kms origen - destino, debido a que no se cuenta con un cronograma de obras a ejecutar, que debió presentar el Concesionario al inicio del proyecto de Concesión y en razón a que no se conoce la propuesta original presentada por el Concesionario con costos discriminados para cada uno de los 6 tramos básicos del proyecto.**
- Es pertinente aclarar que este contrato de concesión no discrimina valores bajo el esquema de precios unitarios, por ser un contrato de segunda generación de acuerdo a su estructuración definida por el INVÍAS en la época de su elaboración. Estas obras se desarrollan a través de valores globales y servicios (Mantenimiento y operación) a ejecutar en un término definido contractualmente, razón por la cual no se puede asimilar a los contratos de obra pública tradicionales.
- Los cálculos se hicieron suponiendo que las inversiones se ejecutaron de manera lineal en el tiempo, pues no se cuenta con los programas de inversión y cronogramas de ejecución de obra.”

Lo anterior significa que el valor de diseño, construcción y rehabilitación y mejoramiento, incluido el valor de la instalación, montaje y prueba de los equipos necesarios para la infraestructura de operación, de las obras {Segunda calzada, Puente sobre el río Dagua, Puente sobre la Quebrada el Trapiche, Intersección a desnivel Mediacanoa Occidental, Intersección a desnivel Darién 1 , Intersección a desnivel Darién 2, Intersección a desnivel Restrepo, Intersección a desnivel Loboguerrero, Viaductos , Retornos, Pasos Inferiores, Paraderos, Iluminación, Puentes Peatonales, Andenes, etc.} se encuentra estimada de manera igual (lineal en mensualidades) para cada uno de los tramos como producto de la operación aritmética de **“división” del valor total de la inversión (en el caso de construcción) entre los meses del plazo, como se ilustra la operación aritmética siguiente:**

Tramo 1: Entre Popayan y Santander de Quilichao.

Fecha inicial	14-ago-2000
Fecha final	13-ago-2001
Plazo	12 Meses
Valor Inversión en \$dic.1997 por	78.188.192.369 en 12 mensualidades de 6.515.682.697.

Tramo 2: Entre Santander de Quilichao y Palmira, y Entre La “y” de Villa Rica y Jamundí

Fecha inicial	14-ago-2000
Fecha final	13-feb-2003
Plazo	30
Meses	

Valor Inversión en \$dic.1997 por 80.105.064.181 en 30 mensualidades de 2.670.168.806.

Tramo 3: Entre Palmira y Buga

Fecha inicial	14-ago-2000
Fecha final	13-ago-2003
Plazo	36
Meses	

Valor Inversión en \$dic.1997 por 42.978.283.806 en 36 mensualidades de 1.193.841.217.

Tramo 4: Entre Cali y Palmira

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Fecha inicial 14-ago-
2000

Fecha final 13-dic-
2001

Plazo 16
Meses

Valor Inversión en \$dic.1997 por 33.293.036.750 en 16 mensualidades de 2.080.814.797.

Tramo 5: Entre Cali y Mediacanoa
Fecha inicial 14-ago-
2000

Fecha final 13-feb-
2002

Plazo 18
Meses

Valor Inversión en \$dic.1997 por 54.883.066.643 en 18 mensualidades de 3.049.059.258.

Tramo 6: Entre Cencar – Aeropuerto – Recta Cali – Palmira, Palmaseca y Cerrito, Rozo y
Paso de La Torre
Fecha inicial 14-ago-
2000

Fecha final 13-ago-
2003

Plazo 36
Meses

Valor Inversión en \$dic.1997 por 54.802.356.251 en 36 mensualidades de 1.522.287.674.

Como se observa para los tramos 1,2,3,4,5 y 6 anteriores no se conoce la distribución de la inversión en cada uno de los meses conforme a los cronogramas de obras a ejecutar en el plazo por parte del Concesionario, que de manera proyectada podría servir para comparar con la ejecución real en cada uno de los meses de ejecución del proyecto y reconocida en los libros de contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, como se mencionó en la respuesta y que recogerían los importes teniendo en cuenta los desplazamientos; Todo lo anterior necesario para adelantar los análisis desde el punto de vista financiero, sin contar con cronogramas de ejecución de obra ni de inversión para el plazo inicial, necesarios para despejar una respuesta para el desplazamiento, ofreciendo certeza de lo que ocurrió por: diseño, construcción y rehabilitación y mejoramiento, incluido el valor de la instalación, montaje y prueba de los equipos necesarios para la infraestructura de operación, de las obras {Segunda calzada, Puente sobre el río Dagua, Puente sobre la Quebrada el Trapiche, Intersección a desnivel Mediacanoa Occidental, Intersección a desnivel Darién 1 , Intersección a desnivel Darién 2, Intersección a desnivel Restrepo, Intersección a desnivel Loboguerrero, Viaductos , Retornos, Pasos Inferiores, Paraderos, Iluminación, Puentes Peatonales, Andenes, etc.}

La obra programada y la ejecutada no pueden ser iguales a lo largo de los meses en virtud de lo contratado; por ejemplo para el Tramo 1 entre Popayan y Santander de Quilichao las obras de rehabilitación y de mejoramiento a ejecutar contemplan la ampliación de la vía dos y tres carriles (uno adicional para adelantamiento en subida), bermas y la construcción de siete intersecciones a nivel, la construcción de la variante de Santander de Quilichao - vía nueva de una calzada para dos carriles de circulación, con dos intersecciones a desnivel y una a nivel.

Lo cual tiene efectos en el valor del dinero en función del tiempo; para este caso los cálculos requeridos tendrían como base las inversiones ya fueran programadas o ejecutadas y su expresión en dinero con capacidad de devengar intereses durante un periodo de tiempo determinado, a efectos de realizar las comparaciones y ofrecer la respuesta requerida.

Con relación a la inversión realizada por la ejecución del proyecto y reconocida en los libros de contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, se observa que se encuentra reportada sin registrar a qué sector, variante o intersección o **modificadorio al cual pertenece.**"

En la audiencia de contradicción del dictamen, la perita, ante las preguntas del apoderado de la convocante sostuvo⁸⁸:

"DR. BEJARANO: A usted le fue entregada una información por medio de la comunicación del 2 de agosto de la interventoría del 2 de agosto del año 2016.

SRA. CEPEDA: Sí señor.

DR. BEJARANO: Diga si le fueron suministrados los cronogramas de obra y las fechas reales en que se ejecutaron las inversiones.

⁸⁸ FIs 497 a 504 del Cuaderno de Pruebas No. 21

SRA. CEPEDA: Cuando yo le pido el favor de colaboración a la ANI y le pido la información necesaria para atender mi encargo le dirijo la comunicación al área financiera, el área financiera a su vez le tramita o le dirige esto a la gerencia técnica, la gerencia técnica a su vez remite mis requerimientos al interventor del contrato... cuando me responde la ANI me dice le entrego la carta al interventor con la salvedad de qué se hace, entonces yo digo cuáles salvedades era porque yo a la ANI le pedí punto por punto para el contrato base... todo lo que tuviera y entonces la ANI como les digo se la manda al gerente técnico y el gerente técnico se la manda al interventor y el interventor responde de esta manera, responde conforme yo he pedido la información, primero, para el contrato básico, luego para el adicional 6, luego para el 8, luego para el 13 y por último para el otrosí.

Por ejemplo para el básico dice aquí en la carta en la página 2 de 41, páginas que están impresas por los dos lados dice lo siguiente, hablando del contrato básico o principal dice lo siguiente: **"Los costos estimados para cada uno de los tramos fueron evaluados con base en la cantidad de kilómetros debido a que no se cuenta con un cronograma de obras a ejecutar que debió presentar el Concesionario al inicio del proyecto de concesión y en razón a que no se conoce la propuesta original presentada por el Concesionario con costos discriminados para cada uno de los tramos básicos del proyecto.**

Es pertinente aclarar que este contrato de concesión no discrimina valores bajo esquema de precios unitarios por ser un contrato de segunda generación de acuerdo a su estructuración definida por el Inviás **en la época de su elaboración, estas obras se desarrollan a través de valores globales."**

Mire lo que dice acá, es que doctor Ramiro usted me conoce, no es que yo no quiera contestar o no haya querido, es más, yo estudié todos los estudios de banca de inversión pero yo quería hacer lo que usted me preguntaba y no lo pude hacer, mire lo que dice acá: **"Estas obras se desarrollan a través de valores globales y servicios de mantenimiento y operación a ejecutar en un término definido contractualmente razón por la cual no se puede asimilar a contratos de obra pública, los cálculos se hicieron suponiendo que las inversiones se ejecutaron de manera lineal en el tiempo, pues no se cuenta con programas de inversión ni con cronogramas de ejecución de obra."**

Entonces yo dije y ahora qué hago, cómo hicieron esto, me voy para el estudio de Ernst & Young y miro a ver qué le dieron a estos señores y a ellos también le dieron esas sumas de tomar el valor y dividirlo entre meses, entre doceavas y decir eso podría ser la inversión, a mí me da pena y como el doctor Ramiro me dijo usted compare el valor de los cronogramas de inversión versus la ejecución según la contabilidad, yo quedé maniatada en los dos extremos, no tenía la inversión programada en detalle, no sabía, y esos dicen no importa que sea rehabilitación, no importa que sea mantenimiento, no importa que sea obra de puentes, de calzadas, de viaductos, divídalo y saque por doceavas y usted sáquele a eso un costo, un interés.

A mí me dio pena hacer el ejercicio que hizo Ernst & Young por respeto a las autoridades colombianas, cómo voy a hacer un ejercicio de un interés sobre una posible obra cuando no hay cronogramas de obra, cuando no hay inversión y yo quería un flujo de caja que alguien lo hubiera hecho pues yo también se lo confecciono de tener los cronogramas y la inversión programada seguro que lo habría hecho como en otras concesiones lo he hecho cuando me ha tocado hacer un modelo, y no lo tuve, no lo tuve porque yo no quisiera, es que yo le creí a estos interventores, quién representa a la ANI si no el interventor.

Entonces esto lo dice a lo largo de su carta, en todo dice, y yo me preguntaba cómo que si dijo, mire doctor Bejarano dijo que por ejemplo para el tramo haga 9 retornos, después dijo no, haga 5, haga tantos puentes, no, mejor cambie, durante todo el tiempo la obra tiene variaciones, si nadie define cuánto vale esa obra, cómo son los ajustes a los cambios cómo pretende el doctor Ramiro que yo compare algo contra la contabilidad de la Fiduciaria que adicional a ello tampoco me sirvió porque me gasté días y noches en la Fiduciaria, dice la Fiduciaria esas preguntas cómo me las va a hacer por modificatorios.

Usted me dice que debe la inversión en los tramos de acuerdo al contrato básico, -mi doctora, eso lo tenemos aquí pero tramo por tramo-, yo no le puedo segregar como quiere el doctor Ramiro que el tramo 1 conforme al básico, tramo 1 conforme al adicional 8, o sea la contabilidad no está registrada de acuerdo **a los modificatorios, la contabilidad está contabilizada de acuerdo... los tramos en general, entonces doctor Ramiro, quedé maniatada de los dos lados, uno, porque la ANI no tiene la programación de la obra ni sus ajustes ni sus cambios que yo pudiera decir pues la ANI cogió el primer valor lo fraccionó y allá en la firma de inversión no lo fraccionó por... cogió si era el 23 de enero fraccionó 23 días pero no distinguió si era semana santa, si era febrero, si era diciembre, si eran sábados y domingos, a mí eso me aterraba.**

Es decir, hacer un plano, una cuestión lineal no tuve cara para actualizar ese ejercicio que sí lo hice porque no está en el expediente, el ejercicio que soporta las pretensiones del doctor Ramiro no está en el expediente y yo me tomé el trabajo de hacerlo y lo logré... **pues un fraccionamiento mensual y a eso sáquele valor presente, compárelo con otro, saque un diferencial y diga eso es lo que le deben pagar a la ANI, yo no tuve cara para hacer eso doctor Ramiro.**

DR. BEJARANO: ¿Cómo así que no hubo inversión?, usted acaba de decir eso.

SRA. CEPEDA: No es que no hubo inversión, es lo siguiente: voy a darle un ejemplo, el contratista dice yo hago una inversión de 210 mil millones y con esa plata qué hago, hago unos puentes, trabajo tramo por tramo, hago estas obras, rehabilito, mejoro, construyo, opero y pongo al servicio las casetas y pago a quien recoja el dinero y hago de todo, pero Doctor no desagregó ese costo, eso que se propuso hacer no lo desagregó y cuando contrataron a alguien de afuera le dijeron oiga, estos 210 mil haga, saque y la persona le dijo, aclaro, no fue la banca de inversión porque yo le dije a la ANI ¿usted qué le entregó a esos señores?, es que es el colmo.

Entonces cogí la plata, la dividí entre meses y le dije que eso iba a hacer el concesionario... **ni que eso fue lo que iba a hacer el concesionario porque por el camino hubo modificaciones a lo que podría ser la obra, entonces el concesionario lo que iba a hacer en principio fue cambiado y además lo que se ve en la contabilidad fue lo que en realidad hizo sino que está global por tramos más no por contratación como son las preguntas del doctor Ramiro, eso es lo que acabo de decir.**

DR. BEJARANO: Usted dice que no le entregaron ninguna información sobre desplazamientos, cronograma, aquí en esta comunicación que a usted le fue enviada por la ANI cuando se habla en la página 11 anverso, se dice que se anexa un CD con la siguiente información: documento 4 desplazamiento AD6 y AD8 (revisión

EY), V3, y el documento 5 dice inconsistencias y desplazamientos, ¿qué respuesta puede dar usted frente a eso?

SRA. CEPEDA: Es cierto, la ANI me entregó todos los documentos de aplazamiento de los trabajos, mire lo que pasa, el proyecto que estamos ventilando aquí tiene 3 etapas: etapa de pre-construcción, etapa de construcción y etapa de operación y servicio. En la etapa de pre-construcción se presentaron modificaciones de tiempo que hicieron que se presentara a su vez desplazamientos en la etapa de construcción, entonces cuando dice el doctor Ramiro aquí se le entregó la información, correcto doctor Ramiro, yo hice un cronograma usted no se imagina el modelo que me hice para atenderle su trabajo y en un cuadrito etapa de construcción y las otras etapas, y cuando miré los papeles que me dio la ANI había suscrito muchísimas actas que se llaman actas de aplazamiento o actas de ampliación de plazos.

Dice por ejemplo: Acta de ampliación de la etapa de construcción para los tramos 2, 4 y 5, de tal fecha se **pasa a tal fecha... mire doctor Ramiro, yo hice un trabajo** en donde hasta encontré las actas de finalización de cada tramo y yo quería hacer los desplazamientos, lo que no tenía, los importes o los valores mes a mes de lo que el señor se propuso hacer y yo cómo le vengo a decir a usted mire doctor Ramiro, dividí entre doce, cuando yo no sé qué es construcción, qué es mantenimiento, qué es rehabilitación, cuánto pagó en **diseños, cuánto pagó en... es decir, usted sabe en esto para hacer un ejercicio financiero se debe tener, el crédito** lo da la información o los datos que se incorporen a la hoja de cálculo, entonces como yo no tenía esa información no le pude hacer su trabajo.

DR. BEJARANO: ¿Las actas mismas no le decían hasta cuándo iba?

SRA. CEPEDA: Claro, los plazos, en las actas dice usted iba a empezar la etapa de construcción de tal fecha pero vamos a ampliar la etapa de pre-construcción entonces todo eso se va a poner, todo ese análisis lo tengo de tiempo, el de tiempo lo tengo, lo que no tenía era la cuantificación de los valores que se iban a hacer mes a mes.

DR. BEJARANO: ¿Y los pidió, se los pidió a alguien?

SRA. CEPEDA: Claro, las dos partes me los dieron tanto la U.T. y yo adjunté en el dictamen todas las actas de ampliación del término en todas las etapas porque si se corre la etapa de pre-construcción se corre la de construcción.

DR. BEJARANO: Por eso, pero si tenía las actas y si además le dieron los datos y usted dice que no estaban ahí en las actas ¿por qué no respondió?

SRA. CEPEDA: Porque en las actas no está el valor de la obra que se va a desplazar o que se va a prorrogar, no está.

DR. BEJARANO: ¿Pero si se los dieron en otro lado?

SRA. CEPEDA: No, en ninguna parte me la dieron Doctor.

DR. BEJARANO: Le pregunto, si un desplazamiento de obra puede llegar a generar un beneficio para el Concesionario bajo las condiciones contractualmente pactadas.

SRA. CEPEDA: La respuesta es relativa doctor Ramiro, una obra prevista por ejemplo para 400 mil millones para hacer en enero de este año resulta que no se hizo en enero por X o Y circunstancia sino se hizo en junio, de una parte dice uy, usted no me hizo la obra en enero me la hizo en junio y como yo le di la plata usted se ganó unos intereses sobre esa plata que yo le di y usted la obra solo la ejecutó posteriormente; y si miro la visión del otro el otro me dice uy, por su culpa yo no hice la obra y tuve que tener un stand by de maquinaria, tuve que pagar administración de enero a junio, tuve que incurrir en unos mayores precios entonces depende como se mire doctor Ramiro.

Un desplazamiento de obra genera beneficios y desbeneficios para las partes, si vamos a mirar quién es el contratista el contratista puede recibir su dinero y ganarse unos intereses, ahí hay un costo, un beneficio que podría darse, pero también si se mira él podría decir al desplazar la obra inmovilicé mi personal, inmovilicé mis equipos, no pude hacer otros contratos, ahí tengo otros desbeneficios, entonces es una balanza que tendría que analizar.

DR. BEJARANO: ¿Si la rentabilidad de una inversión cambia cuando recibiendo el mismo monto en rendimientos el plazo en el cual se mantiene invertido el dinero, varía?

SRA. CEPEDA: Excúseme, no le entendí la pregunta.

DR. BEJARANO: Le pregunto si la rentabilidad de una inversión cambia cuando se recibe el mismo monto en rendimientos y además el plazo en el cual se mantiene invertido el dinero, varía.

SRA. CEPEDA: Sí cambia, la rentabilidad necesariamente cambia.

DR. BEJARANO: ¿En favor de quién?

SRA. CEPEDA: Es relativo por lo que digo, antiguamente cuando se hacían reclamaciones por desequilibrios de inversión y cuando no hablábamos de un contrato de precios globales como este sino recordemos otros negocios en donde el cliente decía la inversión se desplazó por el fenómeno del niño o por la guerrilla y yo tengo la plata, entonces decía, yo tengo el dinero pero el hecho que se tase la inversión hace que tenga mayores precios, hace que tenga inmovilizado una cantidad de equipos, una cantidad de personal sobre todo en la parte administrativa y generalmente reclamaban el A del AIU.

En este caso, como le digo, el resultado es el cambio de la rentabilidad pero no le sabría decir si toda positiva, si toda negativa, si en parte, eso sería producto de un análisis teniendo un flujo del proyecto que tenga, cuánto recibió ya no como el ingreso esperado que tenemos aquí proyectado sino el ingreso generado, el real, y cuál es el balance de la obra y señores, ¿cómo estamos aquí, le salgo a deber o usted me sale a deber?

DR. BEJARANO: Pero aquí el ingreso no varió porque siguieron recibiendo los peajes.

SRA. CEPEDA: Sí Doctor, pero es que el ingreso una cosa es el flujo de caja del que hemos hablado mucho que incorpora el ingreso proyectado o el ingreso esperado y otra cosa es la realidad que permite un perjuicio, la realidad es el ingreso generado en las casetas que ahí tiene un porcentaje de apropiación frente a la obra realmente ejecutada y esa valoración, ese análisis de un modelo integral si permitiría que yo le responda quién se beneficia, si la ANI o la U.T., y si se beneficia la U.T. le dice... no puede reclamar porque estos son precios globales, y si se beneficia la ANI es lo que ustedes están discutiendo aquí, pero yo no le puede hacer ese modelo porque no tuve la información para responderle esa pregunta.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

DR. BEJARANO: Pero tenía las actas y tenía los datos de los precios.

SRA. CEPEDA: No Doctor, yo en las actas no tenía los valores o importes de inversión ni en la contabilidad como usted lo preguntó.

DR. BEJARANO: Ya que usted puso algún ejercicio sobre eso de los 210 mil, etc., le voy a proponer varios ejercicios también. Si invierto 100 pesos y al cabo de un año recibo 110 ¿cuál es mi rentabilidad anual?

SRA. CEPEDA: Es una tasa efectiva igual a la unidad del 10%

DR. BEJARANO: Del 10%.

SRA. CEPEDA: Sí señor.

DR. BEJARANO: ¿Y si invierto 100 y al cabo de 6 meses recibo 110 cuál es mi rentabilidad anual?

SRA. CEPEDA: Pues ahí sería hacer la proporción, es el doble, es mucho mayor que la que hablamos del 10% en un año, es casi que el doble.

DR. BEJARANO: O sea el 20%.

SRA. CEPEDA: Podría ser, sí cercano.

DR. BEJARANO: ¿Si invierto 50 y al cabo de 1 año recibo 110 cuál es mi rentabilidad anual?

SRA. CEPEDA: Es dividir 60 entre 50, o sea es tomar los dos extremos, al valor futuro restarle el valor presente, esa diferencia que da es sin interés y dividirlo sobre el valor principal y esa es la rentabilidad, en este caso 50 frente a 110 da 60, 60 sobre 50 se ganó el ciento y pico %.

DR. BEJARANO: Entonces si se mantiene el capital invertido por un plazo inferior recibiendo la misma compensación, ¿la rentabilidad aumenta?

SRA. CEPEDA: Qué pena pero no entiendo.

DR. BEJARANO: Si mantiene el capital invertido por un plazo inferior y sigue recibiendo la misma compensación, qué quiere decir, que le decreció la rentabilidad o que aumentó la rentabilidad.

SRA. CEPEDA: Si el capital lo recibe por un término mayor y después lo compara con un término menor, la rentabilidad disminuye o al revés.

DR. BEJARANO: No, lo que yo le he preguntado, si manteniendo el capital invertido por un plazo inferior pero recibiendo la misma compensación qué puede decirse, que la rentabilidad se incrementó o que disminuyó.

SRA. CEPEDA: ¿Qué entenderíamos por compensación?

DR. BEJARANO: Una plata.

SRA. CEPEDA: Doctor Ramiro, si en un término el capital invertido se retribuye con un interés, porque es que compensación en estos términos... (Interpelada)

DR. BEJARANO: Doctora Ana Matilde, yo en últimas le estoy preguntando en concreto lo que antes le he preguntado por la vía de los ejemplos y espero que usted responda.

SRA. CEPEDA: Correcto, sí señor, usted me dice que manteniendo el mismo capital en un tiempo más corto... (Interpelada)

DR. BEJARANO: Y recibiendo el mismo dinero, la misma compensación ¿qué se puede concluir, que decreció, que aumentó?

SRA. CEPEDA: Que la rentabilidad disminuye porque si usted disminuye el término pues la rentabilidad disminuye.

DR. BEJARANO: Disminuye la rentabilidad cuando usted mantiene capital invertido por un plazo menor del esperado y sigue recibiendo la misma compensación no puede ser que... (Interpelado)

SRA. CEPEDA: Ah no, pero es que si es que el capital como inversión, es que fijese cómo las palabras tienen una acepción que hay que respetar, a mí en finanzas me dicen capital de tiempo como el importe que devenga un interés, eso lo dicen los libros de finanzas, pero si me habla de capital en otro contexto y lo compara con dinero recibido, pues ahí me enreda un poquito doctor Ramiro y yo sí le pido el favor que si eso es de una respuesta financiera me diga por escrito y yo se la explico con definición de términos, pero para mí capital es base de retención de interés, entonces si me dice que capital en un año frente a capital en 6 meses... pero si me hace otro ejercicio ahí yo con todo gusto le pido el favor que me diga por escrito y yo se lo contesto... (Interpelada)

DR. BEJARANO: La modalidad y metodología de esta audiencia es que es oral.

SRA. CEPEDA: Sí señor.

DR. BEJARANO: Diga si con la información que le fue suministrada por medio de la comunicación del 2 de agosto de 2006 de la interventoría podía calcular la variación en la rentabilidad del Concesionario partiendo de la base de que los ingresos cuya estimación no cambiaría, pero el capital estaría invertido por un plazo inferior al desplazar las obras sin que el plazo del contrato variara.

SRA. CEPEDA: Sí señor, esa respuesta la di en el dictamen pericial que al desplazarse el capital invertido, fijense que al desplazarse la inversión aumentaría la rentabilidad para el Concesionario.

DR. BEJARANO: Diga si con base en esta información que le fue enviada por la interventoría, se puede calcular el valor presente neto de las inversiones con base en la TIR del contrato y las de su adicional y otrosí, bajo el cronograma original a la fecha de inicio del contrato.

SRA. CEPEDA: La respuesta es que no porque no conozco el cronograma original a la fecha del contrato.

DR. BEJARANO: ¿No estaba el cronograma del otrosí?

SRA. CEPEDA: Estaba por doceavas que es lo que yo crítico, imagínese que ese sí que es... cuando se firma el contrato adicional 13 se le dice al contratista señor, para la nueva calzada tenga la bondad y por ejemplo haga 9 retornos dobles, y por el camino le dice no, haga 5 no más, haga retornos sencillos, y por el camino le dice haga 10 retornos.

Puentes vehiculares al comienzo cuando hacen ese flujito de caja que usted dice le dice haga 2 puentes vehiculares, después por el camino le dice haga 4, Doctor eso tiene impacto monetario, a pesar de que Ernst & Young cogió y dividió eso entre 12 pues yo también había podido hacer lo mismo, pero me dio pena porque es que por el camino dice construcción de viaductos vehiculares, cero, pero por el camino le dice haga 13 viaductos, intersecciones haga 4, no haga ninguna, estación de peaje haga 1 estación y después dice sabe qué, no hagamos estación de peaje.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Cuánto vale una estación de peaje que incluyó en el primer flujo de caja, después dice que no haga estación de peaje, entonces doctor Ramiro, la plata es plata y yo estoy acostumbrada a otorgarle el valor a través del tiempo pero a mí no me digan que una estación de peaje que incluyó en ese flujo de caja y que después dijo que no van a hacer, entonces yo no la voy a tener en cuenta, por eso es que le digo, yo no dispuse del cronograma de obras valorado para el inicio ni con todos sus cambios.

DR. BEJARANO: Perdón, ¿usted está consciente de que la división en doceavas partes estaba previsto en el contrato adicional y también en el flujo de caja?

SRA. CEPEDA: Estaba previsto Doctor, lo que digo es que para lo que usted me pidió no lo tuve.

DR. BEJARANO: Se lo pregunto porque usted ha dicho es que la ANI dividió eso en doceavas partes y yo le pregunto de dónde saca eso si en el contrato adicional estaba previsto que era la doceava parte y además en el flujo de caja.

SRA. CEPEDA: Lo saco de lo que me dio la ANI, yo por eso le digo, yo presumo de buena fe esa información porque el gerente técnico me dice le entrego la colaboración de nuestro interventor con todas las salvedades y en las salvedades el interventor me informa que para este contrato en especial los precios son globales, que no dispone de una discriminación de los valores según el cronograma de obra, lo digo es de la información que tengo aquí.

DR. BEJARANO: ¿Pero usted leyó el contrato adicional?

SRA. CEPEDA: Claro.

DR. BEJARANO: ¿Y en el contrato adicional hablaba de doceavas?

SRA. CEPEDA: No.

DR. BEJARANO: ¿No?

SRA. CEPEDA:... le daba el nombre de doceavas pero tal vez si está pues bienvenido, eso prima porque los valores globales son doceavas, si está bienvenido, no sé en dónde está, aquí lo traje, venga miramos si está.

DR. BEJARANO: Voy a hacerle otra pregunta.

SRA. CEPEDA: Sí señor.

DR. BEJARANO: ¿Con base en esta información se podría calcular también el valor presente neto de las inversiones con base en la TIR del contrato y su adicional y el otrosí bajo el cronograma real a la fecha de inicio del contrato?

SRA. CEPEDA: Qué es lo que hizo Ernst & Young, cogió las proyecciones iniciales y determinó el valor presente, y cogió las proyecciones con desplazamiento y determinó el valor presente neto, y la diferencia de esos dos valores presentes netos dijo que era un valor que la U.T. le debería pagar a la ANI, o sea que como proyección, como estadística se puede hacer, yo no lo hice porque esas proyecciones, es decir, en mi concepto no representaban lo que hubiera sido la inversión real y no tuve la ejecución real conforme usted lo pidió que eran con base en la contabilidad de la Fiduciaria, pero de poderse se puede, uno puede hacer los ejercicios que quiera y se puede hacer.

DR. BEJARANO: Si pudiendo hacer estos cálculos de encontrar que un valor presente neto es inferior para el cronograma de desplazados respecto del cronograma original, ¿esto demostraría que la rentabilidad del Concesionario se incrementó como resultado del desplazamiento?

SRA. CEPEDA: Esa es la teoría de esos estudios pero por ejemplo para el adicional 13 habla de un diferencial de 325.744 millones... el valor presente neto 1 con el valor presente neto 2 y lo decidió hacer por sectores: sector 1, sector 2, sector 3, cuando yo lo voy a hacer y lo quiero hacer por doceavas la ANI misma me dice sabe qué, esos sectores los hicimos fue para el trámite de licencias, eso no hay sectores, no hay cuantificación, Doctor, si usted me dice que yo sería capaz de reproducir el ejercicio de Ernst & Young y traerlo al presente yo se lo hago, pero en mi concepto no era así porque la misma ANI me informó que eso de los sectores no era para hacer las obras de esa manera.

DR. BEJARANO: Pero mi pregunta es muy concreta doctora Ana Matilde, usted dice que sí habría podido hacer esos cálculos, finalmente dice que sí, yo le pregunto si pudiendo hacer esos cálculos y de encontrar que un valor presente neto es inferior para el cronograma de desplazados respecto del cronograma original, ello demostraría que la rentabilidad del Concesionario se incrementó como resultado del desplazamiento, eso es lo que le estoy preguntando.

SRA. CEPEDA: Pero permítame decirle doctor Ramiro, si usted me hubiera hecho esa pregunta yo se la hago... (Interpelada)

DR. BEJARANO: No, ahorita se la estoy preguntando y le ruego que me la responda sin más ambigüedades por favor.

SRA. CEPEDA: Sí, se le aumentaría la rentabilidad al Concesionario."

Adicionalmente, la apoderada de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado expresó lo siguiente⁸⁹: La experta no contesta las preguntas formuladas por la entidad convocante se imita a hacer transcripciones que no son conducentes y se abstiene de hacer los análisis respectivos. En el dictamen se transcriben apartes del contrato, del informe de interventoría y de la propuesta del concesionario pero no hay un análisis pericial de los documentos relativos a la ejecución del contrato para contestar las preguntas. No se alude a revisión de libros de contabilidad, de los informes de ejecución, ni demás documentos. Es importante destacar que la pregunta versa sobre el comportamiento de las efectivas inversiones realizadas en ejecución del contrato 005 de 1999. La perita desglosa varias de las preguntas formuladas por la ANI y se pronuncia sobre ellas de manera fragmentada así:

En punto 1 No se contesta la pregunta sobre las inversiones realizadas apenas se hacen transcripciones del contrato y de la propuesta del concesionario.

En punto 2 no se contesta la pregunta porque no se **"reporta en cuentas contables separadas (...)"** (Pág. 29). La experta no explica, así sea sin ese detalle, si hubo inversiones, su cuantía y oportunidad para esas fases iniciales de la ejecución del contrato. A fin absolver la pregunta la perita debe explicar cómo se

⁸⁹ FI. 736 del Cuaderno Principal No. 5

hicieron las inversiones así sea mediante un análisis anual y mediante la verificación de los documentos de la fiduciaria y del comportamiento contable de la UT.

En punto 3 no se contesta la pregunta, pues se limita a transcribir un informe de interventoría sin formular su análisis documental contable ni conclusión alguna al respecto.

En punto 4 no se contesta pregunta. Se transcriben normas, partes del contrato, documentos CONPES sobre las concesiones de primera, segunda y tercera generación sin analizar el comportamiento efectivo de la retribución del contratista durante la ejecución del contrato.

Finalmente, en dos párrafos a página 36 se limita a decir que no cuenta con la información **"sobre los flujos de caja mensuales previstos para el proyecto en el plazo inicial para cada uno de los tramos"**, como tampoco con **"los flujos de caja mensuales conforme a los modificatorios de plazos suscritos"** para medir en efecto en los flujos de caja mensuales.

El dictamen no contiene respuesta a esta pregunta. Ni siquiera explica si el concesionario realizó obras, incurrió en inversiones propias del período de pre construcción y de construcción. NO alude a lo que se encontró en los documentos y reportes de la fiduciaria.

Petición de adición del dictamen

Se solicita respetuosamente a la experta que conteste la pregunta 2 a cuyo efecto pedimos que relacione los documentos físicos e informáticos que revisó y el método de valoración utilizado. Es importante además que la perita informe sobre los requerimientos que realizó para obtener la documentación completa.

A lo que la perita respondió en el escrito de aclaraciones y complementaciones⁹⁰:

"Se reitera en especial lo expresado a página 36 del dictamen: "[...] no se cuenta con la información y datos al respecto, sino con valores globales, de tal forma que la determinación requerida no es posible atenderla" Además, a página 29 se lee:" Es pertinente aclarar que este contrato de concesión no discrimina valores bajo el esquema de precios unitarios, por ser un contrato de segunda generación de acuerdo a su estructuración definida por el INVÍAS en la época de su elaboración. Estas obras se desarrollan a través de valores globales"

Lo anterior se puede constatar en los memorando de entrega a las peticiones realizadas por la Perita a la Partes y en desarrollo del trabajo pericial y que de manera física acompañan este informe:

- (1) Carta UTDVCC-0498-2016, Chía, agosto 19 de 2016,

Valor estimado de la Inversión mes a mes:

Página 1: " No existe este documento. No existe un cronograma de inversión, ni por tramos, ni por proyecto. Sólo existe la propuesta económica del Proponente presentada en la Licitación Pública No. SCO-LO1/98, documento que le fue entregado con nuestra comunicación UTDVCC.-386-2016 numeral 4. b." - Propuesta a Licitación: Carta de Presentación, Propuesta Económica y Valor Estimado de Contrato.

Página 1: No existe este documento. La propuesta a la Licitación Pública No. SCO-LO1/98 que contiene el valor al que usted se refiere, el cual se esperaba que fuera obtenido en el plazo contractual (20 años) y si no era posible, en los 5 años adicionales que tiene previstos el contrato, cláusula 8, página 26, se encuentra dentro de los documentos que le fueron entregados con nuestra comunicación UTDVCC-386-2016 numeral 4. b. Los tramos en que se dividió el contrato, no tienen peajes asociados, el ingreso esperado cubre todo.

- (2) Oficio ANI firmado por ANDRÉS REINALDO SILVA VILLEGAS -Gerente Técnico VEJ y remitiendo de la Interventoría el documento CISP-OP-0431-319-2016 con radicado 2016-409-066590-2, firmado por: GERMÁN GARCÍA MOLINA -Director de Interventoría , en donde se observa lo informado en el dictamen pericial.

Nota: Se presumen de buena fé y ciertos los documentos entregados por las partes, para adelantar el trabajo pericial y se ha tomado como fuente de información. Ver anexos hojas a 1 a 124 que acompañan este informe.-

Con relación a los documentos base de los análisis para responder el dictamen con el alcance dado por las preguntas aprobadas y examen de los registros contables cuando la pregunta lo señalaba, como producto de las indagaciones en la Sociedad Concesionaria, en la Entidad Fiduciaria y en la Agencia Nacional de Infraestructura "ANI", como se informó y se soportó en los anexos del dictamen pericial , se complementa la respuesta incluyendo relación de archivos magnéticos recibidos, en el Apéndice de estas aclaraciones y complementaciones."

Pregunta 3:

"Determinará si, teniendo en cuenta los libros de contabilidad o anexos existentes en las oficinas de la UT, informes de ejecución y avance de obra de la interventoría y demás documentos que lleguen a obrar en el proceso, el desplazamiento en el cronograma de inversiones de los Adicionales 6 y 8 del Contrato de Concesión 005 de 1999 generó una diferencia favorable en el valor esperado de retribución⁹¹ del contratista."

La perita en dictamen del 26 de septiembre de 2016 contestó⁹²:

"En los numerales siguientes se describe la información tenida en cuenta para realizar los análisis y atender la determinación requerida en esta pregunta: "el desplazamiento en el cronograma de inversiones de los Adicionales 6 y 8 del Contrato de Concesión 005 de 1999":

- 1) Con relación a la Inversiones del Adicional 6 de fecha 28 de julio de 2005, al Contrato de Concesión No. 005 de 1999, se extracta lo siguiente:

"CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO ADICIONAL No. 6: EL CONCESIONARIO se obliga para con El INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES -INCO-, a ejecutar las obras referidas en la parte considerativa del presente contrato, así: PUENTE CABALLAR-PEATONAL ARDOBELAS, ubicado en el

⁹⁰ Página 18 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

⁹¹ En los ingresos (esperado y efectivo) del contratista, o lo que la perita entienda que constituye la contraprestación del contratista.

⁹² Páginas 37-42 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

tramo 1; VARIANTE DEL BOLO, ubicada en el tramo 2; VARIANTE LA ACEQUIA, en calzada sencilla con intersecciones de entrada y salida a nivel, ubicada en el Tramo 6; INTERSECCION A DESNIVEL EN GUACARI, ubicada en el Tramo 3; INTERSECCION A NIVEL EN CINCUENTENARIO, ubicada en el Tramo 3; INTERSECCIÓN A DESNIVEL EN SANTA HELENA, ubicada en el Tramo 3; INTERSECCION A DESNIVEL LA DOLORES, ubicada en el Tramo 4; INTERSECCION A DESNIVEL LA HERRADURA, ubicada en la Variante Norte de Palmira, en el Tramo4; cuyo alcance es el definido por los diseños del Contrato Adicional No. 3, del debidamente aprobados por el INCO con sujeción al plazo, precios y condiciones que se estipulan como sigue a continuación. PARAGRAFO: Se excluyen del alcance básico las siguientes obras: Segunda calzada de la Intersección Guajira - Intersección de entrada Variante La Acequia (Tramo 6), Par Vial El Bolo (Tramo 2), retorno en el K15+100 que manejaba el movimiento Buga – Buga (Tramo No. 3), Intersección a desnivel Guacari-Guabas (Tramo 3), Intersección a Nivel La Herradura (Tramo 4) e Intersección a desnivel Estambul (Tramo 4), dado que los diseños del contrato adicional N° 3 modifican el alcance del proyecto en dichos puntos.

CLAUSULA SEGUNDA. - VALOR: El valor del presente Contrato se estima en la suma de once mil ciento sesenta y dos millones setecientos noventa y nueve mil cuatrocientos treinta pesos a diciembre de 1997 (\$11,162,799,430) correspondiente a la inversión del Concesionario en la construcción, suma que no supera el 50% del valor del Contrato de Concesión No. 005-99 y sus adicionales.

CLÁUSULA TERCERA. - VALOR ESPERADO: Por la suscripción del presente contrato adicional, el valor esperado del contrato de concesión 005/99 pasa de ser novecientos ochenta y nueve mil quinientos treinta y siete millones de pesos de diciembre de 1997 (\$ 989,537,000,000) a un billón veintiséis mil trescientos setenta y cuatro millones doscientos treinta y ocho mil ciento dieciocho pesos de diciembre de 1997 (\$1,026,374,238,118), de tal manera que el incremento en ingreso esperado por el Concesionario, por efecto de este contrato adicional es (\$ 36,837,238,118).

CLÁUSULA CUARTA. - FORMA DE PAGO: El valor del presente Contrato Adicional se pagará conforme a lo establecido en la Cláusula 17 del Contrato de Concesión No. 005 de 1999, después de que se haya cumplido con el monto del ingreso esperado del contrato principal No. 005 de 1999.

PARÁGRAFO: El valor del ingreso esperado incluye los costos de construcción, operación, **mantenimiento y demás costos financieros asociados a la ejecución del Proyecto. [..]**

De acuerdo con el texto citado anteriormente, el valor estimado del Adicional 6 y a precios del mercado de diciembre de 1997 por la suma de: once mil ciento sesenta y dos millones setecientos noventa y nueve mil cuatrocientos treinta pesos Colombianos = \$11.162.799.430= corresponde a la INVERSIÓN ADICIONAL DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, la cual esta discriminada de la siguiente manera:

Adicional No. 6 de 28 julio 2005: Obras a ejecutar:

Puente caballar-peatonal Ardobelas, ubicado en el tramo 1;

Variante del Bolo, ubicada en el tramo 2;

Intersección a desnivel en Guacari, ubicada en el tramo 3;

Intersección a nivel en Cincuentenario, ubicada en el tramo 3; Intersección a desnivel en Santa Helena, ubicada en el tramo 3; Intersección a desnivel La Dolores, ubicada en el tramo 4;

Intersección a desnivel La Herradura ubicada en la Variante Norte de Palmira, en el Tramo4; cuyo alcance es el definido por los diseños del Contrato Adicional No. 3;

Variante la Acequia, en calzada sencilla con intersecciones de entrada y salida a nivel, ubicada en el tramo 6.

Valor adicional de la Inversión del Concesionario en el Proyecto según Adicional 6 de \$ 11.162.799.430 \$11.162,8 Millones de pesos a precios del mercado de diciembre de 1997.

De acuerdo con el texto citado anteriormente, el incremento en el valor estimado del Adicional 6 por concepto de INGRESO ESPERADO POR EL CONCESIONARIO (forma de pago), por efecto de este contrato adicional es de: Treinta y seis mil ochocientos treinta y siete millones doscientos treinta y ocho mil ciento dieciocho pesos = \$36.837'238.118= a precios del mercado de diciembre de 1997; no se encontró discriminación para cada uno de los tramos, en cada uno de los meses de las etapas de: Pre-construcción, Construcción y de Operación y Mantenimiento.

- 2] Con relación a la Inversiones del Adicional 8 de fecha 14 de diciembre de 2005, al Contrato de Concesión No. 005 de 1999, se extracta lo siguiente:

“CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO ADICIONAL No. 8: EL CONCESIONARIO se obliga para con El INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES -INCO-, a ejecutar las obras referidas en la parte considerativa del presente contrato, correspondientes a la INTERSECCION A DESNIVEL EN LA ENTRADA A LA VARIANTE SANTANDER DE QUILICHAO, ubicada en el Tramo 1; cuyo alcance es el definido por los diseños del Contrato Adicional No. 5, debidamente aprobados por el INCO, con sujeción al plazo, precios y condiciones que se estipulan como sigue a continuación:

PARAGRAFO PRIMERO: El valor de las obras corresponde a la construcción de la Intersección a Desnivel, Puente Intersección a Desnivel, Mano de Obra traslado redes eléctricas de media tensión y alumbrado público, Materiales para traslado redes eléctricas de media tensión y alumbrado público.

CLAUSULA SEGUNDA. - VALOR: El valor del presente Contrato se estima en la suma de Cuatro Mil Quinientos Setenta y Siete Millones Cuatrocientos Noventa y Nueve Mil Trescientos Trece pesos (4,577,499.313) de diciembre de 1997, correspondiente a la inversión del Concesionario en la construcción, suma que no supera el 50% del valor del Contrato de Concesión No. 005-99 y sus adicionales.

CLÁUSULA TERCERA. - VALOR ESPERADO: Por la suscripción del presente contrato adicional, el valor esperado del contrato de concesión 005/99 pasa de ser Un Billón Veintiséis Mil Trescientos Setenta y

Cuatro Millones Doscientos Treinta y Ocho Mil Ciento Dieciocho pesos de diciembre de 1997 (\$1´026,374´238,118) a Un Billón Cuarenta y Un Mil Cuatrocientos Trece Millones Novecientos Ochenta y Cinco Mil Ochocientos Cincuenta y Un pesos de diciembre de 1997 (\$1´041,413´985,851), de tal manera que el incremento en ingreso esperado por el Concesionario, por efectos de este contrato adicional es (\$15,039´747,733).

CLAUSULA CUARTA. - FORMA DE PAGO: El valor del presente Contrato Adicional se pagará conforme a lo establecido en la Cláusula 17 del Contrato de Concesión No. 005 de 1999, después de que se haya cumplido con el monto del ingreso esperado del contrato principal No. 005 de 1999. PARAGRAFO: El valor del ingreso esperado incluye los costos de construcción, operación, mantenimiento y demás **costos financieros asociados a la ejecución del Proyecto. [...]**

De acuerdo con el texto citado anteriormente, el valor estimado del Adicional 8 y a precios del mercado de diciembre de 1997 por la suma de: cuatro mil quinientos setenta y siete millones cuatrocientos noventa y nueve mil trescientos trece pesos Colombianos = \$4,577´499.313=, corresponde a la INVERSIÓN ADICIONAL DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, la cual esta discriminada de la siguiente manera:

Adicional No. 8 de 14 diciembre 2005: Obra a ejecutar:

Intersección a desnivel en la entrada a la variante Santander de Quilichao, ubicada en el Tramo 1: cuyo alcance es el definido por los diseños del Contrato Adicional No. 5

Valor Adicional de la Inversión del Concesionario en el Proyecto según Adicional No. 8 de \$
\$4.577 Millones de pesos a precios del mercado de diciembre de 1997 4.577´499.313

De acuerdo con el texto citado anteriormente - Adicional 8 el concepto de INGRESO ESPERADO POR EL CONCESIONARIO (forma de pago), por efecto de este contrato adicional es de: Quince mil treinta y nueve millones setecientos cuarenta y siete mil setecientos treinta y tres pesos = \$15.039´747.733= a precios del mercado de diciembre de 1997; no se encontró discriminación para cada uno de los tramos, en cada uno de los meses de las etapas de: Pre-construcción, Construcción y de Operación y Mantenimiento.

- 3] Con relación a Libros de contabilidad o anexos existentes en las oficinas de la UT: En la contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, entre enero de 2005 a junio de 2016, se encontró que los registros contables por concepto del ingreso recibido de las estaciones de peaje, no se reporta en cuentas contables separadas por estaciones y tampoco asociados a cada tramo, sector variante ó intersección e individualizada en centros de costos para cada documento de modificación (conforme las desafectaciones, compensaciones de construcciones, ampliaciones de plazo, las obras excluidas, incluidas, adicionales, pendientes y acuerdos entre las partes) con los importes derivados de los ingresos, costos y gastos reportados.
- 4] Con relación a: Cronograma de inversiones y cronograma de obras a ejecutar, obras ejecutadas y labores pendientes en cada etapa y en desarrollo del Adicional 6 del Contrato de Concesión 005 de 1999:
Se extracta del Informe de Interventoría identificado con el No.CISP-OP-0431-319-2016 de fecha 2 de agosto de 2016, página 15 de 41 y que se adjunta a este informe, en relación con el incremento de la inversión estimada de: once mil ciento sesenta y dos millones setecientos noventa y nueve mil cuatrocientos treinta pesos a diciembre de 1997 = \$11,162´799.430= y para cada uno de los tramos del alcance físico en que se sectorizó la construcción, lo siguiente: **"Los cálculos se hicieron suponiendo que las inversiones se efectuaron de manera lineal en el tiempo, pues no se tienen cronogramas de ejecución de obra ni de inversión."**
Con relación a la discriminación mes a mes del valor del Ingreso Esperado para el Contratista, de treinta y seis mil ochocientos treinta y siete millones doscientos treinta y ocho mil ciento dieciocho pesos = \$36.837´238.118= a precios del mercado de diciembre de 1997, en la página 17 de 41 se lee: **"Esta interventoría no ha contado con el modelo inicial de la Concesión el cual es un documento privado, como lo ha manifestado en reiteradas oportunidades el Concesionario, el cual no fue de obligatoria entrega al momento de la firma del contrato de Concesión."**
- 5] Con relación a: Cronograma de inversiones y cronograma de obras a ejecutar, obras ejecutadas y labores pendientes en cada etapa y en desarrollo de Adicional 8 del Contrato de Concesión 005 de 1999:
Se extracta del Informe de Interventoría identificado con el No.CISP-OP-0431-319-2016 de fecha 2 de agosto de 2016, página 18 de 41 y que se adjunta a este informe, en relación con el incremento de la inversión estimada de: cuatro mil quinientos setenta y siete millones cuatrocientos noventa y nueve mil trescientos trece pesos Colombianos = \$4,577´499.313= y para cada uno de los tramos del alcance físico en que se sectorizó la construcción, lo siguiente: **"Los cálculos se hicieron suponiendo que las inversiones se efectuaron de manera lineal en el tiempo, pues no se tienen cronogramas de ejecución de obra ni de inversión."**
Con relación a la discriminación mes a mes del valor del Ingreso Esperado para el Contratista, de quince mil treinta y nueve millones setecientos cuarenta y siete mil setecientos treinta y tres pesos = \$15.039´747.733= a precios del mercado de diciembre de 1997, en la página 18 de 41 se lee: **"Esta interventoría no ha contado con el modelo inicial de la Concesión el cual es un documento privado, como lo ha manifestado en reiteradas oportunidades el Concesionario, el cual no fue de obligatoria entrega al momento de la firma del contrato de Concesión."**
- 6] Con relación a el valor esperado de la retribución⁹³ del contratista:

⁹³ En los ingresos (esperado y efectivo) del contratista, o lo que la perita entienda que constituye la contraprestación del contratista".

Al respecto, de manera ilustrativa, con relación al interrogante planteado para el requerimiento de **determinación: "o lo que la perita entienda que constituye la contraprestación del contratista",** me permito señalar:

"Ley 80 de octubre de 1993 - III. DEL CONTRATO ESTATAL -

Artículo 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES - 4o. Contrato de concesión

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

Como se describe en los numerales anteriores (páginas 37 a 41), para realizar los análisis y evaluaciones financieras relacionadas con el desplazamiento del valor estimado de la INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, incluyendo los Adicionales 6 y 8 no se contó con los flujos de caja mensuales originalmente previstos para el proyecto en el plazo inicial para cada uno de los tramos del alcance físico en que se sectorizó la construcción y/o rehabilitación, tampoco los flujos de caja mensuales conforme a los modificatorios de plazos suscritos entre las partes en la etapa de Pre-construcción y/o Construcción, que frente a los flujos de caja mensuales plazos reales de ejecución, permitieran determinar de manera sustentada y no estimada ó bajo supuestos la posible afectación, como lo requería la petición.

En conclusión, para de manera estimada, medir el efecto en los flujos de caja mensuales esperados del Concesionario, como se expresó en las páginas 26 a 31 y 371 a 41 anteriores, no se cuenta con la información y datos al respecto, sino con valores globales, de tal forma que la determinación requerida no es posible atenderla. En detalle para el valor estimado de la INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, teniendo en cuenta los desplazamientos, conforme las desafectaciones, ampliaciones de plazo, las obras excluidas, incluidas, adicionales y pendientes, implicaría posponer en el tiempo (en el flujo de caja inicial) el aporte de capital al proyecto a cargo del Concesionario, dejando el valor de los ingresos estimados **por el recaudo de los peajes, necesarios para la evaluación financiera encaminada a afirmar que "el desplazamiento en el cronograma de inversiones de los Adicionales 6 y 8 del Contrato de Concesión 005 de 1999 generó una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista."**

Respecto de lo anterior el apoderado de la convocante formuló la siguiente solicitud⁹⁴:

"Solicito se ordene a la perita responder la pregunta No 3 del cuestionario que le fuera formulada por la convocante en la audiencia de su posesión, porque la auxiliar de la justicia se ha excusado en que no contaba con los flujos de caja mensuales originalmente previstos para el proyecto, como tampoco con los flujos de caja mensuales a los modificatorios de plazos, ni con los flujos de caja mensuales plazos reales de ejecución.

(...)

En primer término, a la perita no se le solicitó que respondiera con base en los flujos de caja mensuales, en segundo lugar, no es cierto que para responder el interrogante no tenga los elementos necesarios, porque además de los documentos que ella recaudó en las diligencias de inspección y exhibición obran entre otros los siguientes documentos comunicación fechada 2 de agosto de 2016 del Consorcio INTERCOL, interventor del contrato, contratos adicionales 6 y 8 al contrato No. 005 de 1999. Con base en estos documentos la perita puede responder el interrogante, y por ello solicito se le ordene adicionar su experticia para dar respuesta a esta pregunta.

En la pregunta anterior se demostró cómo la perita puede responder esta pregunta con base en la información disponible. Adicionalmente, la perita puede calcular el valor presente neto de los montos de inversión con base en los cronogramas originales y desplazados de obra utilizando las TIR de los respectivos adicionales y verificar así el impacto del desplazamiento en la rentabilidad del Concesionario. Si la perita calcula el valor presente de ambos flujos con base en la respectiva TIR, podrá verificar el monto a esa fecha en el cual el Concesionario se benefició o se perjudicó como consecuencia del desplazamiento de las obras. Ese monto puede ser llevado a la fecha de hoy utilizando la misma tasa de descuento para calcular el valor **a hoy del posible beneficio o perjuicio."**

A lo anterior la perita contestó⁹⁵:

"Se reitera lo expresado en la respuesta a páginas 37 a 42 del peritaje, con relación a la información tenida en cuenta para realizar los análisis y atender la determinación requerida en esta pregunta y necesarios para la evaluación financiera encaminada a afirmar que "el desplazamiento en el cronograma de inversiones del Contrato 005 de 1999, que incluye los tramos 1 - 6, generó una diferencia favorable en el valor esperado de la retribución del contratista.

Primero, El valor estimado del Adicional 6 y a precios del mercado de diciembre de 1997 por la suma de: once mil ciento sesenta y dos millones setecientos noventa y nueve mil cuatrocientos treinta pesos Colombianos = \$11.162.799.430= corresponde a la INVERSIÓN ADICIONAL DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, la cual esta discriminada de la siguiente manera:

Adicional No. 6 de 28 julio 2005: Obras a ejecutar:

Puente caballar-peatonal Ardobelas, ubicado en el Tramo 1;

Variante del Bolo, ubicada en el Tramo 2;

Intersección a desnivel en Guacari. ubicada en el Tramo 3;

⁹⁴ Cuaderno Principal No. 5 fl. 710

⁹⁵ Páginas 58-63 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Intersección a nivel en Cincuentenario, ubicada en el Tramo 3; Intersección a desnivel en Santa Helena, ubicada en el Tramo 3; Intersección a desnivel La Dolores, ubicada en el Tramo 4;

Intersección a desnivel La Herradura ubicada en la Variante Norte de Palmira, en el Tramo 4; cuyo alcance es el definido por los diseños del Contrato Adicional No. 3;

Variante la Acequia, en calzada sencilla con intersecciones de entrada y salida a nivel, ubicada en el Tramo 6.

Valor adicional de la Inversión del Concesionario en el Proyecto según Adicional 6 de \$ 11.162,8 Millones de pesos a precios del mercado de diciembre de 1997. 11.162.799.430

Con relación a: Cronograma de inversiones y cronograma de obras a ejecutar, obras ejecutadas y labores pendientes en cada etapa y en desarrollo del Adicional 8 y a precios del mercado de diciembre de 1997, del documento No.CISP-OP-0431-319-2016 de fecha 2 de agosto de 2016, página 15 de 41 de la Interventoría y que se adjunta a este informe, para los costos estimados de cada uno de los tramos del alcance físico en que se sectorizó la construcción, lo siguiente: **"Los cálculos se hicieron suponiendo que las inversiones se efectuaron de manera lineal en el tiempo, pues no se tienen cronogramas de ejecución de obra ni de inversión."**

Lo anterior significa que el valor del adicional se encuentra estimado de manera igual (lineal en mensualidades) para los costos de cada una de las obras, como producto de la operación aritmética de "división" del valor total de la inversión (en el caso de construcción) entre los meses del plazo, como se ilustra la operación aritmética siguiente:

Tramo 1 - Puente Caballar Arboledas

Fecha inicial 28-jul-2005

Fecha final 31-dic-2006

Plazo 17,37 Meses

Valor Inversión en \$dic.1997 por 214.038.138, dividida en valores iguales para 17,37 partes =12.324.653.

Tramo 2 - Variante el bolo

Fecha inicial 28-jul-2005

Fecha final 27-ene-2007

Plazo 18,00 Meses

Valor Inversión en \$dic.1997 por 3.590.846.112, dividida en valores iguales para 18,27 partes =196.579.167.

Tramo 3 - Intersección Cincuentenario

Fecha inicial 28-jul-2005

Fecha final 21-dic-2006

Plazo 17 Meses

Valor Inversión en \$dic.1997 por 2.680.885.888, dividida en valores iguales para 6,13 partes =437.100.960.

Tramo 3 - Intersección Sta. Helena

Fecha inicial 13-dic-2007

Fecha final 12-jun-2008

Plazo 6,07 Meses

Valor Inversión en \$dic.1997 por 2.172.463.753, dividida en valores iguales para 6,07 partes =358.098.421..

Tramo 3 - Guacari

Fecha inicial 11-ago-2006

Fecha final 11-feb-2007

Plazo 6,13 Meses

Valor Inversión en \$dic.1997 por 2.680.885.888, dividida en valores iguales para 6,13 partes =437.100.960.

Tramo 4 - Intersección La Herradura

Fecha inicial 28-jul-2005

Fecha final 31-dic-2006

Plazo 17,37 Meses

Valor Inversión en \$dic.1997 por 1.169.857.758, dividida en valores iguales para 17,37 partes =67.362.251.

Tramo 4 - Intersección La Dolores

Fecha inicial 28-jul-2005

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Fecha final 31-mar-2006

Plazo 8,20 Meses

Valor Inversión en \$dic.1997 por 108.2012.000, dividida en valores iguales para 8,2 partes =13.195.268.

Tramo 6 - Variante Acequia

Fecha inicial 28-jul-2005

Fecha final 30-jun-2007

Plazo 23,40 Meses

Valor Inversión en \$dic.1997 por 854.899.260, dividida en valores iguales para 23,4 partes =36.534.156.

Como se observa para los tramos 1,2,3,4 y 6 anteriores no se conoce la distribución de la inversión en cada uno de los meses conforme a los cronogramas de obras a ejecutar en el plazo por parte del Concesionario, que de manera proyectada podría servir para comparar con la ejecución real en cada uno de los meses de ejecución del proyecto y reconocida en los libros de contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, como se mencionó en la respuesta y que recogerían los importes teniendo en cuenta los desplazamientos; Todo lo anterior necesario para adelantar los análisis desde el punto de vista financiero, requeridos, despejando una respuesta para el desplazamiento posiblemente presentado con bases hipotéticas, ofreciendo certeza de lo que ocurrió por las obras ejecutadas.

La obra programada y la ejecutada no pueden ser iguales a lo largo de los meses en virtud de lo contratado; **por ejemplo para la construcción de la intersección La Herradura, "localizada en el K0+800 de la Variante Norte de Palmira.** Con la Intersección se buscó mantener la comunicación entre la vía principal y la secundaria que de Palmira conduce al Corregimiento de la Herradura, manteniendo a nivel el callejón existente de paso directo. Así mismo, la comunidad colindante solicitó dar solución al embotellamiento que se presentaría por la construcción de la Intersección, mediante la adecuación de unos retornos, no previstos **dentro de las obras del Contrato de Concesión.;" en 17,37 meses del plazo.**

Como se observa para los tramos 1,2,3,4,5 y 6 anteriores no se conoce la distribución de la inversión en cada uno de los meses conforme a los cronogramas de obras a ejecutar en el plazo por parte del Concesionario, que de manera proyectada podría servir para comparar con la ejecución real en cada uno de los meses de ejecución del proyecto y reconocida en los libros de contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, como se mencionó en la respuesta y que recogerían los importes teniendo en cuenta los desplazamientos; Todo lo anterior necesario para adelantar los análisis desde el punto de vista financiero, requeridos, despejando una respuesta para el desplazamiento con bases hipotéticas, ofreciendo certeza de lo que ocurrió por las obras ejecutadas.

Lo cual tiene efectos en el valor del dinero en función del tiempo; para este caso los cálculos requeridos tendrían como base las inversiones ya fueran programadas ó ejecutadas y su expresión en dinero con capacidad de devengar intereses durante un periodo de tiempo determinado, a efectos de realizar las comparaciones y ofrecer la respuesta requerida.

Con relación a la inversión realizada por la ejecución del proyecto y reconocida en los libros de contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, se observa que se encuentra reportada sin registrar a qué sector, variante o intersección ó modificadorio al cual pertenece.

Segundo: El valor estimado del Adicional 8 y a precios del mercado de diciembre de 1997 por la suma de: cuatro mil quinientos setenta y siete millones cuatrocientos noventa y nueve mil trescientos trece pesos Colombianos = \$4,577 499.313=, corresponde a la INVERSIÓN ADICIONAL DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, la cual esta discriminada de la siguiente manera:

Adicional No. 8 de 14 diciembre 2005: Obra a ejecutar:

Intersección a desnivel en la entrada a la variante Santander de Quilichao, ubicada en el Tramo 1; cuyo alcance es el definido por los diseños del Contrato Adicional No. 5

Valor Adicional de la Inversión del Concesionario en el Proyecto según Adicional No. 8 de \$4.577	\$
Millones de pesos a precios del mercado de diciembre de 1997	4.577 499.313

Con relación a: Cronograma de inversiones y cronograma de obras a ejecutar, obras ejecutadas y labores pendientes en cada etapa y en desarrollo del Adicional 8 y a precios del mercado de diciembre de 1997, del documento No.CISP-OP-0431-319-2016 de fecha 2 de agosto de 2016, página 18 de 41 de la Interventoría y que se adjunta a este informe, para los costos estimados de cada uno de los tramos del alcance físico **en que se sectorizó la construcción, lo siguiente: "Los cálculos se hicieron suponiendo que las inversiones se efectuaron de manera lineal en el tiempo, pues no se tienen cronogramas de ejecución de obra ni de inversión."**

Lo anterior significa que el valor del adicional se encuentra estimado de manera igual (lineal en mensualidades) para la obra a ejecutar, como producto de la operación aritmética de "división" del valor total de la inversión (en el caso de construcción) entre los meses del plazo, como se ilustra la operación aritmética siguiente:

Tramo1 - Intersección a desnivel en la entrada a la variante Santander de Quilichao:

Fecha inicial 01-ene-2006

Fecha final 30-abr-2006

Plazo 16,00 Meses

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Valor Inversión en \$dic.1997 por 4 577 499 313, dividida en valores iguales, para 16 mensualidades =286.093707

Como se observó anteriormente, no se conoce la distribución de la inversión en cada uno de los meses conforme a los cronogramas de obras a ejecutar en el plazo por parte del Concesionario, que de manera proyectada podría servir para comparar con la ejecución real en cada uno de los meses de ejecución del proyecto y reconocida en los libros de contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, como se mencionó en la respuesta y que recogerían los importes teniendo en cuenta los desplazamientos; Todo lo anterior necesario para adelantar los análisis desde el punto de vista financiero, sin contar con cronogramas de ejecución de obra ni de inversión para el plazo inicial, necesarios para despejar una respuesta para el desplazamiento con bases hipotéticas, ofreciendo certeza de lo que ocurrió por las obras ejecutadas.

La obra programada y la ejecutada no pueden ser iguales a lo largo de los meses en virtud de lo que se observa contratado; para la Intersección a desnivel en la entrada a la Variante Santander de Quilichao, ubicada en el Tramo 1 por valor de \$ 4.577 499.313, incluye el costo de la construcción, operación mantenimiento y demás costos financieros asociados a la ejecución

Como se observa para el tramo 1 anterior no se conoce la distribución de la inversión en cada uno de los meses conforme a los cronogramas de obras a ejecutar en el plazo por parte del Concesionario, que de manera proyectada podría servir para comparar con la ejecución real en cada uno de los meses de ejecución del proyecto y reconocida en los libros de contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, como se mencionó en la respuesta y que recogerían los importes teniendo en cuenta los desplazamientos; Todo lo anterior necesario para adelantar los análisis desde el punto de vista financiero, requiriendo, despejando una respuesta para el desplazamiento con bases hipotéticas, ofreciendo certeza de lo que ocurrió por las obras ejecutadas.

Lo cual tiene efectos en el valor del dinero en función del tiempo; para este caso los cálculos requeridos tendrían como base las inversiones ya fueran programadas o ejecutadas y su expresión en dinero con capacidad de devengar intereses durante un período de tiempo determinado, a efectos de realizar las comparaciones y ofrecer la respuesta requerida.

Con relación a la inversión realizada por la ejecución del proyecto y reconocida en los libros de contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, se observa que se encuentra reportada sin registrar a qué sector, variante o intersección o **modificadorio al cual pertenece.**"

En la audiencia de contradicción, el apoderado interrogó a la perita respecto a su dicho en esta pregunta, la perita en contestó⁹⁶:

"DR. BEJARANO: Vamos a la respuesta No. 5 por favor. Dice usted al responder lo siguiente: "La obra programada y ejecutada no pueden ser iguales a lo largo de los meses en virtud de lo contratado." ¿Cuál es la razón técnica, financiera o lógica que soporta esa afirmación tan categórica, qué cláusula del contrato, si usted vio alguna, impediría que la inversión sea igual a lo largo de los meses?

SRA. CEPEDA: Doctor, en ingeniería financiera los datos de entrada tienen que tener una fuente seria, razonada, sustentada y evidenciable, cuando hablamos del valor del otrosí 2 dice que la inversión que se compromete a efectuar el Concesionario es de 13.172 millones entre obras... diseños, gestión predial y gestión ambiental, cuando su pregunta viene a mí, la pregunta No. 5 dice determinar... (Interpelada)

DR. BEJARANO: Perdón señora Presidenta, yo le ruego que le instruyan a la Perita para que responda lo que yo le estoy preguntando, yo sé que ella está a la defensiva y tiene por qué estarlo, pero yo le estoy preguntando una cosa muy categórica, cuál es la razón técnica, financiera o lógica que soporta esa afirmación que yo le acabo de leer que ella hizo, qué cláusula del contrato impediría que la inversión fuese igual a lo largo de los meses, yo le ruego que me responda eso.

SRA. CEPEDA: Ninguna cláusula, no la vi, lo hice desde el punto de vista financiero y de ingeniería, yo no sé de ingeniería pero ninguna obra que he visto en Colombia se ejecuta por valores iguales pero respeto lo que usted dice, no, en el contrato no dice eso que usted me dice que se puede hacer... y desde el punto de vista de ingeniería yo no encontré un flujo de caja de desagregación de esa obra que me permitiera sacar el valor del dinero a través del tiempo y lo que usted dice es cierto, en ninguna parte del contrato dice que no se puede hacer así, no lo dice.

DR. BEJARANO: ¿A usted le fue suministrada por la ANI, por el interventor por el Concesionario una distribución de estas inversiones?

SRA. CEPEDA: Sí señor.

DR. BEJARANO: ¿Por favor quiere ser más amplia en su respuesta ahora sí?

SRA. CEPEDA: La distribución la mencioné a lo largo del aclaratorio para cada una de las páginas y la distribución cuál fue, toman el importe no de la inversión total del Concesionario sino el importe que figura por ejemplo para el contrato básico el importe que figura para mejoramiento, rehabilitación y construcción tramos 1, 2 y 3 los... entre los kilómetros y lo dividen entre los meses programados y yo lo describí uno a uno en las aclaraciones al dictamen pericial e informé que el interventor decía que era una distribución lineal porque era un contrato que no tenía cronogramas de obra, está escrito.

DR. BEJARANO: ¿Quién le entregó eso?

SRA. CEPEDA: Me entregó el gerente técnico de la ANI.

DR. BEJARANO: ¿Usted, de acuerdo con esa información, pudo haber distribuido la inversión de manera igual entre los meses o pudo haberla distribuido de otra manera que le pareciera razonable, ya fuera la distribución que hizo la ANI o cualquiera otra?

SRA. CEPEDA: Doctor, no me parecía ninguna razonable ni que yo después de 17 años de concesión fuera capaz de hacer una distribución, es más, por un momento dije me provoca contratar unos ingenieros pero es que quién hace una extensión de una obra ejecutada o a ejecutar si no... los ingenieros de la ANI, yo no pensé en hacer una distribución razonable porque creí que ese no era mi campo, entonces no la hice,

⁹⁶Fls. 504-508 del Cuaderno de Pruebas No. 21

yo quería respetar la distribución real para que si se mostraba algún desfase a favor de la ANI tuviera todo el sustento y no por divisiones que de pronto una de las partes me dijera eso no es así, yo preferí decir no tengo la información para hacer eso que pretendía hacer.

DR. BEJARANO: Pero en eso que usted ha dicho que no es un modelo financiero ¿no estaba una información que estaba suministrada por el Concesionario sobre cómo distribuir la inversión?

SRA. CEPEDA: Sí señor, por eso le digo que estaban valores globales por meses y le pregunté al Concesionario y me dijo no tengo esa información, a mí no me gustan las cosas verbales porque simplemente por escrito me dice es que este es un precio... no tengo esa desagregación, no sé por qué no la tiene, sería preguntarle al Concesionario.

DR. BEJARANO: ¿Pero usted le preguntó?

SRA. CEPEDA: Claro que sí, en la carta le pido por favor mes a mes la inversión programada versus la inversión ejecutada que necesito para hacer mi modelo, y ahí está la respuesta.

DR. BEJARANO: ¿Podría hacer la misma distribución con base en la información para el cronograma original y el desplazado?

SRA. CEPEDA: No Doctor porque es que por ejemplo la firma que contrataron hace ese desplazamiento por ejemplo sector por sector, y yo tengo la información que por ejemplo el sector en ejecución el sector 1 no se ha ejecutado nada, entonces yo quiero hacer mi ejercicio financiero con una fundamentación de ingeniería que alguien me entregue los datos, no que yo los haga porque no me atrevo a eso.

DR. BEJARANO: Pero se trataba de sectores ejecutados.

SRA. CEPEDA: Sí señor pero es que en el tramo 13 los sectores ejecutados la ejecución no está por sectores en la contabilidad como yo hubiera querido hacer para hacer mi ejercicio, no está, está en general.

DR. BEJARANO: ¿Y no pudo haber... la obra en el tiempo de la misma manera para el cronograma original y el desplazado?

SRA. CEPEDA: No señor, esa fue mi queja, que yo no tenía la información que representara la ejecución programada conforme a lo que se contrató y la ejecución ejecutada conforme a lo que se ejecutó no lo tenía.

DR. BEJARANO: ¿Entonces usted por qué no respondió cuando se le preguntó sobre este tema específicamente o porque no tenía la información o porque usted consideró que la información que tenía no era la pertinente?

SRA. CEPEDA: Doctor, yo partí de que la información que me entregaron las partes eran la pertinente, que sirva o no sirva para el menester que yo la necesitaba lo informé, es eso.

DR. BEJARANO: Usted ha dicho que el adicional 13 en su criterio no se hizo con un modelo financiero.

SRA. CEPEDA: Correcto.

DR. BEJARANO: Le pregunto, en todo caso eso que yo denomino que es un modelo financiero ¿incluía un cronograma de inversión con fechas y montos?

SRA. CEPEDA: Incluía un cronograma de inversión con fechas que pude incluir de las actas suscritas en modificatorios suscritos entre las partes.

DR. BEJARANO: ¿Y montos?

SRA. CEPEDA: Montos no... la interventoría me facilitó unos prorrateos pero esos montos no tuve una desagregación por obras para esos montos.

DR. BEJARANO: Pero sí estaban los montos.

SRA. CEPEDA: Estaba un monto global.

DR. BEJARANO: Por mes, monto mes a mes.

SRA. CEPEDA: Estaba un monto mes a mes sí señor, pero como inversión global más no como inversión de obra.

DR. BEJARANO: Pero estaban unos montos mensuales.

SRA. CEPEDA: Sí, con la salvedad que hace el interventor aquí en cada una de esas apreciaciones de montos mensuales que leí yo aquí cuando dice que no se conoce propuesta original presentada por el Concesionario, **como es el adicional 13 le voy a leer lo que dice para el adicional 13 para ser más puntual: "Los cálculos se presenta suponiendo que las inversiones se efectuaron de manera lineal en el tiempo pues no se tienen cronogramas de ejecución de obra ni de inversión", esto para el adicional 13, también lo dice el interventor.**

DR. BEJARANO: ¿Puede medir el impacto generado por el desplazamiento sustituyendo las fechas de las inversiones en el modelo o las fechas reales que usted conoció que le fueron suministradas y calculando la diferencia en la TIR bajo los dos escenarios?

SRA. CEPEDA: ¿Cuáles dos escenarios?

DR. BEJARANO: Pues los dos escenarios que le estoy hablando, el del cronograma original y el cronograma desplazado.

SRA. CEPEDA: Con todo gusto podría.

(...)

SRA. CEPEDA: Yo le respondería al doctor Ramiro, que sí es viable hacer esa estimación pero no con la certeza de que se erogó en ese mes y que el valor financiero del costo del dinero fuera de verdad sobre bases ciertas o con certeza, eso sí se podría adelantar.

DR. BEJARANO: ¿Diga si puede calcular con base en el documento que yo sigo insistiendo era el modelo financiero del contrato adicional No.13, el momento en el cual el Concesionario alcanzaría la TIR considerada en el adicional 13, bajo el supuesto de reemplazar los cronogramas originales de inversión incluidos en el modelo por los reales?

SRA. CEPEDA: Sí señor, sería posible haciendo la salvedad que no corresponde a una... de ejecución de obra.

DR. BEJARANO: En consecuencia. ¿Diga si al hacer este cálculo y de una vez determine el momento en el cual se alcanza esta TIR puede traer a valor presente a la fecha de firma del adicional 13 los ingresos acumulados en valores constantes para determinar el valor esperado hasta ese momento?

SRA. CEPEDA: Sí señor, también sería factible.

DR. BEJARANO: ¿Diga si puede comparar este valor esperado con el valor esperado previsto, pactado en el adicional 13?

SRA. CEPEDA: Sí señor, también sería posible.

DR. BEJARANO: ¿Diga si esta diferencia beneficia al Concesionario, teniendo en cuenta que el ingreso esperado pactado fue superior al que se habría requerido si el cálculo se hubiera hecho con base en el cronograma desplazado?

SRA. CEPEDA: Sería posible definir que corresponde a un beneficio para la UT pero haciendo la salvedad que las obras estampadas allí no corresponden a una certeza sino precisamente a lo que usted acaba decir de unos valores mensuales programados.

DR. BEJARANO: Ya creo que usted lo respondió pero le vuelvo a preguntar desde otro punto de vista. Si pudo haber revisado el modelo presentando por el Concesionario para la suscripción del adicional 13 y si en este modelo existía una distribución en el tiempo, en las inversiones.

SRA. CEPEDA: Sí señor, tuve la posibilidad de rehacer ese ejercicio, flujo de caja mensual proyectado y ver cómo las inversiones desde el tiempo estaban en valores globales mensuales y no solo lo hice con valores globales sino que también se podría ver cuánto estaba en infraestructura y cuánto en construcción y pude ver que ese modelo permitió definir el plazo del contrato hasta el mes, entre el 632 y el 633 en marzo de 1959 y pude también establecer que la tasa interna de retorno para un valor presente neto de cero que allí se mencionaba en la carta de la oferta, era esa que se obtenía, sí señor, lo pude verificar.

DR. BEJARANO: Entonces la pregunta hoy ya es, si pudo haber hecho todo lo que ahora nos dice que sí lo podría hacer, la pregunta es, ¿por qué no lo hizo?

SRA. CEPEDA: Porque usted no me lo preguntó, lo que yo entendí de las preguntas era que con base en la contabilidad y en los cronogramas de obra y cuando yo voy a los cronogramas de obra, es decir, pensemos que hubieran sido las mensualidades que usted dice, pensemos, pero cuando voy al otro extremo que es la contabilidad, la contabilidad no está llevada de acuerdo a los modificatorios entonces no podía hacer la comparación.”

Por otro lado, la apoderada de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, manifestó lo siguiente⁹⁷:

“La pregunta no fue contestada, la perita transcribe cláusulas del contrato y sus modificatorios, no se pronuncia sobre el análisis de todas las fuentes documentales que se describen en la pregunta, es decir los informes de ejecución, los libros de contabilidad o sus anexos, etc. La experta no alude a la consulta de la contabilidad y menos aún al comportamiento de las inversiones objeto de la experticia.

En el punto 1 al referirse a las inversiones del Contrato Adicional No. 6 la perita transcribe cláusulas de este modificatorio y concluye:

De acuerdo con el texto citado anteriormente el incremento en el valor estimado del Adicional 6 por concepto de INGRESO ESPERADO POR EL CONCESIONARIO (forma de pago), por efecto de este contrato adicional es de: Treinta y seis mil ochocientos treinta y siete millones doscientos treinta y ocho mil ciento dieciocho pesos =~~\$36.837'238'118=~~ a precios del mercado de diciembre de 1997; no se encontró discriminación para cada uno de los tramos: en cada uno de los meses de las etapas de: Pre-Construcción, Construcción y de Operación y Mantenimiento. (pág. 38)

En el punto 2 se limita transcribir apartes del Contrato Adicional No. 8, que se refieren al valor estimado de dicho adicional y concluye:

De acuerdo con el texto citado anteriormente - Adicional 8 el concepto de INGRESO ESPERADO POR EL CONCESIONARIO (forma de pago). por efecto de este contrato adiciona es de: Quince mil treinta y nueve millones setecientos cuarenta y siete mil setecientos treinta y tres pesos =~~\$15.039.747.733=~~ a precios del mercado de diciembre de 1997; no se encontró discriminación para cada uno de los tramos, en cada uno de los meses de las etapas de: Pre-construcción, Construcción y de Operación y Mantenimiento.

En el punto 3 con relación a “Libros de contabilidad o anexos existentes en las oficinas de la UT”, dijo la perita:

UT: En la contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, entre enero de 2005 a junio de 2016, se encontró que los registros contables por concepto del ingreso recibido de las estaciones de peaje, no se reporta en cuentas contables separadas por estaciones y tampoco asociados a cada tramo, sector variante ó intersección e individualizada en centros de costos para cada documento de modificación (conforme las desafectaciones, compensaciones de construcciones, ampliaciones de plazo, las obras excluidas, incluidas, adicionales pendientes y acuerdos entre las partes) con los importes derivados de los ingresos, costos y gastos reportados . Pág. 40)

Es evidente que apenas se limita a decir que no existen registros discriminados de las estaciones de peaje, que no hay cuentas contables separadas por estaciones o tramos y se abstiene de dar la respuesta al interrogante formulado por la entidad.

En el punto 4 en relación con los cronogramas de inversiones y de obras a ejecutar, obras ejecutadas y labores pendientes en cada etapa y en desarrollo del Adicional 6 del Contrato de Concesión 005 de 1999, la experta de nuevo transcribe el informe de interventoría del 2 de agosto de 2016. No se hace un análisis de este informe ni se verifica su información con lo que está registrado en la contabilidad de la UT, no se verifican los flujos de caja mediante análisis del giro de recursos de la Fiduciaria.

Queda claro entonces que no se contesta la pregunta. La experta no puede limitarse a referir fragmentos del informe de otro profesional, tiene el deber de revisar la contabilidad del contrato y contestar las preguntas formuladas.

En el punto 5 sobre Cronogramas de inversiones y cronograma de obras a ejecutar, obras ejecutadas, labores pendientes en cada etapa y en desarrollo del Adicional 8 del Contrato de Concesión 005 de 1999.

⁹⁷ FI. 738 del Cuaderno Principal No. 5

La perita se limita igualmente a referir fragmentos del Informe de Interventoría del 2 de agosto de 2016, no realizó el análisis de los documentos contables, ni contestó la pregunta.

En el punto 6 de la experticia que se refiere al valor esperado de la retribución del contratista, la perita simplemente transcribe el artículo 32, numeral 4 de la ley 80 de 1993 y afirma:

Como se describe en los numerales anteriores (páginas 37 a 41), para realizar los análisis y evaluaciones financieras relacionadas con el desplazamiento del valor estimado de la INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, incluyendo los Adicionales 6 y 8 no se contó con los flujos de caja mensuales originalmente previstos para el proyecto en el plazo inicial para cada uno de los tramos del alcance físico en que se sectorizó la construcción y/o rehabilitación, tampoco los flujos de caja mensuales conforme a los modificatorios de plazos suscritos entre las partes en la etapa de Pre-construcción y/o Construcción, que frente a los flujos de caja mensuales plazos reales de ejecución, permitieran determinar de manera sustentada y no estimada ó bajo supuestos la posible afectación, como lo requería la petición.

En conclusión, para de manera estimada, medir el efecto en los flujos de caja mensuales esperados del Concesionario, como se expresó en las páginas 26 a 31 y 37 a 41 anteriores, no se cuenta con la información y datos al respecto, sino con valores globales, de tal forma que la determinación requerida no es posible atenderla. En detalle para el valor estimado de la INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, teniendo en cuenta los desplazamientos, conforme las desafectaciones, ampliaciones de plazo, las obras excluidas incluidas, adicionales y pendientes, implicaría posponer en el tiempo (en el flujo de caja inicial) el aporte de capital al proyecto a cargo del Concesionario: dejando el valor de los Ingresos estimados **por el recaudo de los peajes, necesarios para la evaluación financiera encaminada a afirmar que “el desplazamiento en el cronograma de inversiones de los Adicionales 6 y 8 del Contrato de Concesión 005 de 1999 generó una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista”**

En síntesis, con fundamento en que no contaba con la información detallada **“sino con valores globales”** se abstuvo de contestar el interrogante 3 planteado por la entidad convocante.

Si bien planteó unas afirmaciones para establecer el comportamiento de los ingresos en consideración al desplazamiento, afirmó que esto **“implicaría posponer en el tiempo (en el flujo de caja inicial) el aporte de capital al proyecto aporte del Concesionario, dejando el valor de los ingresos estimados por el recaudo de los peajes,”** aseveraciones que resultan confusas e incompletas.

Conclusión

Se advierte así que la respuesta no fue contestada, no se consultó la contabilidad para verificar si el desplazamiento en el cronograma de inversiones de los adicionales 6 y 8 le significaron al contratista una diferencia favorable, no se refiere la experta a los documentos contables que analizó para verificar el comportamiento efectivo de las inversiones. Y tampoco alude a la existencia o inexistencia de registro contable indicativo de que hubo inversiones en cumplimiento de los adicionales 6 y 8.

La pregunta no estaba dirigida a que la experta transcribiera los Adicionales 6 y 8 pues son documentos claramente conocidos por todas las partes del proceso; por tanto es evidente que la experta no contestó esta pregunta.

Petición de adición del dictamen

Se solicita respetuosamente a la experta que conteste la pregunta 3 a cuyo efecto pedimos que relacione los documentos físicos e informáticos que revisó y el método de valoración utilizado. Es importante además **que la perita informe sobre los requerimientos que realizó para obtener la documentación completa.”**

A lo que la perita contestó⁹⁸:

“Se reitera en especial lo expresado en la respuesta en el dictamen pericial

Página 38: con relación al valor estimado del Adicional 6 - INGRESO ESPERADO POR EL CONCESIONARIO (forma de pago): “[...] no se encontró discriminación para cada uno de los tramos, en cada uno de los meses de las etapas de: Pre-construcción, Construcción y de Operación y Mantenimiento.”

Página 40: “[...] se encontró que los registros contables por concepto del ingreso recibido de las estaciones de peaje, no se reporta en cuentas contables separadas por estaciones y tampoco asociados a cada tramo, sector variante ó intersección e individualizada en centros de costos para cada documento de modificación [...] con los importes derivados de los ingresos, costos y gastos reportados.

De acuerdo con lo explicado en la respuesta del dictamen no se podía atender el requerimiento y como se manifestó en la página 42 del dictamen.

Con relación a los documentos base de los análisis para responder el dictamen con el alcance dado por las preguntas aprobadas y examen de los registros contables cuando la pregunta lo señalaba, como producto de las indagaciones en la Sociedad Concesionaria, en la Entidad Fiduciaria y en la Agencia Nacional de Infraestructura “ANI”, como se informó y se soportó en los anexos del dictamen pericial, se complementa la respuesta incluyendo relación de archivos magnéticos recibidos, en el Apéndice de estas aclaraciones y complementaciones.”

Pregunta 4:

“Determinará si, teniendo en cuenta los libros de contabilidad o anexos existentes en las oficinas de la UT, informes de ejecución y avance de obra de la interventoría y demás documentos que lleguen a obrar en el proceso, el desplazamiento en el cronograma de inversiones del Adicional 13 del Contrato de Concesión 005 de 1999 generó una diferencia favorable en el valor esperado de retribución⁹⁹ del contratista”

En el dictamen del 26 de septiembre de 2016 la perita respondió¹⁰⁰:

En los numerales siguientes se describe la información tenida en cuenta para realizar los análisis y atender la determinación requerida en esta pregunta: **“el desplazamiento en el cronograma de inversiones del Adicional 13 del Contrato de Concesión 005 de 1999”:**

⁹⁸ Página 21 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

⁹⁹ En los ingresos (esperado y efectivo del contratista, o lo que la perita entienda que constituye la retribución del contratista.

¹⁰⁰ Página 43-71 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

- 1] Con relación a la Inversiones del Adicional 13 de fecha 13 de agosto de 2006, al Contrato de Concesión No. 005 de 1999, se extracta lo siguiente:

"CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO ADICIONAL No. 13: El CONCESIONARIO se compromete para con EL INCO a ejecutar, por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, las obras de construcción, la operación y el mantenimiento, la prestación de servicios y el uso de los bienes de propiedad del INCO y/o INVIAS, correspondientes a la segunda calzada, del Tramo Mediacanoa - Loboguerrero bajo el control y vigilancia del INCO, el cual se incorpora al alcance físico del Contrato de Concesión No. 005 de 1999 determinado en las Especificaciones Técnicas de Construcción, de Rehabilitación y Mejoramiento, correspondientes al ANEXO No. 1 que forma parte integrante de dicho contrato, así como al señalado en sus documentos adicionales y modificatorios.

PARÁGRAFO PRIMERO: El CONCESIONARIO se compromete para con EL INCO prestar los siguientes servicios sobre la calzada existente del Tramo Mediacanoa - Loboguerrero: Operación y seguimiento del tránsito, Control de peso de vehículos de carga, Vigilancia de las instalaciones, Primeras auxilios a vehículos, primeros auxilios a personas, Atención y traslado de víctimas de accidentes, Remoción de vehículos averiados. Lo anterior a partir de la suscripción del acta de inicio de la etapa de operación de la segunda Calzada. En el evento de ocurrir la cesión de los derechos de recaudo del peaje de Loboguerrero al Concesionario, éste será el responsable de la operación de los puestos de cobro este, desde el momento que se haga entrega del mismo por parte del INCO al Concesionario.

CLÁUSULA SEGUNDA.- ETAPAS DE EJECUCIÓN: La ejecución del objeto del presente Contrato Adicional se realizará en tres etapas: 1) Etapa de Preconstrucción, 2) Etapa de Construcción, y 3) Etapa de Operación y Mantenimiento.

[...]

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA. - VALOR: El valor del presente Contrato Adicional se estima en la suma de doscientos treinta y un mil ochocientos cincuenta y cinco millones noventa y ocho mil trescientos noventa y siete pesos de diciembre de 1997 (\$231.855´098.397), correspondiente a la inversión que ejecutará EL CONCESIONARIO en cumplimiento del objeto señalado en su Cláusula Primera, el cual se discrimina de la siguiente forma:

Items	Valor (\$dic.1997)
Valor de la Construcción	210.190´098.397
Valor de los Diseños	7.756´000.000
Fondeo Fideicomiso Predios	7.727´000.000
Fondeo Fideicomiso Licencias Ambientales	5.152´000.000
Fondeo Fideicomiso Gestión Social	1,030´000.000
Valor Total del Contrato	231.855´098.397

Para efectos fiscales, el valor del presente Contrato Adicional es indeterminado.

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA.- FORMA DE PAGO: Como contraprestación de las actividades objeto del presente Contrato Adicional, EL CONCESIONARIO obtendrá la amortización de sus inversiones con los derechos de recaudo de los Peajes existentes en el Proyecto Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca, incluyendo el peaje de Loboguerrero en el evento de la cesión de los derechos del recaudo de éste. No obstante lo anterior, la remuneración de las actividades objeto del presente Contrato podrán imputarse, además, a aportes anuales del Presupuesto General de la Nación mediante el compromiso de vigencias futuras.

CLAUSULA DECIMA TERCERA. - VALOR DEL INGRESO ESPERADO: Será de Cuatro billones ochocientos ochenta y un mil seiscientos setenta y nueve millones de diciembre de 1997 (\$4.881.679´000.000). Este valor disminuirá, en la medida en que la financiación de las inversiones de EL CONCESIONARIO, objeto de presente Contrato Adicional se efectúe además, con aportes anuales del Presupuesto General de la Nación, mediante el compromiso de vigencias futuras y/o cesión de recaudo de peaje, de la estación de Loboguerrero y/o incremento tarifario de las estaciones de peaje de la malla vial.

PARAGRAFO: El valor del ingreso esperado será determinado como resultado del ejercicio financiero presentado por EL CONCESIONARIO, mediante oficio UTDVVCC 1056 de Julio 6 de 2006, donde se define la Tasa Interna de Retorno, para cada una de las tres alternativas propuestas y/o cualquier **combinación de éstas."**

Otrosi No. 9 de 23 enero 2014 al contrato de concesión No. 005 de 1999:

"Entre los suscritos, de una parte, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, ANI, Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, creada por el Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica adscrita al Ministerio de Transporte, representada en este acto por JAVIER ALBERTO HERNANDEZ LÓPEZ, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.782 28 de Bogotá, en su condición de Vicepresidente Ejecutivo de la Agencia, nombrado mediante Resolución 1003 de 18 de septiembre de 2013 y posesionado según Acta No 435 del 1 de octubre de 2013, quien en adelante se denominará LA AGENCIA o ANI y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, mayor de edad, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 5.199.222 de Pasto, quien actúa en su calidad de Representante Legal de la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, con NIT 830.059.605-1 quien en adelante se denominará EL CONCESIONARIO: se suscribe el presente Otrosi:, previos los siguientes:

CONSIDERANDOS

1. Que mediante Convenio Interadministrativo 424 de 1997, el Instituto Nacional de Vías - INVIAS y el Departamento del Valle del Cauca, aunaron esfuerzos **para desarrollar el Proyecto Vial "Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca", por el sistema de concesión.**

2. Que el 29 de enero de 1999 el Instituto Nacional de Vías - INVIAS y el Concesionario, celebraron el Contrato de Concesión No. 005 de 1.999, cuyo objeto es **"el otorgamiento al Concesionario de una concesión para que realice, por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, las obras de construcción, rehabilitación y mantenimiento, la operación y el mantenimiento, la prestación de servicios y el uso de los bienes de propiedad del INVIAS dados en concesión, para la cabal ejecución del Proyecto Vial denominado MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, bajo el control del INVIAS"**.
3. Que mediante el Decreto Ley 1800 del 26 de junio de 2013, el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en la Ley 790 de 2002, creó el Instituto Nacional de Concesiones - INCO, como un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa y financiera; con el objeto de **"planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario**.
4. Que mediante Resolución 003791 del 23 de septiembre de 2013, el Instituto Nacional de Vías - INVIAS, cedió y subrogó al Instituto Nacional de Concesiones INCO, a título gratuito, el Contrato de Concesión No. 005 de 1999 celebrado con la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca.
5. Que mediante el Decreto No. 4165 de 3 de noviembre de 2011, se modificó la naturaleza jurídica y la denominación del Instituto Nacional de Concesiones - INCO por la de Agencia Nacional de Infraestructura, Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte que tiene por objeto **según lo previsto en el artículo 3º "(...) planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar proyectos de concesiones y otras formas de Asociación Público- Privada - APP, para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados y el desarrollo de proyectos de asociación público privada para otro tipo infraestructura pública cuando así lo determine expresamente el Gobierno Nacional respecto de infraestructuras semejantes a las enunciadas en este artículo, dentro del respeto a las normas que regulan la distribución de funciones y competencias y su asignación"**.
6. Que el Decreto 1745 de 2013 establece en su artículo segundo, la función de representación legal de la Vicepresidencia Ejecutiva, así:

"Ejercer la representación legal y judicial de la Agencia Nacional de Infraestructura y designar apoderados que la representen en los asuntos judiciales y extrajudiciales, para la defensa de los intereses de la misma, en los contratos que le sean asignados por el Presidente de la Agencia con las recomendaciones del Consejo Directivo".
7. Que la Resolución 916 de 2013 **"por medio de la cual se adiciono el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal de la Agencia Nacional de Infraestructura, adoptado por la Resolución 576 del 13 de junio de 2013", estableció en el Artículo Primero, numeral 2, las siguientes funciones atribuidas a la Vicepresidencia Ejecutiva:**

"2. Ejercer la representación legal y judicial de la Agencia Nacional de infraestructura para la defensa de la misma tanto en los asuntos judiciales como los extrajudiciales que se relacionen con los contratos de concesión o de asociación público privada que le sean asignados por la Presidencia de la Agencia con la recomendación del Consejo Directivo, en coordinación con la Vicepresidencia Jurídica Grupo Interno de Defensa Judicial, función que ejercerá actuando en todos los casos en los comités técnicos y conforme a las directrices que al efecto dicte el Presidente de la Agencia y el Comité de Conciliación Judicial de la entidad, dentro del marco de la Ley y preservando el patrimonio público".
8. Que mediante Acta de Junta Directiva No. 114 del 12 de octubre de 2013 se señaló **"En la presente sesión no presencial del Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Infraestructura, según lo expresada por los Consejeros que emitieron sus votos en las plantillas, correspondientes, las cuales forman parte integral de la presente acta, se aprobaron por unanimidad los siguientes temas: (...) 3. Asignación de Contratos de Concesión a la Vicepresidencia Ejecutiva"**.
9. Que mediante memorando interno No. 2013-400-007712-3 del 04 de octubre de 2013, se asignaron a la Vicepresidencia Ejecutiva nueve contratos de concesión, entre ellos el Contrato No. 005 de 1999 **"Malla Vial del Val/e del Cauca y Cauca"**
10. Que dentro del alcance físico del contrato principal, está incluida la construcción y/o rehabilitación y mejoramiento del Tramo 1 **"Popayán - Santander de Quilichao"**, de acuerdo a lo previsto en la Cláusula 6 numeral 6.2. del Contrato de Concesión 005 de 1999.
11. Que el 16 de diciembre de 2004, las partes suscribieron Acta de terminación de la etapa de construcción e inicio de la etapa de operación del Tramo N° 1.
12. Que el 9 de agosto de 2006 se suscribió el Adicional No, **13 al Contrato de Concesión N° 665 de 1.999, mediante el cual "EL CONCESIONARIO se compromete para con el INCO a ejecutar, por**

su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, las obras de construcción, la operación y el mantenimiento, la prestación de servicios y el uso de los bienes propiedad del INCO y/o INV/AS, correspondientes a la segunda calzada, del Tramo Mediacanoa - Loboguerrero bajo el control y vigilancia del INCO, el cual se incorpora al alcance físico del Contrato de Concesión No. 005 de 1999 determinado en las Especificaciones Técnicas de Construcción y de Rehabilitación y Mejoramiento, correspondientes al ANEXO NO. 1 que forma parte integrante de dicho contrato, así como lo señalado en sus documentos adicionales y modificatorios (...)"

13. Que el tramo Mediacanoa-Loboguerrero fue dividido en tres sectores, con el fin de facilitar la **evaluación de los estudios, diseños y estudios ambientales, así: Sector 1 entre los PR"S 64+000 al 81+000, Sector 2 entre los PR"S 81+000 al 96+000, Sector 3 entre los PR"S 96+000 al 111+000.**
14. Que las partes suscribieron acta de inicio de la etapa de construcción de las obras del adicional No.13, el 22 de abril de 2009 cuyo plazo está vigente hasta el 22 de abril de 2014.
15. Que el Concesionario mediante oficio No. UTDVCC-0303-2013 con radicado ANI 2013-409-017147-2 de fecha 7/05/2013 solicita se suscriba una Acta de Suspensión al plazo estipulado en la cláusula sexta en lo que respecta a la etapa de construcción del Sector 1.
16. Que la Agencia mediante oficio con radicado salida No. 2013-305-007414-1 del 21/05/2013 solicita concepto a la Interventoría acerca de la viabilidad de suscribir el documento propuesto por el Concesionario mediante oficio No. UTDVCC-0303-2013 con radicado ANI 2013-409-017147-2 de fecha 7/05/2013.
17. Que la Vicepresidencia de Gestión Contractual mediante memorando No, 2013-305- 003965-3 de fecha 31/05/2013 solicita concepto a la Vicepresidencia de Planeación, Riesgos y Entorno acerca de la viabilidad de suscribir el Acta de Suspensión propuesta por el Concesionario mediante oficio No. UTDVCC-0303-2013 con radicado ANI 2013- 409-01714 -2 de fecha 7/05/2013.
18. Que la interventoría mediante oficio No. CISP-OP-043-291-2013 radicado ANI No. 20134090284032 del 19/07-2013 estima conducente acceder a lo solicitado por la UTDVCC en cuanto a suspender el plazo convenido en el Contrato Adicional No.13 para la construcción del sector 1, del Tramo Mediacanoa-Loboguerrero.
19. Que la Vicepresidencia de Planeación Riesgos y Entorno, en memorando No.2036030084173 del 28/10/2013 considera que el documento propuesto por el Concesionario podría ser conducente, siempre y cuando el mismo no genere de desequilibrios de índole contractual.
20. Que en virtud de que el sector 1 del tramo 7 a la fecha no cuenta con la aprobación de la licencia ambiental, ni predios, se hace necesario ampliar el plazo de la etapa de construcción en el sector mencionado.
21. Que de acuerdo a lo establecido en al CONPES 3760 de 2013 "(...) en concordancia con la normatividad y estipulaciones contractuales, se debe buscar que tramos estratégicos sean desafectados de los contratos vigentes para garantizar y lograr las metas del crecimiento económico planteados con el desarrollo de la infraestructura vial que se espera sea implementada por la cuarta generación de concesiones, las cuales permitirán que el país sea más competitivo **en el marco de los tratados de libre comercio**". (Subrayado fuera de texto.)
22. Que teniendo en cuenta que el Contrato de Concesión 005 de 1999, a la luz de la normatividad vigente, en criterio de la entidad, no puede ser objeto de más adiciones y en consideración a los requerimientos: actuales del servicio público y de la comunidad, los que por naturaleza y más en el largo plazo, son dinámicos, se requirió la estructuración de un nuevo proyecto, por lo que en procura de garantizar la satisfacción de los objetivos de bien común, con eficiencia y oportunidad, en desarrollo de la denominada "**cláusula presunta de progreso**", la Agencia Nacional de Infraestructura inició el proceso de estructuración de una nueva Asociación Público Privada que contempla todos los requerimientos en función de la optimización de la prestación del servicio.
23. Que mediante memorando interno No. 2014-200-000250-3 del 07 de enero de 2014, la Vicepresidencia de Estructuración remitió a la Vicepresidencia Ejecutiva la justificación de la desafectación de los Tramos: Tramo 1 Popayán - Santander de Quilichao y Tramo 7 Loboguerrero-Mediacanoa del Contrato de Concesión No. 005 de 1999 correspondiente a la Concesión Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca, la cual fue radicada por el Estructurador Integral mediante oficio No. 2014-409-000237-2. En dicho memorando el Estructurador señaló lo siguiente:

"El tramo Popayán Santander de Quilichao hace parte del corredor actualmente en etapa de precalificación por la Agencia Nacional de Infraestructura. Con el fin de poder realizar el Proyecto mediante el mecanismo de Asociación Público Privada (APP) y hacerlo financieramente viable se han identificado los siguientes aspectos relevantes para la desafectación de este tramo:

- Operacional: Desde el punto de vista operativo y dado el alcance previsto en la Estructuración, las intervenciones contemplan la construcción de una segunda calzada y el mejoramiento de la vía existente por lo que es necesario desafectar la concesión actual.

(...)

- Ingresos por Peaje: El escenario de convivencia entre la concesión actual y el nuevo concesionario puede generar un nuevo desequilibrio económico para el actual concesionario en la medida que la desviación del tráfico en uno de los sentidos de la actual calzada -que presta el servicio de manera bidireccional-, afectará indudablemente los niveles de recaudo de la concesión actual en las estaciones de peaje (...) A su vez, el manejo operativo del flujo del recaudo de peaje hace inviable que los ingresos sean distribuidas entre concesionarios toda vez que el contrato de concesión contemplo un manejo Fiduciario independiente y no sujeto a terceros como lo puede ser un concesionario existente.

El tramo Mediacanoa-Loboguerrero hace parte del corredor actualmente en etapa de estructuración por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura. Con el fin de poder realizar el Proyecto mediante el mecanismo de Asociación Público Privada (APP) y hacerlo financieramente viable se han identificado los siguientes aspectos relevantes para la desafectación de este tramo:

- Operacional: Desde el punto de vista operativo y dado el alcance previsto en la Estructuración, el cual es el mejoramiento de la vía existente se hace necesario desafectar la concesión actual. Toda vez que para poder realizar las obras de mejoramiento las responsabilidades quedarían diluidas para los concesionarios en caso de un escenario de convivencia tanto para la etapa de construcción como para la etapa operativa. Además, financieramente el mantenimiento es más eficiente cuando se realiza por un solo concesionario debido a que éste puede utilizar economías de escala, lo que trae como consecuencia un ahorro país. A su vez, las garantías exigidas contractualmente para el nuevo concesionario dependerán de la ejecución de un tercero por lo que el alto costo de las mismas hacen inviable la convivencia del **escenario**". (Resaltado y subrayado fuera de texto).
24. Que la desafectación de los tramos 1 y 7 del Contrato de Concesión es indispensable para optimizar las condiciones de uso del corredor existente bajo el criterio de progresividad de la infraestructura nacional.
 25. Que la justificación técnica, relación costo - beneficio y las ventajas de la estructuración del proyecto 4G en los tramos objeto de desafectación, están contenidas en el memorando interno No. 2014-200-000250-3 del 07 de enero de 2014 de la Vicepresidencia de Estructuración.
 26. Que el día 10 de diciembre de 2013, mediante comunicación de radicado ANI No. 2013-500-020328-1, esta entidad presentó al Concesionario propuesta formal de desafectación de los tramos 1 y 7 del Contrato de Concesión.
 27. Que el Concesionario examinó la propuesta presentada por la ANI, manifestando su intención de negociar, en una mesa de trabajo los aspectos económicos, jurídicos y técnicos derivados de la desafectación.
 28. Que las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, pueden introducir modificaciones en los acuerdos que celebren, con el propósito de modificar las condiciones de ejecución, siempre y cuando, las mismas redunden en la optimización de la prestación del servicio público.
 29. Que las partes sostienen una diferencia contractual respecto del modelo financiero que soporta el Adicional No. 13 de 2006. sobre la cual, la ANI ha iniciado los trámites para su resolución a través de un Tribunal de Arbitramento en los términos previstos en la Cláusula 62 del Contrato de Concesión.
 30. Que la ANI suscribió el 08 de noviembre de 2013, Convenio Marco No. C-013 con la Sociedad Colombiana de Ingenieros, cuyo objeto consiste en **"aunar esfuerzos para la cooperación técnica** en cualquier de los procesos relacionados con las etapas precontractual, contractual y post contractual de los Contratos de Concesión que tiene a su cargo la Agencia en sus distintos modos, por ser actividades de interés Público.
 31. Que las partes sostienen una diferencia contractual con respecto al balance de obras de los tramos básicos 1 al 6 del Contrato 005 de 1999, en lo relacionado con mayores cantidades de obra, puentes peatonales, andenes y paraderos a construir; sobre lo cual cualquiera de las contractuales podrá iniciar los trámites para su resolución a través de los términos previstos en: la Cláusula Sexta del presente otrosí.
 32. Que el Adicional No. 13 del 9 de agosto de 2006 en el Anexo 1 establece las especificaciones técnicas de diseño y construcción en su capítulo 3 - alcance físico, conforme a lo siguiente:

"31. ALCANCE FISICO TRAMO LOBOGUERRERO - MEDIACANOA – BUGA

Localizado en el departamento del Valle del Cauca con una longitud aproximada de 47.6 km sobre la ruta 40, para la segunda calzada. Tiene su punto de inicio aproximadamente en el PR 63 y su punto final en el PR 111 antes de la actual Glorieta de Mediacanoa.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

A continuación se muestra el esquema descriptivo, el cuadro resumen de obras y el esquema que muestra el derecho de vía y sección transversal típico del tramo.

DESARROLLO DE LA MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA

OBRAS A EJECUTAR

TRAMO No. 7 – LOBOGUERRERO – MEDIACANOA – BUGA

INFORMACIÓN BÁSICA

LONGITUD DEL TRAMO	47.6 Km
VELOCIDAD DEL DISEÑO	60 kph
TIPO DE TERRENO	MONTAÑOSO Y ESCARPADO
ANCHO DE CALZADA	VER ESQUEMAS SECCIONES TÍPICAS
ANCHO BERMAS	VER ESQUEMAS SECCIONES TÍPICAS
ANCHO DE CORONA	VER ESQUEMAS SECCIONES TÍPICAS

TRAMO	SECTOR	OBRAS A EJECUTAR
LOBOGUERRERO- MEDIACANOA-BUGA	Loboguerrero- Mediacanóa	Construcción de segunda nueva calzada Construcción de puente sobre el río Dagua Construcción de puente sobre la quebrada Trapiche Intersección a desnivel Mediacanóa Occidental Intersección a desnivel Darién 1 Intersección a desnivel Darién 2 Intersección a desnivel Restrepo Intersección a desnivel Loboguerrero Obras generales del tramo Área de Servicio Construcción de 9 retornos dobles Construcción de 1 paso inferior en doble calzada

NOTAS:

- Se debe incluir iluminación en peajes y áreas de servicio.
- Los servidores, pasos de agua, pasos de maquinaria agrícola, pasos de semovientes, tuberías, ductos, etc. existentes serán respetados

RETORNOS Se contempla la construcción de 9 retornos dobles, separados entre 2,5 y 3,5 kilómetros.

ESTACIÓN DE PEAJE (Condicionado a la cesión de recaudo por parte del INCO al concesionario) Se contempla la construcción de una nueva estación de peaje para cobro en los dos sentidos, la cual podrá ser desplazada hasta en una longitud de 500 m, con respecto a la ubicación del peaje actual, caso en el cual, el peaje actual deberá ser demolido y el sector conformado una vez entre en operación la nueva estación de peaje.

ESTACIÓN DE PESAJE Se contempla la construcción de dos estaciones de pesaje para el control de carga una sobre la calzada actual y otra sobre la segunda calzada proyectada.

ÁREA DE SERVICIO Se contempla la construcción de un área de servicio la cual conserva las mismas características de las establecidas para los tramos 1 al 6 del proyecto Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca.

PASOS INFERIORES Se contempla la construcción de un paso inferior bajo la calzada nueva y la existente, de sección 3.5 m X 4,5 m, en sector a definir en la etapa de preconstrucción del proyecto.

TRAMO 7 -LOBOGUERRERO - MEDIACANOA
SECCION TÍPICA -ZONA DE VÍA = 30 MT

El proyecto contempla la construcción de la segunda calzada, de sección transversal 10.80 m, para una velocidad de diseño de 60 km/h, con 9 retornos localizados de tal manera que atiendan las necesidades de comunicación y las siguientes obras:

PUENTES

1. Sobre el río Dagua
2. Sobre la Quebrada Trapiche

INTERSECCIONES A DESNIVEL

1. Mediacanóa Occidental
2. Darién 1
3. Darién 2
4. Restrepo
5. **Loboguerrero”.**

33. Que la interventoría mediante documento EPSILON VALLE -103-2008, con radicado 2008-409-012650-2 de fecha 18/07/2008, realizó la revisión técnica de los diseños geométricos del tramo

7, manifestando lo siguiente: " (...) Es de anotar que se optimizan los recursos, ya que únicamente se dejaron las intersecciones de Loboguerrero y Darién 2, habiendo reemplazado las demás por retornos, lográndose así que con estos recursos presupuestales se pueda atender la construcción de una mayor cantidad de viaductos para conservar la velocidad de diseños de 60 km./h. (...)"

34. Que el presente otrosí, no conlleva una afectación de la ecuación económica del Contrato de Concesión, ya que se valorará el efecto que genere esta desafectación y en su evento de ser procedente, se compensará al Concesionario o a la ANI según los resultados del ejercicio financiero que acuerden las partes, y en los términos previstos en Cláusula Séptima del presente Otrosí.
35. Que en Comité de Contratación llevado a cabo el día 19 de diciembre de 2013, se analizaron los Estudios de Conveniencia y Oportunidad y se dio viabilidad a la suscripción del presente Otrosí en los términos y condiciones aquí expuestos.

Por lo expuesto, las partes

ACUERDAN

CLAUSULA PRIMERA.- Las partes acuerdan modificar el Contrato de Concesión No. 005 de 1999, en el sentido de desafectar el Tramo 1 "Popayán - Santander de Quilichao" del corredor concesionado, incorporado en el alcance físico del contrato principal, de acuerdo previsto en su Cláusula 6 numeral 5.2.

PARÁGRAFO 1. La desafectación del Tramo 1 se hará efectiva en el segundo semestre del año 2015 y estará condicionada a la adjudicación del Contrato de Concesión de 4.G que incorpora dicho tramo. En caso de que la entrega del tramo 1 a la ANI se produzca en un momento distinto al acordado con el ejercicio financiero, éste será modificado de conformidad al momento en el que en realidad se produzca dicha desafectación.

PARÁGRAFO 2. A la fecha de entrega del tramo por parte del Concesionario, la vía debe cumplir con un índice de estado igual o mayor a 4.5, tal como lo establecen las especificaciones técnicas de operación y mantenimiento del Contrato de Concesión No. 005 de 1599.

PARÁGRAFO 3. El Concesionario realizará el recaudo y recibirá los ingresos de peaje de la Estación de Tunja hasta el 30 de noviembre de 2020.

CLÁUSULA SEGUNDA.- Las partes acuerdan modificar el Contrato de Concesión No. 005 de 1999, en el sentido de desafectar el Tramo 7 "Mediacanoa - Loboguerrero" del corredor concesionado, incorporado al alcance físico contractual mediante el Adicional No. 13 del 9 de agosto de 2006.

PARÁGRAFO 1. La desafectación del Tramo 7 se hará efectiva entre octubre y diciembre de 2016 y estará condicionada a la adjudicación del Contrato de Concesión de 4G que incorporan dicho tramo. En caso de que la entrega del tramo 7 a la ANI se produzca en un momento distinto al acordado con el ejercicio financiero, éste será modificado de conformidad al momento en el que en realidad se produzca la desafectación.

PARÁGRAFO 2. A la fecha de entrega el tramo por parte del Concesionario, la vía debe cumplir con un índice de estado igual o mayor a 4.5, tal como lo establecen las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento del Contrato de Concesión No. 005 de 1999.

CLÁUSULA TERCERA.- La ANI dará inicio al proceso de desafectación de los tramos aquí descritos, notificando por escrito al CONCESIONARIO y a la Interventoría sobre las indicaciones respectivas, cuando el Contrato de Concesión de 4G haya sido adjudicado y suscrito.

PARÁGRAFO. Dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la suscripción del presente documento, las partes deberán acordar si los tramos a desafectar deberán ser rehabilitados por el CONCESIONARIO, para asegurar la estabilidad de la obra por un término de cinco (5) años; o si por el contrario, la entrega de los mismos se sujetará al cumplimiento del cronograma de mantenimiento preventivo y periódico que ejecuta permanentemente el Concesionario. Las partes a su vez, definirán las garantías y amparos que se mantendrán vigentes con posterioridad a la desafectación.

CLÁUSULA CUARTA.- Para efectuar la entrega de los tramos desafectados, se deberá suscribir un acta por: el CONCESIONARIO quien es el que entrega la infraestructura vial desafectada; la INTERVENTORÍA del proyecto, que verifica el cumplimiento de las obligaciones contractuales y da constancia del estado y condiciones de la misma y la ANI como entidad Concedente que verifica así mismo el cumplimiento de las obligaciones del CONCESIONARIO bajo el Contrato de Concesión,

CLÁUSULA QUINTA.- Las partes acuerdan que la presente modificación no conlleva validación alguna del modelo financiero del Adicional No. 13 del 9 de agosto de 2006, esto en concordancia con lo señalado en el considerando 29 del presente otrosí.

CLÁUSULA SEXTA.- Las partes acuerdan que la presente modificación no conlleva la aceptación de la diferencia contractual relacionada con el balance de obras de los tramos básicos 1 al 6 del Contrato de Concesión, respecto a mayores cantidades de obra, puentes peatonales, andenes y paraderos a construir. Si una vez concluido el ejercicio correspondiente existe un saldo a favor de la ANI, éste podrá ser ejecutado en obras requeridas en el corredor concesionado. Sin embargo, en caso de que

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

dicho saldo se genere a favor del Concesionario, el mecanismo de compensación será evaluado por las partes dentro del ejercicio financiero de que trata la Cláusula séptima del presente documento.

PARÁGRAFO 1. Las partes resolverán la controversia antes mencionada, dentro de los (90) días calendario siguientes a la suscripción del presente otrosí. En el evento de que transcurrido dicho plazo, las partes no lleguen a un acuerdo, la ANI en un plazo no superior a cinco (5) días hábiles, someterá dicha controversia al conocimiento de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, en los términos del Convenio Marco No. C-013 del 2013.

- (i) La SCI emitirá concepto técnico dentro de los treinta días (30) hábiles siguientes a la presentación formal de la controversia por parte de la ANI.
- (ii) Los gastos que ocasione la intervención de la SCI serán cubiertos por la ANI con los recursos disponibles en alguna de sus subcuentas de excedentes del proyecto del Fideicomiso Mala Vial Del Valle del Cauca y Cauca constituido en la sociedad fiduciaria de occidente - FIDUOCCIDENTE S.A.
- (iii) EL concepto que emita la SCI tendrá carácter vinculante y por lo tanto será de obligatorio cumplimiento para las partes.

PARÁGRAFO 2. Las partes se comprometen a efectuar los trámites contractuales que se requieran, a efectos de someterse al acuerdo al que lleguen o a la decisión que adopte la SCI.

CLÁUSULA SÉPTIMA.- Los efectos financieros derivados de la desafectación de los tramos 1 y 7 serán acordados por las partes dentro de los noventa (90) días calendario contados a partir de la suscripción del presente otrosí, teniendo en cuenta que:

- (i) La desafectación de los Tramos 1 y 7, genera ahorros en costos de mantenimiento, operación y administración de la vía.
- (ii) La cesión del recaudo del peaje de Tunia ubicado en el Tramo 1, genera un menor ingreso al Concesionario.
- (iii) Las partes tendrán como referencia del ejercicio financiero, el ingreso esperado actual sin que esto conlleve a la validación del modelo financiero del Adicional No. 13 del Contrato de Concesión.
- (iv) Los anteriores costos e ingresos serán definidos por mutuo acuerdo, previo concepto de la Interventoría y dentro del plazo antes previsto, esto con el propósito de llegar al equilibrio de la relación contractual.

PARÁGRAFO 1. Si una vez concluido el ejercicio financiero existe un saldo a favor de la ANI, éste podrá ser ejecutado en obras requeridas en el corredor concesionado, dándole prioridad a los viaductos del tramo Mediacañoa -Loboguerrero, que están pendientes de financiación. Sin embargo, en caso de que dicho saldo se genere a favor del Concesionario, el mecanismo de compensación será evaluado por las partes dentro del ejercicio financiero.

PARÁGRAFO 2. En el evento de que transcurrido el plazo previsto en la presente cláusula, las partes no lleguen a un acuerdo, la ANI en un plazo no superior a cinco (5) días hábiles, someterá dicha controversia al conocimiento de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, en los términos del Convenio Marco No. C-013 del 2013 y de acuerdo con las siguientes condiciones:

- (i) La SCI emitirá concepto técnico dentro de los treinta días (30) hábiles siguientes a la presentación formal de la controversia por parte de la ANI.
- (ii) Los gastos que ocasione la intervención de la SCI serán cubiertos por la ANI con los recursos disponibles en alguna de sus subcuentas de excedentes del proyecto del Fideicomiso Malla Vial Del Valle del Cauca y Cauca constituido en la sociedad fiduciaria de occidente - FIDUOCCIDENTE S.A.
- (iii) El concepto que emita la SIC tendrá carácter vinculante y por lo tanto será de obligatorio cumplimiento para las partes.

CLÁUSULA OCTAVA.- MODIFICACIÓN DEL ANEXO 1 ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DEL ADICIONAL No. 13 CAPÍTULO 3 - ALCANCE FÍSICO. De conformidad con los considerandos 32 y 33, las partes acuerdan modificar el capítulo 3 - Alcance Físico, numeral 3.1 ALCANCE FÍSICO TRAMO LOBOGUERRERO – MEDIACANO A - BUGA, cual quedará de la siguiente manera:

DESARROLLO DE LA MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA
OBRAS A EJECUTAR
TRAMO 7 MEDIACANO A – LOBOGUERRERO

INFORMACIÓN

BÁSICA

LONGITUD DEL TRAMO 47,6 Km

VELOCIDAD DEL DISEÑO

60 KPH

TIPO DE TERRENO

MONTAÑOSO Y ESCARPADO

ANCHO DE CALZADA

VER ESQUEMAS SECCIONES TÍPICAS

ANCHO DE BERMAS

VER ESQUEMAS SECCIONES TÍPICAS

ANCHO DE CORONA

VER ESQUEMAS SECCIONES TÍPICAS

VEHÍCULO DE DISEÑO

C-4095

TRAMO	SECTOR	OBRAS A EJECUTAR
		Construcción de la segunda (nueva) calzada

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

		Construcción del Puente sobre la quebrada Trapiche
		Intersección a desnivel Darién 1
	LOBOGUERRERO-MEDIACANOA	Intersección a desnivel Loboguerrero
		Construcción de 314 ml de viaducto
		Área de Servicio
LOBOGUERRERO-MEDICANOA	OBRAS GENERALES DEL TRAMO	Construcción de 5 retornos dobles
		Construcción de 10 retornos sencillos
		Construcción de un paso inferior e doble calzada de 3.5m x 4.5m.

NOTAS: Se debe incluir iluminación del peaje y área de servicio.

Los servidores, pasos de agua, pasos de maquinaria agrícola, pasos de semovientes, tuberías, ductos, etc., serán respetados.

PARÁGRAFO 1. En todo caso la Agencia revisará junto con la Interventoría actual y el Concesionario, en un término no superior a noventa (90) días calendario, contados a partir de la suscripción de este documento las implicaciones técnicas y financieras de realizar la anterior modificación, con el fin de garantizar el mantenimiento del equilibrio en la ecuación contractual.

PARÁGRAFO 2. En el evento de que transcurrido el plazo previsto en la presente cláusula, no lleguen a un acuerdo, la ANI en un plazo no superior a cinco (5) días hábiles, someterá dicha controversia al conocimiento de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, en los términos del Convenio Marco No. C-013 del 2013 y de acuerdo con las siguientes condiciones:

- (i) La SCI emitirá concepto técnico dentro de los treinta días (30) hábiles siguientes a la presentación formal de la controversia por parte de la ANI.
- (ii) Los gastos que ocasione la intervención de la SCI serán cubiertos por la ANI con los recursos disponibles en alguna de sus subcuentas de excedentes del proyecto del Fideicomiso Malla Vial Del Valle del Cauca y Cauca constituido en la sociedad fiduciaria de occidente - FIDUOCCIDENTE S.A.
- (iii) El concepto que emita la SCI tendrá carácter vinculante y por lo tanto será de obligatorio cumplimiento para las partes,

CLÁUSULA NOVENA.- MODIFICACIÓN CLAUSULA SEXTA CONTRATO ADICIONAL 13 DE 2006. Las partes acuerdan modificar la Cláusula Sexta, en lo relacionado con el plazo establecido para la etapa de construcción del sector 1 del tramo 7 Mediacanoa - Loboguerrero teniendo en cuenta los conceptos emitidos por la Interventoría del Proyecto y la Vicepresidencia de Planeación Riesgos y Entorno, relacionados en los considerandos Nos. 18 y 19 del presente. Para lo cual se establece una nueva fecha de terminación de las obras del sector 1 del tramo 7 para el 1 de noviembre de 2016.

PARÁGRAFO. La anterior modificación no implica ninguna renuncia a la reclamación, por parte de la ANI, de derechos en el marco del Tribunal de Arbitramento en relación con el desplazamiento de las inversiones en el Contrato de Concesión, ni por parte del Concesionario de los mayores costos por permanencia en obra, stand by de maquinaria, trabajo discontinuo y otros perjuicios que puedan ser ocasionados por el retraso en la ejecución de las obras, por rompimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión.

CLÁUSULA DÉCIMA.- ASIGNACIÓN DE RIESGOS. Las partes acuerdan que el presente Otros no conlleva una modificación en el esquema de asignación de riesgos del Contrato, en especial, los previstos en la Cláusula 32 del Contrato de Concesión.

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA. VIGENCIA DE LAS DISPOSICIONES CONTRACTUALES. Considerando el alcance de la modificación contractual, se estima que las especificaciones técnicas de construcción, así como las demás condiciones contractuales previstas en el Contrato de Concesión, que no sean expresamente modificadas con el presente otrosí, permanecen vigentes.

DÉCIMA SEGUNDA.- GARANTÍAS. El Concesionario se obliga a ajustar y mantener vigente durante el plazo de ejecución del Contrato, las Garantías previstas en la Cláusula 30 del Contrato de Concesión y demás disposiciones aplicables. A su vez ajustará los amparos y vigencias relativos a los Tramos 1 y 7 del corredor concesionado, en el momento de su desafectación.

CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA.- La suscripción del presente Otrosí no altera el equilibrio económico de contrato, en los términos de la Cláusula Séptima del este documento.

CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA.- Para todos Los efectos, el marco contractual del Proyecto de Concesión MVVCC, conformado por c Contrato de Concesión No. 005 de 1999 y demás .documentos que lo modifican aclaren y/o adicionen, continúan vigentes y generando las obligaciones en ellos contenidas. Su no mención en el presente Otrosí no exime a las partes del cumplimiento de las mismas.

CLÁUSLA DÉCIMA QUINTA.- PERFECCIONAMIENTO Y EJECUCIÓN. El presente Otrosí se perfecciona con la suscripción del mismo por las Partes.

Para constancia se suscribe a los veintitrés (23) días del mes de enero de dos mil catorce (2014).

(Fdo.)

JAVIER ALBERTO HERNANDEZ LOPEZ
Vicepresidente Ejecutivo
AGENCIA NACIONAL DE

(Fdo.)

CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE
Representante Legal
UNION TEMPORAL DESARROLLO VIAL

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

INFRAESTRUCTURA –ANI DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA

Proyectó: Lina Alejandra González Infante – Abogada VEJ
Ingrid Esther Cera Jiménez – Experto G3-07 VEJ
Álvaro Julián Ardila Estévez -. Contratista Apoyo Supervisión VEJ

Vo. Bo.: Hernando Mereb Rodríguez – **Contratista Apoyo Supervisión VEJ**

Otrosi No. 10 de 14 julio 2015 al contrato de Concesión No. 005 de 1999:

“ Entre los suscritos, de una parte, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, ANI, Agenda Nacional Estatal de Naturaleza Especial, creada por el Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte, representada en este acto por GERMÁN CÓRDOBA ORDÓNEZ, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 12.989.323 expedida en Pasto (Nariño), en su condición de Vicepresidente Ejecutivo de la Agencia, nombrado mediante Resolución 1495 del 30 de octubre de 2014 y posesionado mediante Acta No. 305 del 4 de noviembre de 2014, quien en adelante se denominará LA AGENCIA o ANI y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, mayor de edad, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 5.199.222 de Pasto, quien actúa en su calidad de Representante Legal de la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, con NIT 830.059.605-1, quien en adelante se denominará EL CONCESIONARIO: se suscribe el presente Otrosi, previos los siguientes:

CONSIDERANDOS

- 1) Que el 29 de enero de 1999 el Instituto Nacional de Vías - INVIAS y El Concesionario, celebraron **el Contrato de Concesión No. 005 de 1.999, cuyo objeto es “el otorgamiento al Concesionario de una concesión para que realice, por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, las obras de construcción, rehabilitación y mejoramiento, la operación y el mantenimiento, la prestación de servicios y el uso de los bienes propiedad del INVIAS dados en concesión, para la cabal ejecución del Proyecto Vial denominado MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA. Este contrato se suscribió bajo la modalidad de ingreso esperado, el cual se pactó en la suma de Cop\$ 989,537 millones pesos de diciembre de 1997.**
- 2) Que mediante el Decreto Ley 1800. del 26 de junio de 2003, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en la Ley 790 de 2002, creó el Instituto Nacional de Concesiones - INCO, como un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa y financiera; con el objeto de **“planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario.”**
- 3) Que mediante Resolución 003791 del 23 de septiembre de 2003, el Instituto Nacional de Vías - INVIAS, cedió y subrogó al Instituto Nacional de Concesiones INCO, a título gratuito, el Contrato de Concesión No. 005 de 1999 celebrado con la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca.
- 4) Que mediante el Decreto No. 4165 de 3 de noviembre de 2011, se modificó la naturaleza jurídica y la denominación del Instituto Nacional de Concesiones - INCO por la de Agenda Nacional de Infraestructura, Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte que tiene por objeto **según lo previsto en el artículo 3º “(...) planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar proyectos de concesiones y otras formas de Asociación Público- Privada - APP, para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados y el desarrollo de proyectos de asociación público privada para otro tipo infraestructura pública cuando así lo determine expresamente el Gobierno Nacional respecto de infraestructuras semejantes a las enunciadas en este artículo, dentro del respeto a las normas que regulan la distribución de funciones y competencias y su asignación.”**
- 5) Que el Decreto 1745 de 2013 establece en su artículo segundo, la función de representación legal de la Vicepresidencia Ejecutiva, así: **“Ejercer (a representación legal y judicial de la Agencia Nacional de infraestructura y designar apoderados que la representen en los asuntos judiciales y extrajudiciales, para la defensa de los intereses de la misma, en los contratos que le sean asignados por el Presidente de la Agencia con las recomendaciones del Consejo Directivo”.**
- 6) Que la Resolución 916 de 2013 **“por medio de la cual se adiciono el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal de la Agencia Nacional de Infraestructura, adoptado por la Resolución 576 del 13 de junio de 2013”,** estableció en el Artículo Primero, numeral 2, las siguientes funciones atribuidas a la Vicepresidencia Ejecutiva:
 - “2. Ejercer la representación legal y judicial de la Agencia Nacional de Infraestructura para la defensa de la misma tanto en los asuntos judiciales como los extrajudiciales que se relacionen con los contratos de concesión o de asociación público privada que le sean asignados por la Presidencia de la Agencia con la recomendación del Consejo Directivo, en coordinación con la Vicepresidencia Jurídica - Grupo Interno de Defensa Judicial, función que ejercerá actuando en todos los casos en los comités técnicos y conforme a las directrices que al efecto dicte el Presidente de la Agencia y el Comité de Conciliación Judicial de la entidad, dentro del marco de la Ley y preservando el patrimonio público”

- 7) Que mediante Acta de Junta Directiva No. 114 del 12 de octubre de **2013 se señaló "En la presente sesión no presencial del Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Infraestructura, según lo expresado por los Consejeros que emitieron sus votos en las plantillas correspondientes, las cuales forman parte integral de (a presente acta, se aprobaron por unanimidad los siguientes temas: (...) 3. Asignación de Contratos de Concesión a la Vicepresidencia Ejecutiva "**
- 8) Que mediante memorando interno No. 2013-400-007712-3 del 04 de octubre de 2013, se asignaron a la Vicepresidencia Ejecutiva nueve contratos de concesión, entre ellos el Contrato **No. 005 de 1999 "Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca"**
- 9) Que el 9 de agosto de 2006 se suscribió el Contrato Adicional No. 13 al Contrato de Concesión N° 005 de 1.999, mediante el cual **"El CONCESIONARIO se compromete para con el INCO a ejecutar, por su cuenta y riesgo, (os estudios y diseños definitivos, las obras de construcción, la operación y el mantenimiento, la prestación de servicios y el uso de los bienes propiedad del INCO y/o INVIAS, correspondientes a la segunda calzada, del Tramo Mediacanoa - Loboguerrero bajo e/ control y vigilancia del (NCO, el cual se incorpora al alcance físico del Contrato de Concesión No. 005 de 1999 determinado en las Especificaciones Técnicas de Construcción y de Rehabilitación y Mejoramiento, correspondientes al ANEXO NO, 1 que forma parte integrante de dicho contrato, así como lo señalado en sus documentos adicionales y modificatorios (...)"**
- 10) Que con la suscripción del Adicional No. 13 el ingreso esperado actual es de \$4.881.679 millones de pesos de diciembre de 1997.
- 11) Que el 23 de enero de 2014, las partes suscribieron el Otrosí Modificatorio No. 9 al Contrato de Concesión No. 005 de 1999, en el cual acordaron desafectar los Tramos 1- **"Popayán - Santander de Quilichao" y 7- "Loboguerrero-Mediacanoa", incorporados en el contrato básico y el Contrato Adicional 13 respectivamente, previo cumplimiento de los términos allí previstos.**
- 12) Que en desarrollo de las mesas de trabajo adelantadas con base en el Otrosí 9 al Contrato de Concesión No. 005 de 1999, se ha estimado la conveniencia de precisar el estado de ejecución y alcance de obras del contrato básico, tales como andenes, paraderos, puentes peatonales, viaductos vehiculares y caseta de peaje; acordar las modificaciones tendientes a lograr el desarrollo del Proyecto y la satisfacción del servicio público con base en los principios que dirigen la actuación administrativa; y establecer la metodología financiera para valorar el efecto de la desafectación de los tramos 1 y 7.
- 13) Que la Interventoría Consorcio Intercol SP, remitió a esta entidad mediante comunicación CISP-OP-0431-685-2014 radicado ANI 2014409-064108-2 del 23 de Diciembre de 2014 el informe de verificación de obras ejecutadas por el Concesionario, en el que se define el alcance de las obras a las que se refiere el considerando 12, y de las cuales no ha existido controversia entre las partes, pero que requieren ser aclaradas.
- 14) Que el valor de la desafectación de los tramos 1 y 7, es el resultado de la corrida financiera, cuya metodología quedó avalada en las mesas de trabajo en las que participaron ANI, Concesionario e Interventoría (anexa a este documento), El valor a favor de la entidad como resultado de esta desafectación va a depender de las fechas en las que efectivamente se haga la desafectación de los tramos 1 y 7.
- 15) **Que de acuerdo con el Anexo 8 "ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE CONSTRUCCION Y MEJORAMIENTO" del Contrato No. 005 de 1999, dentro del alcance de obras a construir se estableció:**
 - Tramo 1, Popayán - Santander de Quilichao, 12 km, de andenes.
 - Tramo 2, Santander de Quilichao - Palmira Ye de Villa Rica - Jamundí, 20 km. de andenes.
 - Tramo 3, Palmira - Buga, 12 km. de andenes.
 - Tramo 5, Cali - Mediacanoa, 12 Km de andenes.
 - Tramo 6, Cencar - Aeropuerto, 6 km de andenes.
- 16) Que respecto a la construcción de los andenes previstos en el considerando anterior, se verificó la construcción de las siguientes longitudes de andenes, en los Tramos 1 a 6 pactadas en el Anexo 8, confirmado por la firma interventora Consorcio INTERCOL SP, según informe de verificación de obras ejecutadas por el Concesionario, remitido a esta entidad mediante comunicación CISP-OP-0431-685-2014 radicado ANI 2014-409-064108- 2 del 23 de Diciembre de 2014.
 - Tramo 1: 14.287,70 metros lineales
 - Tramo 2: 13.673,74 metros lineales
 - Tramo 3: 5.332,30 metros lineales
 - Tramo 5: 3.839,50 metros lineales
 - Tramo 6: 1.915,90 metros lineales
- 17) Que como la longitud de andenes construida en el Tramo 1 supera la medida establecida en el Anexo 8, las partes consideran viable redistribuir el excedente de los metros lineales construidos en el Tramo 1, con cargo a los no construídos en el tramo 2.
- 18) Que **en el Anexo 8 "ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE CONSTRUCCION Y MEJORAMIENTO" del Contrato No. 005 de 1999, dentro del alcance de obras a construir, se estableció la necesidad de construir los siguientes paraderos de buses dentro del corredor concesionado:**
 - Tramo 1, Popayán - Santander de Quilichao, 12 paraderos de buses;
 - Tramo 2, Santander De Quilichao - Palmira Ye De Villa Rica - Jamundí, 14 paraderos de buses;
 - Tramo 3, Palmira - Buga, 20 paraderos de buses.
 - Tramo 4, Cali - Palmira, 14 Paraderos de Buses,
 - Tramo 5, Cali - Mediacanoa, 20 Paraderos de Buses,
 - Tramo 6, Cencar - Aeropuerto, 18 Paraderos de buses.
- 19) Que respecto a los paraderos de buses previstos en el considerando anterior, se verificó la construcción de las siguientes cantidades por parte de la firma interventora Consorcio INTERCOL

SP, tal como se evidencia en comunicación CISP-OP-0431-685-2014 radicado ANI 2014-409-064108-2 del 23 de Diciembre de 2014.

Tramo 1: Doce (12) paraderos de buses construidos.

Tramo 2: Diez (10) paraderos de buses construidos, queda pendiente la construcción de cuatro (4) paraderos.

Tramo 3: Dieciocho (18) paraderos de buses construidos, queda pendiente la construcción de tres (3) paraderos en el puente peatonal SENA, uno (1) de ellos debe ser trasladado del tramo 5.

Tramo 4: Once (11) paraderos construidos, donde se encuentra pendiente la construcción de tres (3) paraderos de buses completos.

Tramo 5: Diez (10) paraderos construidos, encontrándose uno (1) pendiente de validación de traslado al tramo 3; dos (2) se ubicarán en el Par vial Vijes, quedando siete (7) paraderos pendientes por definir su ubicación y construcción.

Tramo 6: Doce (12) paraderos construidos, quedando seis (6) paraderos pendientes por definir su ubicación y construcción.

- 20) **Que en el anexo 8 "ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE CONSTRUCCION Y MEJORAMIENTO" del Contrato No. 005 de 1999, dentro del alcance de obras a construir respecto a puentes peatonales se estableció:**

Tramo 1, Popayán - Santander De Quilichao, seis (6) puentes peatonales.

Tramo 2, Santander De Quilichao - Palmira Y De Villa Rica - Jamundí, siete (7) puentes peatonales,

Tramo 3, Palmira - Buga, diez (10) puentes peatonales.

Tramo 4, Cali - Palmira, siete (7) puentes peatonales.

Tramo 5, Cali - Mediacanoa, seis (6) puentes peatonales.

Tramo 6, Cencar – Aeropuerto, Palmaseca – Cerrito y Rozo – Paso de la Torre, 9) puentes peatonales.

- 21) Que respecto a los puentes peatonales previstos en el considerando anterior, la firma interventora Consorcio INTERCOL SP, verificó la construcción de los siguientes puentes peatonales, tal como se dejó constancia mediante comunicación: CISP-OP-0431-685-2014, radicado ANI 2014-409-064108-2 del 23 de Diciembre de 2014.

Tramo 1, Seis (6) puentes peatonales construidos: El Cairo, Piendamó, Tunía, Pescador, Caldon y Mondomo,

Tramo 2, Seis (6) puentes peatonales construidos: Intersección Villa Rica, San Isidro, Fana, El Cabuyal, Paso Urbano de Candelaria y El Bolo; quedando pendiente por definir la ubicación y construcción de un (1) puente peatonal (Al respecto cabe mencionar que se puede hacer traslado al Tramo 1 pero reconociendo el valor de la viga adicional (luz adicional) y la Pila central, el cual corresponde al puente de San José de Consulta Previa)

Tramo 3, Nueve (9) puentes peatonales construidos: Cincuentenario, Parque Recreacional, Pueblito Valluno, Guacarí - La Nubia, Vinculo 1, Vinculo 2, Zanjón Hondo, Amaime **y Variante Sonso; el puente faltante sería el puente peatonal "SENA" el cual se encuentra actualmente en construcción.**

Tramo 4, Seis (6) puentes peatonales construidos: La Dolores, Caucaseco,

Palmaseca, Guanabanal, La Unión y Sucromiles, quedando pendiente por definir la ubicación y construcción de un (1) puente peatonal.

Tramo 5, Seis (6) puentes peatonales construidos: Paso Urbano San Marcos, San Marcos Pelongo, Yotoco Vivero, Yotoco Carvajal, Entrada a Vijes y Mulaló,

Adicionalmente en este tramo 5, se construyó el puente peatonal Matapalo que corresponde a uno de los previstos para el Tramo 6.

Tramo 6, Siete (7) puentes peatonales construidos: Palmaseca, Obando Matapalo,

Tres Esquinas, Acequia, Zona Franca y Aeropuerto, un (1) puente peatonal en Matapalo, construido en el Tramo 5, quedando pendiente por definir la ubicación y construcción de dos (2) puentes peatonales.

- 22) Que en las Actas de Finalización de la Etapa de Construcción e Inicio de la Etapa de Operación, de los tramos viales concesionados, se relacionaron las obras básicas definidas en el ANEXO 8 del Contrato No. 005 de 1999, que se encuentran debidamente construidas y recibidas y aquellas que quedaron pendiente de culminar. En tal medida, se procede a relacionar las obras faltantes por construir incluidas en dichas actas, excepto las ya previstas en los considerandos 15, 18 y 20:

Tramo 3.

ACTA DE FINALIZACIÓN DE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN E INICIO DE OPERACIÓN DEL TRAMO 3, del 17 de julio de 2009:

- a) Segunda Calzada entre las abscisas derechas del K15+530 al K16+250: pendiente terminación por Gestión predial. Los predios se encuentran en proceso de expropiación judicial.
- b) Intersección Santa Elena: Pendiente por trámite la entrega del predio 13A, el cual se encuentra en proceso de expropiación judicial.
- c) Intersección Guacarí: Pendiente construcción de los ramales 3C y 9i así como las obras que permitan la conexión del barrio Aranjuez y el paso peatonal hacia el municipio de Guacarí los predios se encuentran en proceso de expropiación judicial.
- d) Segunda Calzada entre las abscisas izquierdas del K35+840 al K 35+970: Pendiente por predio en Expropiación Judicial.
- e) Intersección de entrada Variante Sonso: pendiente modificación de diseño por requerimiento de la ANLA.

Tramo 4

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

ACTA DE FINALIZACIÓN DE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN E INICIO DE OPERACIÓN DEL TRAMO 4, del 31 de marzo de 2006.

- a) Variante Norte de Palmira: Construida, a excepción del ramal Palmira - Buga de la intersección la Herradura, por problema predial. (restitución de un (1) predio).
- 23) Que la longitud total de viaductos necesarios para completar el alcance físico del tramo 7 LOBOGUERRRO-MEDIACANOA corresponde a 981.6 metros reconocidos por la Interventoría Consorcio EPSILON VALLE mediante comunicado EPSILON VALLE 103-2008 con radicado ANI 2008-409-012650-2 del 18 de julio de 2008 y verificados por la firma interventora Consorcio INTERCOL SP mediante comunicación CISP-OP-0431-685-2014 radicado ANI 2014-409-064108-2 del 23 de Diciembre de 2014, los cuales son:

VIADUCTOS Y PUENTES	LOCALIZACION		LONGITUD (ml)	CALZADA
VIADUCTO No 1	K 64+383	K 64+479	96,2	CD
VIADUCTO No 2	K 64+546,8	K 64+643,	96,2	CD
VIADUCTO No 3	K 65+268,	K 65+460,38	192,38	CD
VIADUCTO No 3A	K 65+515,	K 65+547,	32,00	CD
VIADUCTO No 4	K 65+665,	K 65+7 21,	56,0	CD
VIADUCTO No 5 (BITACO 1)	K 65+851,	K 66+021,	170,0	CD
VIADUCTO No 6 (BITACO 2)	K 66+150,	K 66+235,35	85,4	CD
VIADUCTO No 7 (SANTA BARBARA)	K 75+730,28	K 75+857,78	127,5	CI y CD
VIADUCTO No 8 (SANTA BARBARITA)	K 75+833,5	K 754-864,88	31,4	CD y CI
PUENTE ARGENTINA	K 71+779,59	K 71+795,59	16,0	CI
PUENTE EL TRAPICHE	K 73+043,71	K 73+058,71	15,0	CI
PUENTE EL BOSQUE	K 74+458,49	K 74+474,48	16,0	CI
PUENTE LA LORA	K 80+205,41	K 80+221,41	16,0	CI

VIADUCTOS Y PUENTES	LOCALIZACION		LONGITUD (ml)	CALZADA
VIADUCTO No 16 (PLAN DE LAS VACAS)	K 105+429,25	K 105+460,85	31,6	CD
TOTAL			981,6	

- 24) Que del balance presupuestal realizado por la interventoría Consorcio EPSILON VALLE, tal como consta en el oficio EPSILON VALLE-103-2008 con radicado ANI No. 2008-409- 012650-2 del 18 de julio de 2008, que forma parte integral del Orosí Modificatorio No. 9 al Contrato de Concesión No 005 de 1999; el Concesionario estaría obligado contractualmente a construir 314 metros lineales de los viaductos necesarios descritos en el numeral 23
- 25) Que dentro del alcance del Contrato Adicional No. 13 al Contrato de Concesión N° 005 de 1999, falta construir el Puente sobre la Quebrada Trapiche con una longitud de 15 metros y el Puente sobre el Río Dagua con una longitud de 60 metros.
- 26) Que conforme a los considerandos 24 y 25, los metros lineales de viaductos a construir por parte del Concesionario, ya establecidos contractualmente, corresponden a un total de 389 metros lineales. Dicha longitud fue evaluada y validada por el Consorcio INTERCOL SP mediante informe de verificación de obras ejecutadas por el Concesionario, discriminados así:

VIADUCTOS Y PUENTES	LONGITUD (ml)	OBSERVACION
Viaductos. Orosí No. 9	314	Obra Adicional
Río Dagua	60	Alcance básico Adicional No.13
Quebrada Trapiche	15	Alcance básico Adicional No.13
TOTAL	389	

- 27) Que con el fin de completar el alcance de 981.6 metros de viaductos del Tramo 7 o LOBOGUERRRO-MEDIACANOA enunciados en el considerando 23 del presente documento, los 592.6 metros lineales de viaducto faltantes, se compensarán con el saldo disponible a favor de la ANI, como resultado del ejercicio financiero para la desafectación de los Tramos 1 y 7.
- 28) Que la Interventoría Consorcio EPSILON VALLE mediante comunicado EPSILON VALLE 0256-2008 con radicado ANI 2008-409-021493-2 del 27 de noviembre de 2008 y verificado por la firma interventora Consorcio INTERCOL SP mediante comunicado CIS-OP-0431-116-2015 del 5 de Marzo de 2015, definió que el costo del Viaducto por metro lineal es de \$21.080.000,00 en precios de diciembre de 1997, por lo tanto el costo total para los 592.6 metros lineales faltantes, sería de \$12.492.008.000,00 a precios de diciembre 1997.
- 29) Que en el anexo 1 del Contrato Adicional 13- Especificaciones Técnicas de Diseño y Construcción-, del tramo 7 LOBOGUERRRO-MEDIACANOA, se contempló la construcción de una nueva estación de peaje para cobro en dos (2) sentidos y la demolición del peaje actual.
- 30) Que, la Agencia Nacional de Infraestructura mediante oficio 2013-305-010025-1 del 28 de junio de 2013, dirigido a la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, informó:
“(…) la construcción de la nueva estación de peaje, está condicionando la demolición y reconformación del peaje actual, para que entre en operación el nuevo peaje; de manera que en

- armonía con las condiciones de estructuración financiera del proyecto "Bugá-Loboguerrero", del cual la firma CSS Constructores S.A. resultó adjudicatario, debe mantenerse en su ubicación actual como garantía de la estructura financiera del proyecto de concesión "Bugá - Loboguerrero" de todo lo cual es conocedora la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, por los términos expuestos en los apartes anteriores."
- 31) Que debido a la desafectación que trata el Considerando 11, no es posible adelantar la construcción de la nueva estación de peaje a la que se refiere el Considerando 29 del presente Otrosí.
- 32) Que en aras de mantener el equilibrio económico del Contrato, se considera necesario compensar la no construcción de la nueva estación de peaje a la que se refiere el considerando No. 29 del presente Otrosí.
- 33) Que según comunicación No.2014-409-062844-2 de 18 de diciembre de 2014, emitida por la firma interventora Consorcio INTERCOL SP, la nueva estación de peaje LOBOGUERRERO para cobro en dos (2) sentidos y la demolición del peaje actual, se encuentra estimada en un valor de \$1.387.410.776 (el valor de estas obras está en pesos constantes de enero de 2014).
- 34) Que de acuerdo con la relación de obras construidas y pendientes de construcción, se procederá a definir los acuerdos a que han llegado Las Partes, los cuales se enmarcan dentro de los principios que rigen la contratación estatal, consagrados en la Ley 80 de 1993, la Ley 1682 de 2013 y los postulados esbozados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-300 de 2012, para la adecuada satisfacción del interés general y protección del interés público representado en la adecuada y pronta ejecución de los proyectos viales que requiere desarrollar el País.
- 35) Que la metodología financiera para valorar el efecto de la desafectación de los tramos 1 y 7, fue establecida en las mesas de trabajo en la que participaron ANI, Concesionario e Interventoría.
- 36) Que a la fecha de entrega del tramo 1 y 7 por parte del Concesionario, la vía debe cumplir un índice de estado igual o mayor a 4.5, tal como lo establecen las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento del Contrato de Concesión No. 005 de 1999.
- 37) Que en las diferentes mesas de trabajo, el concesionario ha manifestado la imposibilidad de otorgar póliza de estabilidad para el tramo 1, teniendo en cuenta que para poderlo hacer tendría que incluirse en el modelo financiero una inversión en rehabilitación, previa a la entrega del tramo, aunado a que si se va a entregar la vía a un tercero que va a construir la segunda calzada, esta situación afectaría la calzada existente y quien tendría que responder por los daños que ocasione es el tercero que esté interviniendo la vía.
- 38) Que de igual manera, el Concesionario ha manifestado que para el tramo 7, las pólizas de estabilidad tendrán un plazo de 5 años, a partir de la finalización de la etapa de construcción de cada sector, es decir desde la fecha de inicio de la etapa de operación de cada sector.
- 39) Que la firma Ernst & Young S.A.S., mediante radicado No.2014-409-058499-2 del 26 de noviembre de 2014, emitió concepto favorable sobre la metodología financiera para valorar el efecto de la desafectación de los tramos 1 y 7 establecida entre las partes.
- 40) Que producto del ejercicio realizado entre las partes, detallado en la metodología financiera se consideran convenientes las siguientes fechas para la desafectación:
El tramo uno (1) se desafectará a partir del 1 de diciembre de 2015.
El tramo siete (7) se desafectará a partir del 1 de enero de 2017
El Peaje de Tunía se desafectará a partir del 25 de diciembre de 2021
- 41) Que de acuerdo con la comunicación UTDVCC-139-2015 radicado ANI No. 2015-409-013437-2 emitida por el Concesionario el 9 de marzo de 2015, la ejecución de los viaductos será del 30% en el año 2015 y el 70% en el año 2016, sujeta a la disposición predial para adelantar las obras.
- 42) Que de acuerdo con los mecanismos de solución previstos en el Contrato de Concesión 005 de 1999 y en la Ley, Las Partes buscarán llegar a un acuerdo acerca de las obras correspondientes a los puentes peatonales Bello Horizonte, San José y el Box de Domingullo.
- 43) Que para la construcción del sector Uno del Tramo 7, la ANLA expidió las licencias Ambientales números 0429 del 8 de Mayo de 2014, 1436 del 27 de Noviembre de 2014 (0139 del 09 de Febrero de 2015 por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el concesionario) y 083 del 29 de Enero de 2015 para los subsectores de la Guaira, Loboguerrero y Zabaletas respectivamente.
- 44) Que de las licencias ambientales obtenidas para los tres subsectores del Sector Uno del Tramo 7 se desprende la necesidad de realizar obras y/o gastos periódicos que no se entienden incluidos dentro de las obligaciones originales del CONCESIONARIO, por tanto, en aplicación a lo establecido en el numeral 28.3 de la cláusula 28 del Contrato de Concesión N 005 de 1999, será necesaria la suscripción de las actas de acuerdo, para que el Concesionario pueda cumplir a cabalidad con las obligaciones que se desprendan de la(s) Licencia(s) Ambiental(es) obtenida(s) o de los Documentos de Evaluación y Manejo Ambiental presentados.
- 45) Que mediante el Acta de Protocolización de Modificación de Acuerdos de Consulta Previa adelantada con la Comunidad Negra de Santander de Quilichao ubicada en el tramo 1 del 27 de Febrero de 2015, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales protocolizó el siguiente Acuerdo No, 1 Modificado:
"Se realizará la pavimentación en placa huella en concreto de las siguientes vías veredales:
- Vía Ardobelas: Longitud aproximada de 6 Kms
- Vía Chiribico: Longitud aproximada de 1.2 Kms
- Vía Santa María: Longitud aproximada de 5 Kms.
- Vía Veracruz Palestina: Longitud aproximada de 800 metros.
- Adecuación en roca muerta y por una sola vez de 800 metros de la vía Chiribico."
- 46) Que mediante comunicación No. 2014-409-014405-2 de 12 de marzo de 2015, la firma interventora Consorcio INTERCOL SP, emite concepto integral de favorabilidad acerca de la suscripción del presente Otrosí al Contrato de Concesión 005 de 1999.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

47) Que en Comité de Contratación de la Agencia Nacional de Infraestructura, llevado a cabo el día trece (13) de julio de 2015, se dio viabilidad a la suscripción del presente Otrosí.

Por lo expuesto, las partes

ACUERDAN

CLÁUSULA PRIMERA: Modificar la distribución de los Andenes por tramos, descrita en el anexo 8 "Especificaciones Técnicas de Construcción y Mejoramiento" del Contrato de Concesión No. 005 de 1999, así:

OBRAS PREVISTAS ANDENES ANEXO No 8	DISTRIBUCIÓN DE ANDENES POR MODIFICACIÓN CON EL PRESENTE OTROSÍ No.10
Tramo 1. 12 km. de andenes.	Tramo 1. 14.287,70 m. de andenes.
Tramo 2. 20 km. de andenes	Tramo 2. 17.712,30 m. de andenes
Tramo 3. 12 km. de andenes.	Tramo 3. 12.000 m. de andenes.
Tramo 5. 12 km. de andenes.	Tramo 5. 12.000 m. de andenes.
Tramo 6. 6 km. de andenes	Tramo 6. 6.000 m. de andenes
Total, 62 Km de andenes	Total, 62.000 m de andenes

CLÁUSULA SEGUNDA: Modificar la distribución de los Paraderos por tramos, descrita en el anexo 8 "Especificaciones Técnicas de Construcción y Mejoramiento" del Contrato de Concesión No. 005 de 1999, así:

OBRAS PREVISTAS PARADEROS ANEXO NOS	DISTRIBUCIÓN DE PARADEROS POR MODIFICACIÓN CON EL PRESENTE OTROSÍ No.10
Tramo 1. Doce(12) paraderos	Tramo 1: Doce(12) paraderos
Tramo 2. Catorce(14) paraderos	Tramo 2. Catorce(14) paraderos
Tramo 3. Veinte (20) paraderos	Tramo 3: Veintiún (21) paraderos
Tramo 4. Catorce (14) paraderos	Tramo 4. Catorce (14) paraderos
Tramo 5. Veinte (20) paraderos	Tramo 5: Diecinueve (19) paraderos
Tramo 6. Dieciocho (18) paraderos	Tramo 6. Dieciocho (18) paraderos
Total. Noventa y Ocho (98) Paraderos	Total. Noventa y Ocho (98) Paraderos

CLÁUSULA TERCERA: Modificar la distribución de los Puentes Peatonales por tramos, descrita en el anexo 8 "Especificaciones Técnicas de Construcción y Mejoramiento" del Contrato de Concesión No. 005 de 1999, así:

PUNTES PEATONALES PREVISTOS ANEXO 8 -	DISTRIBUCIÓN DE PUNTES PEATONALES POR MODIFICACIÓN CON EL PRESENTE OTROSÍ No.10
Tramo 1. Seis (6) puentes peatonales.	Tramo 1: Seis (5) puentes
Tramo 2. Siete (7) puentes peatonales.	Tramo 2. Siete (7) puentes peatonales.
Tramo 3. Diez (10) puentes peatonales	Tramo 3. Diez (10) puentes peatonales.
Tramo 4. Siete (7) puentes peatonales.	Tramo 4. Siete (7) puentes peatonales.
Tramo 5. Seis (6) puentes peatonales.	Tramo 5: Siete (7) puentes peatonales.
Tramo 6. Nueve (9) puentes peatonales.	Tramo 6: Ocho (8) puentes peatonales.
Total. Cuarenta y cinco (45) puentes peaton.	Total, Cuarenta y cinco (45) puentes peatonales

CLÁUSULA CUARTA: Aclarar que las obras pendientes por construir, incluidas en las actas de finalización de construcción e inicio de operación, de los tramos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 son:

ACTA DE FINALIZACIÓN DE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN E INICIO DE OPERACIÓN DEL TRAMO 3, del 17 de julio de 2009:

- a) Segunda Calzada entre las abscisas derechas del K15+530 al K16+-250: pendiente por predios en expropiación judicial
- b) Intersección Santa Elena: Pendiente por predios en expropiación judicial
- c) Intersección Guacarí: Pendiente por predios en expropiación judicial
- d) Segunda Calzada entre las abscisas izquierdas del K35+840 al K 35+970: Pendiente por predio en Expropiación Judicial
- e) Intersección de entrada Variante Sonso, pendiente modificación de diseño por requerimiento de la ANLA.

ACTA DE FINALIZACIÓN DE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN E INICIO DE OPERACIÓN DEL TRAMO 4, del 31 de marzo de 2006.

- b) Variante Norte de Palmira: Construida, a excepción del ramal Palmira - Buga de la intersección la Herradura, por problema predial. (restitución de un (1) predio).

CLÁUSULA QUINTA: Modificar el anexo 1 del Contrato Adicional 13- Especificaciones Técnicas de Diseño y Construcción, del tramo 7 LOBOGUERRRO-MEDIACANOA, en cuanto a eliminar la obligación contractual de la construcción de una nueva estación de peaje para cobro en dos (2) sentidos y la demolición del peaje actual. El concesionario deberá compensar el valor correspondiente, Mil Trescientos Ochenta y Siete Millones Cuatrocientos Diez Mil Setecientos Setenta y seis pesos M/CTE en pesos constantes de Enero de 2014 (\$1.387.410.776), mediante la ejecución de las obras que la entidad contratante requiera dentro del desarrollo del contrato de concesión 005 de 1999 o en caso de ser necesaria alguna otra alternativa que necesite la entidad para balancear la ecuación contractual, en la cual el concesionario esté de acuerdo.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

CLÁUSULA SEXTA: Modificar el parágrafo 3 de la cláusula primera del Otrosí modificatorio No.9 al Contrato de Concesión 005 de 1999 el cual quedará así:

"PARA GRAFO 3: El Concesionario realizará el recaudo y recibirá los ingresos de peaje de la estación de **Tunia hasta el 25 de diciembre de 2021".**

De igual manera, modificar el parágrafo 1 de la cláusula segunda del Otrosí modificatorio No.9 al Contrato de Concesión 005 de 1999 el cual quedará así:

"PARAGRAFO 1: La desafectación del tramo 7 se hará efectiva a partir del 1 de enero de 2017 siempre y cuando se haya finalizado la construcción prevista de la segunda calzada contratada y estará condicionada a la adjudicación del contrato de concesión de 4G que incorpore dicho tramo. En caso de que la entrega del tramo 7 a la ANI se produzca en un momento distinto al acordado con el ejercicio financiero, este será modificado de conformidad con el momento en el que en realidad se produzca la **desafectación."**

PARAGRAFO: La desafectación del tramo 1 considerada en el otrosí No. 9 del Contrato de Concesión No. 005 de 1999 para el segundo semestre de 2015, se hará efectiva a partir del 1 de diciembre de 2015.

CLÁUSULA SÉPTIMA: El tramo 1 se entregará cumpliendo con un índice de estado igual o mayor a 4.5, tal como lo establecen las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento del Contrato de Concesión N° 005 de 1999, sin póliza de estabilidad, de conformidad con el considerando 37. Los tres (3) sectores del tramo 7, conforme se convino en el Parágrafo 2 de la Cláusula Segunda del Otrosí Modificatorio No. 9, a la fecha de su entrega deberán cumplir con un índice de estado igual o mayor a 4.5, tal como lo establecen las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento del Contrato de Concesión N° 005 de 1999, y El Concesionario constituirá la póliza de estabilidad, por 5 años desde la finalización de la etapa de construcción de cada sector de conformidad con el considerando 38.

CLÁUSULA OCTAVA: Las partes acuerdan que la compensación a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura por la desafectación de los tramos 1 y 7 del Contrato de Concesión No. 005/1999 es el Valor Presente en Diciembre de 2014 de COP \$11.101 millones de pesos de Diciembre de 1997.

PARÁGRAFO: El valor presente de que trata esta cláusula, se calculó con una tasa real del 7.16%.

CLÁUSULA NOVENA: El Concesionario se compromete a construir 592.6 metros lineales de viaducto, con el fin de completar el alcance necesario de 981.6 metros de viaductos en el tramo 7 del proyecto de Concesión Malla Vial de Valle del Cauca y Cauca, de conformidad con el considerando 27.

CLÁUSULA DÉCIMA. La construcción de los 592.6 metros lineales de viaductos deberá ejecutarse antes del 31 de diciembre de 2016, siempre y cuando el concesionario disponga, en la debida oportunidad, de los predios requeridos para la ejecución de estas obras.

PARÁGRAFO: La ejecución de los 981.6 metros lineales de viaductos, está sujeta al proceso de adquisición predial, entregas de predios por parte del INCODER, INVIAS y la implementación de los planes de reasentamiento poblacional requeridos en las licencias ambientales expedidas por la ANLA para el Sector 1 del Tramo 7, números 0429 del 8 de Mayo de 2014, 1436 del 27 de Noviembre de 2014 y 083 del 29 de Enero de 2015, para los subsectores de la Guaira, Loboguerrero y Zabaletas.

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA. El Costo total de 592.6 metros lineales de Viaducto asciende a Doce Mil Cuatrocientos Noventa y Dos Millones Ocho mil pesos (\$12.492.008.000,00) a precios de diciembre de 1997, discriminados así:

Longitud Viaducto (ml)	Valor Unitario(\$)	Total(\$/Diciembre 1997)
592.6	\$21.080.000	\$ 12.492.008.000

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA. El valor de los 592.6 metros lineales de Viaducto, será compensado con el saldo a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura por la desafectación de los tramos 1 y 7, de la siguiente manera:

Cronograma Ejecución Viaductos	2014	2015	2016
	0%	30%	70%
Inversión Viaductos (millones \$ Dic. 1997)		\$ 3,569	\$ 8,923
Costo Total Ejecución (millones \$ Dic-1997)			\$12.492

PARÁGRAFO 1: El costo total de los viaductos según el cronograma de esta cláusula, en valor presente en diciembre de 2014, es equivalente al Valor Presente establecido en la Cláusula Octava del presente Otrosí, calculado con una tasa real de 7.16%.

PARÁGRAFO 2: En el evento en que el Concesionario no ejecute las obras antes del 31 de diciembre de 2016, o la desafectación a la que se refiere la cláusula sexta no se haga en las fechas establecidas, las Partes acuerdan recalcular el ejercicio financiero, bajo los mismos supuestos utilizados para el ejercicio financiero actual.

PARÁGRAFO 3: En el evento en el que del recalcule establecido en el parágrafo anterior, después de cruzarlo con el desplazamiento de la inversión en viaductos resulte un menor valor para la financiación de la construcción de los 592 metros lineales de viaducto, éste se compensará con el valor disponible a favor de la Agencia por la eliminación de la obligación contractual de la construcción de la nueva estación de peaje LOBOGUERRERO para cobro en dos (2) sentidos y la demolición del peaje actual.

PARAGRAFO 4: En caso de no requerirse compensar al concesionario o de que quedaren recursos disponibles derivados de la eliminación de la obligación contractual de la construcción de la nueva estación de peaje LOBOGUERRERO para cobro en dos (2) sentidos y la demolición del peaje actual, luego del recalcule del ejercicio financiero, estos serán invertidos en el proyecto de conformidad con lo que determine y ordene la ANI.

CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA: Una vez suscrito el presente Otrosí, Las Partes haciendo uso de los mecanismos de solución de controversias realizarán mesas de trabajo para llegar a un acuerdo sobre la cuantificación, valoración y reconocimiento al Concesionario de las obras correspondientes a los puentes

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

peatonales Bello Horizonte y San José, así como del Box de Domingullo, en un término máximo de tres meses.

CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA: Una vez suscrito el presente Otrosí, las partes haciendo uso de lo establecido en el numeral 28.3 de la cláusula 28 del contrato 005 de 1999 procederán a la suscripción de las actas de acuerdo de las obras y/o gastos periódicos derivadas de las obligaciones ambientales que se desprendan de la(s) Licencia(s) Ambiental(es) obtenida(s) o de los Documentos de Evaluación y Manejo Ambiental presentados para los subsectores de Zabaletas, Loboguerrero y La Guaira; así como el contenido en el Acta de Protocolización de Modificación de Acuerdos de Consulta Previa adelantada con la Comunidad Negra de Santander de Quilichao ubicada en el tramo 1 del 27 de Febrero de 2015, en un término máximo de tres meses, siempre y cuando exista aprobación previa por parte de la Interventoría.

PARÁGRAFO: Para aquellas obligaciones de difícil cuantificación (Retornos vehiculares, Rehabilitación y/o construcción de vías, Restitución de Unidades Educativas, etc.), se requerirá que previo a la Suscripción del Acta de Acuerdo, el Concesionario elabore los estudios y diseños correspondientes, que serán asumidos por la ANI (previa aprobación por parte de la Interventoría), para poder establecer cantidades de obra y el respectivo presupuesto, el cual será revisado y avalado por la Interventoría.

CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA: El Concesionario deberá notificar el contenido del presente Otrosí a las Compañías de Seguros con las cuales tiene contratadas las pólizas de seguros que amparan el Contrato de Concesión 005 de 1999 y su Contrato Adicional 13. Así mismo deberá modificar las pólizas de garantía incluyendo la celebración del presente Otrosí.

CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA: Los acuerdos y aclaraciones aquí plasmadas no implican renuncia por parte de la ANI a reclamar desplazamiento de las inversiones en el Contrato de Concesión 005 de 1999 y su Contrato Adicional 13.

CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA: Los acuerdos y aclaraciones aquí plasmadas no implican renuncia por parte del Concesionario a reclamar el reconocimiento de la longitud construida de andenes que no pudieron ser objeto de verificación y cuantificación por la Interventoría Consorcio INTERCOL SP, por corresponder a períodos de anteriores interventorías. El Concesionario se reserva el derecho de acudir a los mecanismos de solución de controversias previstos en la Cláusula 62 del Contrato de Concesión N° 005 de 1999, para procurar el reconocimiento de la misma.

CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA: La presente modificación no conlleva la aceptación del modelo financiero del Adicional No. 13, sobre el cual las partes sostienen una controversia, la cual se podrá dirimir en los términos previstos en la Cláusula 62 del Contrato de Concesión.

CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA: Para todos los efectos, el marco contractual del Proyecto de Concesión Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca, conformado por el Contrato de Concesión No. 005 de 1999 y demás documentos que lo modifican, aclaran y/o adicionan, continúan vigentes, salvo en lo modificado por el presente Otrosí, generando las obligaciones en ellos contenidas. Su no mención en el presente Otrosí no exime a Las Partes del cumplimiento de las mismas.

CLÁUSULA VIGÉSIMA: Mediante el presente documento no se modifica la matriz de riesgos, ni la asignación de los riesgos asumidos tanto por Unión Temporal Desarrollo vial del Valle del Cauca y Cauca, como por la Agencia (anteriormente INCO), de acuerdo con lo previsto en el Contrato de Concesión No.005 de 1999. Por tanto se mantiene la misma asignación de la matriz de riesgos prevista en el Contrato de Concesión y no se pactan obligaciones contingentes adicionales a las existentes.

CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA: El presente Otrosí se perfecciona con la suscripción del mismo por Las Partes.

Para constancia se suscribe en Bogotá D.C., a los 14 JUL 2015.

(Fdo.)

GERMÁN CÓRDOBA ORDOÑEZ
Vicepresidente Ejecutivo
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
DEL VALLE

(Fdo.)

CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE
Representante Legal
UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL
DEL CAUCA Y CAUCA

Revisó: Alfredo Camacho Salas - Apoyo Supervisión VEJ

John Leonidas Zabala Díaz - Apoyo Jurídico VEJ

Aprobó: Andrea Milena Vera Pabón - Gerente Jurídica VEJ

Andrés Renaldo Silva Villegas - Gerente Técnico VEJ

Javier Humberto Fernández Vargas - **Gerente Financiero VEJ**

De acuerdo con el texto en el Adicional 13 sin modificatorios el valor estimado y a precios del mercado de diciembre de 1997 por la suma de: doscientos treinta y un mil ochocientos cincuenta y cinco millones noventa y ocho mil trescientos noventa y siete pesos Colombianos de diciembre de 1997 = \$231.855´098.397=, corresponde a la INVERSIÓN ADICIONAL DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, la cual esta discriminada de la siguiente manera:

Adicional No. 13 de 9 agosto 2006: Tramo 7	
+ Diseños	\$ 7.756´000.000
+ Fondeo Fideicomiso Predios	\$ 7.727´000.000
+ Fondeo Fideicomiso Licencias Ambientales	\$ 5.152´000.000
+ Fondeo Fideicomiso Gestión Social	\$ 1.030´000.000
= Valor correspondiente a la Etapa de Pre-construcción	\$ 21.665´000.000

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

+ Valor correspondiente a la Etapa de Construcción \$ 210.190'098.397
Valor Adicional de la Inversión del Concesionario en el Proyecto según Adicional 143 de \$ 231.855'098.397
\$231.855 Millones de pesos a precios del mercado de diciembre de 1997

- De acuerdo con el texto citado anteriormente, el incremento en el valor estimado del Adicional 13 sin modificatorios por concepto de INGRESO ESPERADO POR EL CONCESIONARIO (forma de pago), por efecto de este contrato adicional es de: Tres billones ochocientos cuarenta mil doscientos sesenta y cinco millones catorce mil ciento cuarenta y nueve pesos = \$3.840.265'014.149= a precios del mercado de diciembre de 1997; la discriminación se observa para cada uno de los meses con el detalle incluido en el Apéndice de este informe, extractado del Flujo de Caja presentado por el Concesionario, valor proyectado a obtener en el mes No. 633 en la proyección: entre el 1 y el 31 de marzo de 2059¹⁰¹.
- 2] Con relación a Libros de contabilidad o anexos existentes en las oficinas de la UT: En la contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, entre enero de 2005 a junio de 2016, se encontró que los registros contables por concepto del ingreso recibido de las estaciones de peaje, no se reporta en cuentas contables separadas por estaciones y tampoco asociados a cada tramo, sector variante ó intersección e individualizada en centros de costos para cada documento de modificación (conforme las desafectaciones, compensaciones de construcciones, ampliaciones de plazo, las obras excluidas, incluidas, adicionales, pendientes y acuerdos entre las partes) con los importes derivados de los ingresos, costos y gastos reportados.
- 3] Con relación a: Cronograma de inversiones y cronograma de obras a ejecutar, obras ejecutadas y labores pendientes en cada etapa y en desarrollo del Adicional 13 sin modificatorios Contrato de Concesión 005 de 1999,
Se extracta del Informe de Interventoría identificado con el No.CISP-OP-0431-319-2016 de fecha 2 de agosto de 2016, página 18 de 41 y que se adjunta a este informe, en relación con el incremento de inversión estimada de: doscientos treinta y un mil ochocientos cincuenta y cinco millones noventa y ocho mil trescientos noventa y siete pesos Colombianos de diciembre de 1997 = \$231.855'098.397= **y para cada uno de los tramos del alcance físico en que se sectorizó la construcción, lo siguiente: "Los cálculos se hicieron suponiendo que las inversiones se efectuaron de manera lineal en el tiempo, pues no se tienen cronogramas de ejecución de obra ni de inversión."**
- 4] Con relación al valor esperado de la retribución¹⁰² del contratista:
Al respecto, de manera ilustrativa, con relación al interrogante planteado para el requerimiento de determinación: **"o lo que la perita entienda que constituye la contraprestación del contratista", me permito señalar:**

"Ley 80 de octubre de 1993 - III. DEL CONTRATO ESTATAL -

Artículo 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES - 4o. Contrato de concesión

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

Como se describe en los numerales anteriores, para realizar los análisis y evaluaciones financieras relacionadas con el desplazamiento del valor estimado de la INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, incluyendo los Adicionales 6 y 8 no se contó con los flujos de caja mensuales originalmente previstos para el proyecto en el plazo inicial para cada uno de los tramos del alcance físico en que se sectorizó la construcción y/o rehabilitación, tampoco los flujos de caja mensuales conforme a los modificatorios de plazos suscritos entre las partes en la etapa de Pre-construcción y/ó Construcción, que frente a los flujos de caja mensuales plazos reales de ejecución, permitieran determinar de manera sustentada y no estimada ó bajo supuestos la posible afectación, como lo requería la petición.

En conclusión, para de manera estimada, medir el efecto en los flujos de caja mensuales esperados del Concesionario, como se expresó en las páginas 26 a 31 y 37 a 41 anteriores, no se cuenta con la información y datos al respecto, sino con valores globales, de tal forma que la determinación requerida no es posible atenderla. En detalle para el valor estimado de la INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, teniendo en cuenta los desplazamientos, conforme las desafectaciones, compensaciones de construcciones, ampliaciones de plazo, las obras excluidas, incluidas, adicionales, pendientes y acuerdos entre las partes, como por ejemplo los advertidos en los Otrosí No.9 de enero 23 de 2014 y Otrosí No.10 de julio 14 de 2015, que implicarían cambios de información en el flujo de caja inicial no solo por aporte de capital al proyecto a cargo del Concesionario, sino también en los valores estimados de ingresos por el recaudo de los peajes con los cambios establecidos por las partes; conforme lo expresado no se cuenta

¹⁰¹ "En el mes 632 es de \$3.837.896,98 millones de pesos de diciembre de 1997 y en el mes 633 es de \$3.848.678,65 millones de pesos de diciembre de 1997, por lo anterior y dado que el ejercicio contempla periodos de tiempo mensuales, el ingreso esperado por valor de \$3.840.265 millones de pesos de diciembre de 1997 se concluye que se obtiene entre el 1 y el 31 de marzo de 2059 (mes 633 de ejercicio)."

¹⁰² En los ingresos (esperado y efectivo) del contratista, o lo que la perita entienda que constituye la **contraprestación del contratista".**

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

con los Flujos de Caja Ajustados a los modificatorios, necesarios para la evaluación financiera encaminada a afirmar que **"el desplazamiento en el cronograma de inversiones de los Adicionales 6 y 8 del Contrato de Concesión 005 de 1999 generó una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista."** Teniendo en cuenta lo anterior, el apoderado de la ANI formuló la siguiente solicitud¹⁰³:

"Solicito se ordene a la perita responder la pregunta No 4 del cuestionario que le fuera formulada por la convocante en la audiencia de su posesión, porque el auxiliar de la justicia se ha excusado en que no contaba con los flujos de caja mensuales originalmente previstos para el proyecto.

(...)

En primer término a la perita no se le solicitó que respondiera con base en los flujos de caja mensuales, en segundo lugar, no es cierto que para responder el interrogante no tenga los elementos necesarios, porque además de los documentos que ella recaudó en las diligencias de inspección y exhibición obran entre otros el oficio UTDVVCC 1056-06 del 6 de julio de 2006, el cual contiene como propuesta del Concesionario, el modelo financiero con el que se estableció el Ingreso Esperado del Adicional No. 13, dicho modelo contiene el flujo de caja en el que se evidencia el cronograma inicial de inversión, propuesto por el concesionario, oficio CISP-OP-043-319-2016 del 2 de agosto de 2016. Con base en estos documentos la perita puede responder el interrogante, y por ello solicito se le ordene adicionar su experticia para dar respuesta a esta pregunta.

En las preguntas anteriores se demostró cómo la perita puede responder con base en la información disponible. Adicionalmente, la perita puede calcular el valor presente neto de los montos de inversión con base en los cronogramas originales y desplazados de obra, utilizando las TIR del respectivo adicional y verificar así el impacto del desplazamiento en la rentabilidad del Concesionario. Si la perita calcula el valor presente de ambos flujos con base en la respectiva TIR, podrá verificar el monto a esa fecha en el cual el Concesionario se benefició o se perjudicó como consecuencia del desplazamiento de las obras. Ese monto puede ser llevado a la fecha de hoy utilizando la misma tasa de descuento para calcular el valor a hoy del **posible beneficio o perjuicio."**

La perita en su escrito de aclaraciones expresó lo siguiente¹⁰⁴:

"Se reitera lo expresado en la respuesta a páginas 43 a 71 del peritaje, con relación a la información tenida en cuenta para realizar los análisis y atender la determinación requerida en esta pregunta y necesarios para la evaluación financiera encaminada a afirmar que "el desplazamiento en el cronograma de inversiones del Contrato 005 de 1999, que incluye los tramos 1 - 6, generó una diferencia favorable en el valor esperado de la retribución del contratista".

El valor estimado del Adicional 13 y a precios del mercado de diciembre de 1997, por la suma de: doscientos treinta y un mil ochocientos cincuenta y cinco millones noventa y ocho mil trescientos noventa y siete pesos Colombianos de diciembre de 1997 = \$231.855´098.397=, corresponde a la INVERSIÓN ADICIONAL DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, la cual esta discriminada de la siguiente manera:

Adicional No. 13 de 9 agosto 2006: Tramo 7

+ Diseños	\$ 7.756´000.000
+ Fondeo Fideicomiso Predios	\$ 7.727´000.000
+ Fondeo Fideicomiso Licencias Ambientales	\$ 5.152´000.000
+ Fondeo Fideicomiso Gestión Social	\$ 1.030´000.000
= Valor correspondiente a la Etapa de Pre-construcción	\$ 21.665´000.000
+ Valor correspondiente a la Etapa de Construcción	\$ 210.190´098.397

Valor Adicional de la Inversión del Concesionario en el Proyecto según Adicional 143 de \$ 231.855´098.397 \$231.855 Millones de pesos a precios del mercado de diciembre de 1997

Con relación a: Cronograma de inversiones y cronograma de obras a ejecutar, obras ejecutadas y labores pendientes en cada etapa y en desarrollo del Adicional 13 y a precios del mercado de diciembre de 1997, del documento No.CISP-OP-0431-319-2016 de fecha 2 de agosto de 2016, página 18 de 41 de la Interventoría y que se adjunta a este informe, para los costos estimados de cada uno de los sectores del alcance físico en que se sectorizó la construcción, lo siguiente: **"Los cálculos se hicieron suponiendo que las inversiones se efectuaron de manera lineal en el tiempo, pues no se tienen cronogramas de ejecución de obra ni de inversión."**

Lo anterior significa que el valor de adicional correspondiente a la etapa de construcción (sin incluir infraestructura) se encuentra estimado de manera igual (lineal en mensualidades) para cada uno de los **tramos como producto de la operación aritmética de "división" del valor total de la inversión (en el caso de construcción) entre los meses del plazo, como se ilustra la operación aritmética siguiente:**

Tramo 7 - Segunda calzada Mediacanoa - Loboguerrero.

Fecha inicial 01-oct-2007

Fecha final 01-oct-2012

Plazo 60,00 Meses

Valor Inversión (Etapa de Construcción) en \$dic.1997 por 210.190.098.397, dividida en mensualidades iguales, para 60 meses =3.503´168.307 entre octubre de 2007 y septiembre de 2012

Como se observa para el Tramo 7, Sectores 1, 2 y 3, no se conoce la distribución de la inversión en cada uno de los meses conforme a los cronogramas de obras a ejecutar en el plazo por parte del Concesionario, que de manera proyectada podría servir para comparar con la ejecución real en cada uno de los meses de

¹⁰³ Fl.711 del Cuaderno Principal No. 5

¹⁰⁴ Páginas 65-67 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

ejecución del proyecto y reconocida en los libros de contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, como se mencionó en la respuesta y que recogerían los importes teniendo en cuenta los desplazamientos; Todo lo anterior necesario para adelantar los análisis desde el punto de vista financiero, sin contar con cronogramas de ejecución de obra ni de inversión para el plazo inicial, necesarios para despejar una respuesta para el posible desplazamiento, ofreciendo certeza de lo que ocurrió con la ejecución de esta obra.

Como se observa para el Tramo 7 anterior no se conoce la distribución de la inversión en cada uno de los meses conforme a los cronogramas de obras a ejecutar en el plazo por parte del Concesionario, que de manera proyectada para la obra inicial como para la ajustada que podría servir para comparar con la ejecución real en cada uno de los meses de ejecución del proyecto y reconocida en los libros de contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, como se mencionó en la respuesta y que recogerían los importes teniendo en cuenta los desplazamientos; Todo lo anterior necesario para adelantar los análisis desde el punto de vista financiero, requeridos, despejando una respuesta para el desplazamiento con bases hipotéticas, ofreciendo certeza de lo que ocurrió.

Informamos la obra programada y la ejecutada no pueden ser iguales a lo largo de los meses en virtud de lo que se observa en resumen las obras a ejecutar acorde al Adicional No.13 y los otros sí 9 y 10 según documento No.CISP-OP-0431-319-2016 de fecha 2 de agosto de 2016 de la Interventoría, página 19, que se adjunta a este informe,

"Obras contratadas

- Alcance		Físico	inicial	Alcance Físico Actual	Otrosí No.9 y No.10 del	No.005/99.	
Anexo 1, del Adicional No. 13				del Adicional No.13			
Descripción		Cantidad	Unidad	Descripción	Cantidad	Unidad	
Construcción calzada	segunda	47.6	Km/CS	Construcción calzada	47.6	Km/CS	
Retornos dobles		9	un	Retornos dobles	5	un	
Retornos sencillos		0	un	Retomas sencillos	10	un	
Construcción vehiculares	Puentes	2	un	Construcción vehiculares	4	un	
Construcción vehiculares	Viaductos	0	un	Construcción vehiculares	13	un	
intersecciones a Desnivel		4	un	Intersecciones a Desnivel	2	un	
Área de Servicio		1	un	Área de Servicio	1	un	
Estación de peaje		1	un	Estación de peaje	0	un	
Estación de pesaje		2	un	Estación da pesaje	2	un	
Pasos inferiores		1	un	Pasos inferiores	1	un "	

Lo cual tiene efectos en el valor del dinero en función del tiempo; para este caso los cálculos requeridos tendrían como base las inversiones ya fueran programadas ó ejecutadas y su expresión en dinero con capacidad de devengar intereses durante un período de tiempo determinado, a efectos de realizar las comparaciones y ofrecer la respuesta requerida.

Con relación a la inversión realizada por la ejecución del proyecto y reconocida en los libros de contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, se observa que se encuentra reportada sin registrar a qué sector, variante o intersección ó **modificadorio al cual pertenece."**

Junto con lo anterior, la apoderada de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, formuló la siguiente solicitud¹⁰⁵:

"La perita de nuevo fragmenta las frases que integran la pregunta y procede a pronunciarse sobre ellos, sin embargo no responde el interrogante formulado.

En el punto 1 sobre las inversiones del Contrato Adicional No. 13 de fecha 13 de agosto de 2006 del contrato de concesión No 005 de 1999 se transcriben entre las páginas 43 a 68 los artículos de este adicional, como también las consideraciones y cláusulas del Otro sí No. 9 de 23 de enero de 2014 y del Otro sí No. 10 del 14 de julio de 2015, luego de lo cual alude al valor estimado del adicional 13, para finalmente afirmar lo siguiente:

De acuerdo con el texto citado anteriormente, el incremento en el valor estimado del Adicional 13 sin modificatorios por concepto de INGRESO ESPERADO POR EL CONCESIONARIO (forma de pago). por efecto de este contrato adicional es de: Tres billones ochocientos cuarenta mil doscientos sesenta y cinco millones catorce mil ciento cuarenta y nueve pesos =S3.840.265.014.149= a precios del mercado de diciembre de 1997; la discriminación se observa para cada uno de los meses con el detalle incluido en el Apéndice de este informe, extractado del Flujo de Caja presentado por el Concesionario, valor proyectado a obtener en el mes No. 633 en la proyección: entre el 1 y el 31 de marzo de 2059.

La perita no explica si el desplazamiento en el cronograma de inversiones del Contrato Adicional No.13 generó una diferencia favorable o no en el valor esperado de retribución del contratista.

El dictamen presenta unas cifras a diciembre de 1997, alude a un apéndice, pero no explica su contenido ni las valoraciones que realizó para consignar esos valores.

En el punto 2 en relación con relación a Libros de contabilidad o anexos existentes en la oficina de la UT, afirmó haber encontrado **"que los registros contables por concepto del ingreso recibido en las estaciones de peaje, no se reporta en cuentas contables separadas por estaciones y tampoco asociados a cada tramo, sector variante o intersección e individualizada en centros de costos para cada documento (...)." (Pág. 69).**

¹⁰⁵ Fl. 741 del Cuaderno Principal No. 5

En el punto 3 con relación al cronograma de inversiones y cronogramas de obras a ejecutar, obras ejecutadas y labores pendientes en cada etapa y en desarrollo del adicional No. 13, se limitó a referir fragmentos del informe de interventoría del 2 de agosto de 2016 para explicar que no existen cronogramas de ejecución de obra ni de inversión.

No analizó las actas de finalización de etapas de construcción e inicio de operación de los diversos tramos, no aludió a los documentos contables indicativos de inversiones efectivas y su comportamiento en el tiempo.

En el punto 4 sobre el valor esperado de la retribución del contratista, transcribió nuevamente el artículo 32, numeral 4 de la ley 80 y concluyó:

Como se describe en los numerales anteriores, para realizar los análisis y evaluaciones financieras relacionadas con el desplazamiento del valor estimado de la INVERSION DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, incluyendo los Adicionales 6 y 8 no se contó con los flujos de caja mensuales originalmente previstos para el proyecto en el plazo inicial para cada uno de los tramos del alcance físico en que se sectorizó la construcción y/o rehabilitación, tampoco los flujos de caja mensuales conforme a los modificatorios de plazos suscritos entre las partes en la etapa de Pre-construcción y/o Construcción, que frente a los flujos de caja mensuales plazos reales de ejecución, permitieran determinar de manera sustentada y no estimada ó bajo supuestos la posible afectación, como lo requería la petición,

En conclusión, para de manera estimada medir el efecto en los flujos de caja mensuales esperados del Concesionario, como se expresó en las páginas 26 a 31 y 37 a 41 anteriores, no se cuenta con la información y datos al respecto, sino con valores globales, de tal forma que la determinación requerida no es posible atenderla. En detalle para el valor estimado de la INVERSION DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, teniendo en cuenta los desplazamientos, conforme las desafectaciones, compensaciones de construcciones, ampliaciones de plazo, las obras excluidas, incluidas, adicionales pendientes y Otrosí No 10 de julio 14 de 2015, que implicarían cambios de información en el flujo de caja inicial no solo por aporte de capital al proyecto a cargo del Concesionario sino también en los valores estimados de ingresos por el recaudo de los peajes con los cambios establecidos por las partes; conforme lo expresado no se cuenta con los Flujos de Caja Ajustados a los modificatorios, necesarios para la evaluación financiera encaminada a afirmar que "el desplazamiento en el cronograma de inversiones de los Adicionales 6 y 8 del Contrato de Concesión 005 de 1999 generó una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista". Frente a este interrogante la perita, con sustento en que no contaba con datos contables mensuales sino globales, se abstuvo de contestar la pregunta formulada.

Conclusión

Se advierte así que la respuesta no fue contestada, no se consultó la contabilidad para verificar si el desplazamiento en el cronograma de inversiones del Contrato Adicional 13 del contrato de concesión 005 de 1999 le generaron al contratista una diferencia favorable, no se refiere la experta a los documentos contables que analizó para verificar el comportamiento efectivo de las inversiones.

Petición de adición del dictamen

Se solicita respetuosamente a la experta que conteste la pregunta 4 a cuyo efecto pedimos que relacione los documentos físicos e informáticos que revisó y el método de valoración utilizado. Es importante además que la perita informe sobre los requerimientos que realizó para obtener la documentación completa."

Frente a la solicitud de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado la perita en su escrito del 10 de octubre de 2016 expresó¹⁰⁶:

"Se reitera especialmente lo expresado en la respuesta en el dictamen pericial y se precisa aparte de la Interventoría No. CISP-OP-0431-319-2016 de fecha 2 de agosto de 2016, "[...] no se tienen cronogramas de ejecución de obra ni de inversión."

De acuerdo con lo explicado en la respuesta del dictamen no se podía atender el requerimiento y como se manifestó en la página 70 del citado documento.

Con relación a los documentos base de los análisis para responder el dictamen con el alcance dado por las preguntas aprobadas y examen de los registros contables cuando la pregunta lo señalaba, como producto de las indagaciones en la Sociedad Concesionaria, en la Entidad Fiduciaria y en la Agencia Nacional de Infraestructura "ANI", como se informó y se soportó en los anexos del dictamen pericial, se complementa la respuesta incluyendo relación de archivos magnéticos recibidos, en el Apéndice de estas aclaraciones y complementaciones."

Pregunta 5:

"Determinará si, teniendo en cuenta los libros de contabilidad o anexos existentes en las oficinas de la UT, informes de ejecución y avance de obra de la interventoría y demás documentos que lleguen a obrar en el proceso, el desplazamiento en el cronograma de inversiones del Otrosí No. 2 al Adicional 13 del Contrato de Concesión 005 de 1999 generó una diferencia favorable en el valor esperado de retribución¹⁰⁷ del contratista."

La perita en el dictamen del 26 de septiembre contestó¹⁰⁸:

"En los numerales siguientes se describe la información tenida en cuenta para realizar los análisis y atender la determinación requerida en esta pregunta: "el desplazamiento en el cronograma de inversiones del Adicional 13 del Contrato de Concesión 005 de 1999":

- 1] Con relación a las Inversiones del Otrosí No. 2 al Adicional 13 de fecha 14 de enero de 2008, al Contrato de Concesión No. 005 de 1999, se extracta el valor estimado del adicional como costo de las obras (por modificación del trazado vial establecido para la construcción de la segunda calzada, del Tramo Mediacaño – Loboguerrero al paso por la Reserva Forestal de Yotoco, "para lo cual el Concesionario se obliga a realizar bajo su cuenta y riesgo los estudios, los diseños definitivos y la construcción del

¹⁰⁶ Página 23 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

¹⁰⁷ En los ingresos (esperado y efectivo) del contratista, o lo la perita entienda que constituye la retribución del contratista

¹⁰⁸ Páginas 72 a 74 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Par Vial, rodeando la Reserva Forestal de Yotoco en una longitud de 7200 mts, obteniéndose como longitud adicional a la inicialmente contratada una distancia de 2250 mts, de acuerdo con la sección establecida en las Especificaciones Técnicas del Anexo No.1 del contrato Adicional No.13 al Contrato de Concesión No.005 de 1999. Igualmente se incluye la construcción de 202 metros lineales de **puentes vehiculares estimados para este par Vial”), de: Trece mil ciento setenta y dos millones novecientos setenta y ocho mil seiscientos noventa y un pesos de diciembre de 1997 = \$13.172'978.691=, como VALOR ADICIONAL DE LA INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO así:**

Otrosí No.2 al Adicional No. 13 Tramo 7

+ Obras	\$ 7.882.128.690
+ Diseños	\$ 290.850.001
+ Gestión Predial	\$ 2.000.000.000
+ Gestión Ambiental	\$ 3.000.000.000
Valor adicional de la Inversión del Concesionario en el Proyecto según Otrosí 2 al Adicional 13, de \$13.172,9 Millones de pesos a precios del mercado de diciembre de 1997.	\$ 13.172'978.691

El incremento en el valor estimado del Otrosí No. 2 al Adicional 13 sin modificatorios por concepto de INGRESO ESPERADO POR EL CONCESIONARIO (forma de pago), por efecto de este adicional es de: Treinta y cinco mil veinticinco millones de pesos de diciembre de 1997 = \$35.025'000.000= a precios del mercado de diciembre de 1997; la discriminación se observa para cada uno de los meses con el detalle incluido en el Apéndice de este informe, extractado del Flujo de Caja presentado por el Concesionario, valor proyectado a obtener en el mes No. 8/5 en la proyección: entre el 1 y el 28 de febrero de 2015

- 2] Con relación a Libros de contabilidad o anexos existentes en las oficinas de la UT: En la contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, entre enero de 2005 a junio de 2016, se encontró que los registros contables por concepto del ingreso recibido de las estaciones de peaje, no se reporta en cuentas contables separadas por estaciones y tampoco asociados a cada tramo, sector variante ó intersección e individualizada en centros de costos para cada documento de modificación (conforme las desafectaciones, compensaciones de construcciones, ampliaciones de plazo, las obras excluidas, incluidas, adicionales, pendientes y acuerdos entre las partes) con los importes derivados de los ingresos, costos y gastos reportados.

- 3] Con relación a: Cronograma de inversiones y cronograma de obras a ejecutar, obras ejecutadas y labores pendientes en cada etapa y en desarrollo del Otrosí No. 2 al Adicional 13 sin modificatorios Contrato de Concesión 005 de 1999,

Se extrae del Informe de Interventoría identificado con el No. CISP-OP-0431-319-2016 de fecha 2 de agosto de 2016, página 21 de 41 y que se adjunta a este informe, en relación al incremento de inversión estimada de: Trece mil ciento setenta y dos millones novecientos setenta y ocho mil seiscientos noventa y un pesos de diciembre de 1997 = \$13.172'978.691= y para cada uno de los tramos del alcance físico en que se sectorizó la construcción, lo siguiente: **“Los cálculos se hicieron suponiendo que las inversiones se efectuaron de manera lineal en el tiempo, pues no se tienen cronogramas de ejecución de obra ni de inversión.”**

- 4] Con relación al valor esperado de la retribución¹⁰⁹ del contratista:

Al respecto, de manera ilustrativa, con relación al interrogante planteado para el requerimiento de **determinación: “o lo que la perita entienda que constituye la contraprestación del contratista”, me permito señalar:**

“Ley 80 de octubre de 1993 - III. DEL CONTRATO ESTATAL

Artículo 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES - 4o. Contrato de concesión

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

Como se describe en los numerales anteriores, para realizar los análisis y evaluaciones financieras relacionadas con el desplazamiento del valor estimado de la INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, incluyendo los Adicionales 6, 8 y el Otrosí No. 2 al Adicional 13, no se contó con los flujos de caja mensuales originalmente previstos para el proyecto en el plazo inicial para cada uno de los tramos del alcance físico en que se sectorizó la construcción y/o rehabilitación, tampoco los flujos de caja mensuales conforme a los modificatorios de plazos suscritos entre las partes en la etapa de Pre-construcción y/o Construcción, que frente a los flujos de caja mensuales plazos reales de ejecución, permitieran determinar de manera sustentada y no estimada ó bajo supuestos la posible afectación, como lo requería la petición. En conclusión, para de manera estimada, medir el efecto en los flujos de caja mensuales esperados del Concesionario, como se expresó en las páginas 26 a 31, 37 a 41 y 55 a 56 anteriores, no se cuenta con la

¹⁰⁹ En los ingresos (esperado y efectivo) del contratista, o lo que la perita entienda que constituye la **contraprestación del contratista”.**

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

información y datos al respecto, sino con valores globales, de tal forma que la determinación requerida no es posible atenderla. En detalle para el valor estimado de la INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, teniendo en cuenta los desplazamientos, conforme las desafectaciones, compensaciones de construcciones, ampliaciones de plazo, las obras excluidas, incluidas, adicionales, pendientes y acuerdos entre las partes, como por ejemplo los advertidos en los Otrosí No.9 de enero 23 de 2014 y Otrosí No.10 de julio 14 de 2015, que implicarían cambios de información en el flujo de caja inicial no solo por aporte de capital al proyecto a cargo del Concesionario, sino también en los valores estimados de ingresos por el recaudo de los peajes con los cambios establecidos por las partes; conforme lo expresado no se cuenta con los Flujos de Caja Ajustados a los modificatorios, necesarios para la evaluación financiera **encaminada a afirmar que "el desplazamiento en el cronograma de inversiones del Otrosí No. 2 al Adicional 13 del Contrato de Concesión 005 de 1999 generó una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista."**

El apoderado de la ANI formuló, respecto de la respuesta anterior, la siguiente solicitud¹¹⁰:

"Solicito se ordene a la perita responder la pregunta No 5 del cuestionario que le fuera formulada por la convocante en la audiencia de su posesión, porque el auxiliar de la justicia se ha excusado en que no contaba con los flujos de caja mensuales originalmente previstos para el proyecto.

(...)

En primer término, a la perita no se le solicitó que respondiera con base en los flujos de caja mensuales, en segundo lugar, no es cierto que para responder el interrogante no tenga los elementos necesarios, porque además de los documentos que ella recaudó en las diligencias de inspección y exhibición obran entre otros el oficio UTDVVCC 0047-2008 del 11 de enero de 2008, el cual contiene como propuesta del Concesionario, el modelo financiero con el que se estableció el Ingreso Esperado del otrosí No. 2 al adicional No. 13, dicho modelo contiene el flujo de caja en el que se evidencia el cronograma inicial de inversión, propuesto por el concesionario, oficio CISP-OP-0431-319-2016 del 2 de agosto de 2016. Con base en estos documentos la perita puede responder el interrogante, y por ello solicito se le ordene adicionar su experticia para dar respuesta a esta pregunta.

En las preguntas anteriores se demostró cómo la perita puede responder con base en la información disponible. Adicionalmente, la perita puede calcular el valor presente neto de los montos de inversión con base en los cronogramas originales y desplazados de obra utilizando las TIR del respectivo adicional y verificar así el impacto del desplazamiento en la rentabilidad del Concesionario. Si la perita calcula el valor presente de ambos flujos con base en la respectiva TIR, podrá verificar el monto a esa fecha en el cual el Concesionario se benefició o se perjudicó como consecuencia del desplazamiento de las obras. Ese monto puede ser llevado a la fecha de hoy utilizando la misma tasa de descuento para calcular el valor a hoy del **posible beneficio o perjuicio."**

A esta solicitud, la perita contestó así¹¹¹:

"Se reitera lo expresado en la respuesta a páginas 72 a 74 del peritaje, con relación a la información tenida en cuenta para realizar los análisis y atender la determinación requerida en esta pregunta y necesarios para la evaluación financiera encaminada a afirmar que "el desplazamiento en el cronograma de inversiones del Contrato 005 de 1999, que incluye los tramos 1 - 6, generó una diferencia favorable en el valor esperado de la retribución del contratista."

El valor estimado del Otrosí No. 2 al Adicional 13 y a precios del mercado de diciembre de 1997, por la suma de: de: Trece mil ciento setenta y dos millones novecientos setenta y ocho mil seiscientos noventa y un pesos de diciembre de 1997 =**\$13.172'978.691=, corresponde a la INVERSIÓN ADICIONAL DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, la cual esta discriminada de la siguiente manera:**

Otrosí No.2 al Adicional No. 13 Tramo 7

+ Obras	\$ 7.882.128.690
+ Diseños	\$ 290.850.001
+ Gestión Predial	\$ 2.000.000.000
+ Gestión Ambiental	\$ 3.000.000.000
Valor adicional de la Inversión del Concesionario en el Proyecto según Otrosí 2 al Adicional 13, de \$13.172,9 Millones de pesos a precios del mercado de diciembre de 1997.	\$ 13.172 '978.691

Con relación a: Cronograma de inversiones y cronograma de obras a ejecutar, obras ejecutadas y labores pendientes en cada etapa y en desarrollo del Otrosí No. 2 al Adicional 13 y a precios del mercado de diciembre de 1997, del documento No,CISP-OP-0431-319-2016 de fecha 2 de agosto de 2016, página 21 de 41 de la Interventoría y que se adjunta a este informe, para los costos estimados de cada uno de los **sectores del alcance físico en que se sectorizó la construcción, lo siguiente: "Los cálculos se hicieron suponiendo que las inversiones se efectuaron de manera lineal en el tiempo, pues no se tienen cronogramas de ejecución de obra ni de inversión."**

Lo anterior significa que el valor del adicional correspondiente a la etapa de construcción (sin incluir infraestructura) se encuentra estimado de manera igual (lineal en mensualidades) para cada uno de los tramos como producto de la operación aritmética de "división" del valor total de la inversión (en el caso de construcción) entre los meses del plazo, como se ilustra la operación aritmética siguiente:

Tramo 7 -Par vial reserva forestal Yotoco

Fecha inicial 01-oct-2007

¹¹⁰ Fl. 711 rev. del Cuaderno Principal 5

¹¹¹ Páginas 69 a 71 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Fecha final 01-oct-2012

Plazo 60,00 Meses

Valor Inversión (Obras) en \$dic.1997 por 7.882.128.690, dividida en valores iguales para 60 partes =131.368.812 entre octubre 2007 y septiembre 2012.-

Como se observa para el Tramo 7, no se conoce la distribución de la inversión en obras en cada uno de los meses conforme a los cronogramas de obras a ejecutar en el plazo por parte del Concesionario, que de manera proyectada podría servir para comparar con la ejecución real en cada uno de los meses de ejecución del proyecto y reconocida en los libros de contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, como se mencionó en la respuesta y que recogerían los importes teniendo en cuenta los desplazamientos; Todo lo anterior necesario para adelantar los análisis desde el punto de vista financiero, sin contar con cronogramas de ejecución de obra ni de inversión para el plazo inicial, despejando una respuesta para el desplazamiento con bases hipotéticas, ofreciendo certeza de lo que ocurrió.

Como se observa para el Tramo 7 anterior no se conoce la distribución de la inversión en cada uno de los meses conforme a los cronogramas de obras a ejecutar en el plazo por parte del Concesionario, que de manera proyectada para la obra inicial como para la ajustada podría servir para comparar con la ejecución real en cada uno de los meses de ejecución del proyecto y reconocida en los libros de contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, como se mencionó en la respuesta y que recogerían los importes teniendo en cuenta los desplazamientos; Todo lo anterior necesario para adelantar los análisis desde el punto de vista financiero, requeridos, despejando una respuesta para el desplazamiento con bases hipotéticas, ofreciendo certeza de lo que ocurrió.

La obra programada y la ejecutada no pueden ser iguales a lo largo de los meses en virtud de lo que se observa contratado con el Adicional No13 y los otros sí 9 y 10 según documento No.CISP-OP-0431-319-2016 de fecha 2 de agosto de 2016 de la Interventoría, página 19, que se adjunta a este informe: "Objeto. Modificar el trazado vial establecido para la Segunda calzada entro Mediacanoa y Loboguerrero al paso por la Reserva Forestal de Yotoco, paralela a la vía existente entre el K98+200 y el K103+150; para lo cual el Concesionario se obliga a realizar bajo su cuenta y riesgo los estudios, los diseños definitivos y la construcción del Par Vial rodeando la Reserva Forestal de Yotoco. Así mismo, la construcción de 202 metros lineales de puentes vehiculares estimados para el Par Vial de la Reserva Forestal de Yotoco"

Lo cual tiene efectos en el valor del dinero en función del tiempo; para este caso los cálculos requeridos tendrían como base las inversiones ya fueran programadas o ejecutadas y su expresión en dinero con capacidad de devengar intereses durante un período de tiempo determinado, a efectos de realizar las comparaciones y ofrecer la respuesta requerida.

Con relación a la inversión realizada por la ejecución del proyecto y reconocida en los libros de contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, se observa que se encuentra reportada sin registrar a qué sector, variante o intersección ó **modificadorio al cual pertenece."**

En audiencia de contradicción del dictamen el apoderado de la ANI cuestionó el dicho de la perita, y ella respondió a las preguntas formuladas por dicho apoderado así¹¹²:

"DR. BEJARANO: Vamos a la pregunta 7. ¿Diga si el otrosí No.2 al adicional 13, se hizo con base en un modelo financiero que incluyera un cronograma de inversión con fechas y montos?

SRA. CEPEDA: El otrosí No. 2 al adicional 13, figura con una propuesta que adjunta una proyección o un flujo de caja en donde hay establecidos unas inversiones por meses y de manera global, sí señor.

DR. BEJARANO: Por meses y montos.

SRA. CEPEDA: Y montos globales, sí señor.

DR. BEJARANO: Usted recibió copia de ese modelo o de ese documento.

SRA. CEPEDA: Claro, sí señor.

DR. BEJARANO: ¿Diga si es posible cambiar las fechas de las inversiones en el modelo por las fechas reales de inversión que les fueron suministradas por la interventoría y bajo ese procedimiento calcular el impacto generado por este desplazamiento?

SRA. CEPEDA: Sí señor, es posible haciendo la salvedad que corresponden a valores globales de inversión.

DR. BEJARANO: Aquí tengo una expresión de un documento que le voy a dar "completo". ¿Usted recibió copia de un archivo denominado "Otrosí No.2+EY_71N16.XLS"?

SRA. CEPEDA: Sí señor, lo recibí de la ANI.

DR. BEJARANO: ¿Usted recuerda si en ese archivo existe una hoja denominada desplazamiento EY?

SRA. CEPEDA: Claro, sí señor, que son los ejercicios que hace la firma Ernst & Young pero como le digo, toma los valores globales de la inversión de manera mensual, es correcto.

DR. BEJARANO: ¿Pero en esa hoja hay un cuadro que tiene la inversión mensual según la programación de obra inicial y la programación de obra real mes a mes?

SRA. CEPEDA: Correcto, sí señor y rima con los documentos adicionales, los documentos que muestran prórroga o plazos adicionales.

DR. BEJARANO: Entonces, ¿por qué no hizo un análisis similar para responder lo preguntado si contaba con esa información a su disposición?

SRA. CEPEDA: Correcto, porque la pregunta que pidieron fue con base en el cronograma de obra frente a la inversión identificada en la contabilidad del Fideicomiso y yo sí miré e hice esos estudios, no solo el de Ernst & Young sino el de SAC Consulting y de Valores y Estrategias, todos los ejercicios, tengo la satisfacción

¹¹² Fls 508 Anv. a 514 Cuaderno de Pruebas No. 21.

de haberlos hechos pero les criticaba que no representaban lo que pasó en realidad en esta ejecución de este proyecto y mal haría yo, no teniendo certeza y tomando valores globales, determinar un importe como que a favor del uno o como a favor del otro máxime cuando su pregunta me decía que mirando la contabilidad y los cronogramas de inversión de obra: perdón, si la pregunta hubiese sido un poquito diferente, seguro, yo los tengo hasta hecho, pero me daba pena decir que el uno tiene que pagarle al otro una diferencia del valor presente por esto y esto, cuando yo no tengo certeza que las obras se ejecutaron por mensualidades iguales pero seguro que lo hubiera entregado y lo hubiera hecho.

DR. BEJARANO: En su dictamen usted afirmó nuevamente algo parecido a lo anterior en la otra pregunta. **“La obra programada y ejecutada no pueden ser iguales a lo largo de los meses”**. ¿Cuál es la razón técnica, financiera o lógica que soporta esa aseveración?

SRA. CEPEDA: Son muchas, muchísimas, hablando con muchos ingenieros, recuerdo algunas. A pesar de **hablar de un mismo tramo las obras que se hacen a lo largo del tiempo en un conjunto de meses, respetan...** cada mes, no es lo mismo una obra en diciembre que una en Semana Santa, que una en febrero, no es lo mismo una obra en el trayecto del kilómetro 2 al kilómetro 20 que la obra del kilómetro 21, no es lo mismo invertir plata en calzadas y pavimentos que hacer un puente peatonal, si uno no sabe el cronograma de lo que hizo y cuánto le costó, es muy difícil que asevere que en todos los meses se gastó la misma plata y trabajó sábados, domingos y festivos.

Generalmente los cronogramas y la programación tienen actividades precedentes, actividades complementarias, en fin, tiene todo un tema de ingeniería que nosotros los financieros debemos respetar, así sea la simple construcción de un edificio uno no puede alegar que la plata la invirtió todos los meses igualito cuando empieza que la cimentación: en carretera también es lo mismo, empieza que la abstracción, que la no sé qué, luego la pavimentación, la puesta de no sé qué, cuando hay rehabilitación. Por ejemplo, yo como quisiera decirles a ustedes que esa plata de los doscientos diez mil o de los trescientos cuarenta y cuatro mil que se comprometió el inversionista hacer, cuánta plata fue a rehabilitación, embellecimiento y mejoramiento de esas vías, qué es eso, eso tiene toda una terminología, cuánto en rehabilitación, cuánto en rejuvenecimiento, cuánto en construcción, cuánto en operación, cuánto en hacer las casetas, de pronto ya estaban hechas, cuánto en arreglarlas, cuánto en la operación, cuánto se programó para que se recoja el dinero, todo tiene toda una desagregación inicial y después una ejecución posterior. Cuando yo no tengo eso, a mí me da pena, no puedo saber el valor del dinero que se invirtió, que se programó y el diferencial, sacar los dos valores, presente neto y sacar esa diferencia, no lo puedo hacer, pero es eso, son razones de los ingenieros.

Ahora, yo he tenido la posibilidad de trabajar no solo con este negocio sino con muchísimo de concesiones o de construcción de carreteras y también de peajes, todo este tema y el comportamiento de la plata genera una curva ascendente y luego decreciente y luego cuando llega la etapa de operación y mantenimiento la curva se sostiene, tiene toda una explicación desde el punto de ingeniería que yo las entiendo así pero un ingeniero la puede explicar muchísimo mejor cómo no pueden ser los importes de derogaciones igualitarios en cada mes, no pueden ser.

(...)

DR. BEJARANO: Pero ese ingeniero o esos ingenieros que usted ya no sabe precisar si es uno o varios, ¿le dijeron que eso no era común o que era imposible?

SRA. CEPEDA: No, no es que no sea común sino que no es cristiano, razonable decirle a una persona que se desplazó la inversión, es decir, soy yo, mejor no digamos que ingeniero, soy yo que me lleno de razones para decir, que si yo a una persona le digo, no hablemos de carreteras, haga 100 vestidos y la persona se pone a trabajarlos y me dice, haga 100 chaquetas, 100 vestidos, 100 zapatos, variedad de obras y me dice, cuando yo le doy la plata me dice, deme todos los meses iguales pues depende el negocio pensándolo bien. Pero, en este caso, de construir, de adelantar las acciones de mejoramiento, rehabilitación y construcción, en mi sentir financiero es que la caja no puede erogar, a no ser que lo haya establecido como entregar sumas iguales de inversión pero yo no lo vi así porque la pregunta me decía, conforme al cronograma de obra, fue por eso.

DR. BEJARANO: Por eso, pero su conclusión entonces es que, puede no ser una práctica común pero no es imposible.

SRA. CEPEDA: **Claro, tan es así que lo hizo la firma de banca de inversión, podría ser, ustedes son los que...** yo no lo pude hacer, no puedo, sin tener la certeza de que la rotonda, los puentes, los vehiculares tiene una presentación económica programada, yo quise atender su respuesta y la pregunté y como no estaba pues por eso no la atendí y en mi sentir también, si no hay definición de obras.

DR. BEJARANO: ¿Pero en el modelo original preparado por el Concesionario, la inversión estaba programada de manera igual a lo largo de los meses?

SRA. CEPEDA: Sí señor y yo le pregunté eso al Concesionario y me dijo, mire china esa es una herramienta nuestra, nosotros sabremos cómo manejamos nuestros costos y nuestros gastos y no me dieron la desagregación, de pronto ni las tendrían tampoco porque como es un programa, es decir, no me lo entregaron.

DR. BEJARANO: Por qué si el Concesionario planeó ese modelo de esa manera, que fuera la inversión programada de manera igual a lo largo de los meses y así se plasmó en el modelo financiero, ¿usted afirmó que no era posible hacerlo?

SRA. CEPEDA: Porque es que cuando leo todos los documentos hay momentos en que el Concesionario dice, mire, yo ya no le voy hacer esto pero le hago lo otro, hay como cambiecitos y yo lo que pido es, si usted tiene ese, deme los ajustados pero no hay ajustados con los valores que dice el Concesionario, bueno, yo ya no le hice esta obra pero a cambio de eso le hago estos dos, es decir, hay una cantidad de cambios no lo recoge otro ejercicio como ese, si lo hubiera recogido yo le hubiera dicho, mire doctor Bejarano, hay una programación inicial pero hay otra también programación que recoge los cambiecitos que frente a la ejecutada también podría dar este resultado pero no tuve la original con la ajustada con los cambiecitos que se dieron a lo largo de los documentos contractuales.

(...)

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

DR. BEJARANO: Si el mismo Concesionario hizo esa suposición que quedó plasmada en el modelo financiero, ¿por qué no pudo usted hacerla para medir el impacto del desplazamiento?

(...)

DR. BEJARANO: Si el mismo Concesionario hizo esa suposición de que la inversión se iba hacer igual mes a mes, ¿por qué no pudo usted hacerla para medir el impacto del desplazamiento?

SRA. CEPEDA: Lo primero que digo es que de haber querido hacerla con esa información, llámese modelo, ejercicio, como se llame, a mí me parecía que esa primera misión de esos valores allí tuvieron modificaciones concertadas entre las partes, el ejemplo que les di, para esos doscientos diez mil me parece que estaba incluida una caseta: después lei otro documento donde dice, ya no haga la caseta, esa reprogramación de la obra implica otro flujo de replanteo de la programación que comparado con la ejecución en los momentos **de ejecución... permiten obtener un análisis certero y poner la mano al fuego y decir, con ese análisis** certero el uno le debe al otro, no le debe, es por eso.

DR. BEJARANO: ¿Por qué no lo hizo para los otros tramos, para los cuales tenía la información según consta folio 68 a 72 de sus aclaraciones y complementaciones?

SRA. CEPEDA: Uno, los otros no tenían flujo de caja como... en este y si los otros me llevaban a ir a la contabilidad o a la doceava no tenía con qué comparar porque la contabilidad me decía que no estaba así de manera contractual pero los otros, como les digo, yo lo que pretendía era tener en mis ejercicios financieros unas fuentes certera de lo que fue la programación entre las dos partes, conseguida entre los dos, a través de unos documentos contractuales y la ejecución conseguida como reporte de los pagos y de la ejecución.

DR. BEJARANO: ¿Diga sí con base en la información mencionada antes y otra que le fue suministrada, pudo haber medido el impacto del desplazamiento?

SRA. CEPEDA: Conforme estaba planteado en su pregunta y que reflejaría la certeza de lo que convinieron las partes como inversión a ejecutar, no lo pude hacer; con base en los valores globales mensuales tampoco lo pude hacer porque al mirar la contabilidad, la contabilidad estaba estratificada por tramos mas no por contratación. Si hubiese en el cuestionario un interrogante que me hubieran planteado esos ejercicios que ahora se están diciendo, yo con todo gusto los hago y habría colocado la salvedad, estas son proyecciones y no son realidades de lo que se programó ejecutar, en fin, le hubiera hecho la salvedad del caso si lo hubieran requerido a través de un interrogante en los cuestionarios aprobados.

DR. BEJARANO: Pero yo sé que usted no respondió. Yo lo que le estoy preguntando es, si con base en esa información que usted ahora ha reconocido que tiene, ¿pudo haber medido el impacto del desplazamiento? Yo sé que usted no respondió, eso lo tengo claro. Ahorita le estoy preguntando.

SRA. CEPEDA: Sí señor, pude haber medido pero con la salvedad que en mi concepto no era dinero que le debía el uno al otro porque eran proyecciones, lo hubiera hecho.

DR. BEJARANO: ¿Pudo haber medido también la diferencia en la TIR bajo los dos escenarios, el planeado y el real?

SRA. CEPEDA: Correcto, sí señor.

DR. BEJARANO: ¿Pudo haber calculado con base en el modelo financiero el momento en el cual el Concesionario alcanzaría la TIR considerada en el otrosí No.2 al adicional 13, utilizando el cronograma desplazado, el real, el cronograma real de desplazamiento de obra?

SRA. CEPEDA: Sí señor, también se habría podido.

DR. BEJARANO: De haber determinado el momento en el cual se alcanza esa TIR, ¿podría usted traído a valor presente a la fecha de la firma del otrosí al adicional No.13, los ingresos acumulados en valores constantes para determinar el valor esperado hasta ese momento, teniendo en cuenta el desplazamiento de la obra?

SRA. CEPEDA: Correcto, sí señor, también habría sido posible calcular.

DR. BEJARANO: ¿Podría usted haber comparado este valor esperado con el valor esperado pactado del otrosí No.2 al adicional No.13 para determinar la variación en pesos constantes del momento de su firma?

SRA. CEPEDA: Correcto, sí señor, también.

DR. BEJARANO: ¿Le habría permitido el cálculo anteriormente descrito, medir si el ingreso esperado calculado con el mismo modelo financiero habría sido inferior al pactado en el otrosí No.2 al adicional 13?

SRA. CEPEDA: Es que esa aseveración, yo quisiera antes de responderle puntualmente contarle que el flujo de caja o modelo como lo han llamado, no determina el ingreso esperado, determina la rentabilidad, utilidad para el Concesionario, el ingreso esperado se determina con otras variables, sí puedo utilizar la información del ingreso esperado con un determinado dato de inversión o de egresos determinar una fecha de cumplimiento, determinar una tasa interna de retorno, determinar un valor presente neto en cualquier punto focal de la ventana del tiempo. Lo que no puedo aseverar es que al correr ese flujo de caja se vayan a modificar los ingresos proyectados o que dijo el Concesionario que iba a recibir porque esos ingresos proyectados no se sacaron con ese flujo de caja, no se determinaron con ese flujo de caja, los ingresos esperados se proyectaron con las tarifas y con las casetas, como esos son ingresos esperado de la caseta del principal se liquidaron conforme a los términos de la licitación y las variables del contrato de la licitación.

DR. BEJARANO: Pero entonces sí había un cálculo del ingreso esperado.

SRA. CEPEDA: Que no me lo dieron, estaba en global, para el adicional 13 sí está desagregado pero el billón 41 que viene antes del adicional 13 no está desagregado. El 3 billones cero cuarenta mil sí está desagregado hasta llegar al mes 633, marzo de 1959.

DR. BEJARANO: ¿Se habría podido demostrar un beneficio para el Concesionario recibir un ingreso esperado, al que habría requerido al tener un desplazamiento en las obras?

SRA. CEPEDA: Sí señor, de haber una pregunta que solo tomando los proyectados, porque es que el perjuicio o el mayor valor lo tiene sobre los ingresos generados, yo habría podido decir sobre esos proyectados si pudo pensarse en un beneficio calculado con base en ese flujo de caja contemplando los **desplazamientos, sí lo habría podido hacer."**

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Respecto a la misma pregunta, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado manifestó¹¹³:

“La experta desglosó nuevamente las frases de la pregunta y se pronuncia fragmentadamente así:

En el punto 1 con relación a las inversiones del Otro sí No. 2 al Adicional 13 de fecha 13 de agosto de 2006 del contrato de concesión No 005 de 1999. La perita transcribió las cláusulas y los valores del otro sí No 2 al Adicional 13 pero no formuló conclusión alguna respecto del interrogante propuesto.

En el punto 2 sobre los libros de contabilidad o anexos existentes en la oficina de la UT. La perita transcribió lo expuesto en este mismo aparte en las preguntas anteriores.

En el punto 3 con relación a cronograma de inversiones y cronogramas de obras a ejecutar, obras ejecutadas y labores pendientes en cada etapa y en desarrollo del Otro sí No. 2 al adicional 13 sin modificatorios. La perita transcribió lo expuesto en este mismo aparte en las preguntas anteriores.

En el punto 4 sobre el valor esperado de la retribución del contratista. De nuevo transcribió de manera idéntica lo expuesto para este aparte en preguntas anteriores.

Conclusión

Se advierte así que la respuesta no fue contestada, no se consultó la contabilidad para verificar si el desplazamiento en el cronograma de inversiones del otro sí No 2 al adicional 13 del contrato de concesión 005 de 1999 le generaron al contratista una diferencia favorable, no se refiere la experta a los documentos contables que analizó para verificar el comportamiento efectivo de las inversiones.

Petición de adición del dictamen

Se solicita respetuosamente a la experta que conteste la pregunta 5 a cuyo efecto pedimos que relacione los documentos físicos e informáticos que revisó y el método de valoración utilizado. Es importante además que la perita informe sobre los requerimientos que realizó para obtener la **documentación completa.**”

A lo anterior la perita contestó¹¹⁴:

“Se reitera especialmente lo expresado en la respuesta en el dictamen específicamente a página 73: “[...] no se tienen cronogramas de ejecución de obra ni de inversión.”, expresado por la Interventoría No,CISP-OP-0431-319-2016 de fecha 2 de agosto de 2016, no detectado solamente por la perita.

De acuerdo con lo explicado en la respuesta del dictamen no se podía atender el requerimiento y como se manifestó en la página 74 del citado documento.

Con relación a los documentos base de los análisis para responder el dictamen con el alcance dado por las preguntas aprobadas y examen de los registros contables cuando la pregunta lo señalaba, como producto de las indagaciones en la Sociedad Concesionaria, en la Entidad Fiduciaria y en la Agencia Nacional de **Infraestructura “ANI”, como se informó y se soportó en los anexos del dictamen pericial , se complementa** la respuesta incluyendo relación de archivos magnéticos recibidos, en el Apéndice de estas aclaraciones y complementaciones.”

Pregunta 6:

“Determinará si, teniendo en cuenta los libros de contabilidad o anexos existentes en las oficinas de la UT, el impuesto de renta causado en la ejecución del Contrato y demás documentos que lleguen a obrar en el proceso, se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución¹¹⁵ del contratista.”

En el dictamen presentado el 26 de septiembre de 2016, la perita contestó¹¹⁶

“En las oficinas de la UNION TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA (UTDVCC), se requirió la contabilidad en donde se advirtieran reportados los registros contables asociados y vinculados con el Contrato de Concesión No.005 de 1999 (de fecha 29 de enero de 1999), siendo remitida a Fiduciaria Occidente S.A., contabilidad del Fideicomiso 3-4-405 Malla Vial Nit 830.054.076-2.

Con relación a “el impuesto de renta causado en la ejecución del Contrato” se informa de acuerdo con las verificaciones realizadas a la contabilidad antes citada, no se encontraron registros contables por concepto impuesto de renta causado en la ejecución del Contrato de Concesión No.005 de 1999.

Se adjuntan las reproducciones Certificados Patrimoniales expedidos a los Fideicomitentes y que conforman la Unión Temporal Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca, citando las cifras tomadas de los estados financieros del Fideicomiso a 31 de diciembre de cada año gravable, entre los años 2007 a 2015 inclusive, **en archivos digitalizados en la carpeta “DERECHOS PATRIMONIALES”, entre los años 2007 y 2015 inclusive,** cifras necesarias para determinar el valor patrimonial de los derechos fiduciarios y de las utilidades gravadas con el impuesto de renta y conciliaciones correspondientes.

De manera ilustrativa a continuación normas tributarias citadas en los Certificados Patrimoniales antes referidos: **“deberá efectuarse las conciliaciones correspondientes, aplicando las normas y procedimientos establecidos en los artículos 102, 271-1 y demás normas del Estatuto Tributario Nacional”.**

“ARTICULO 102. CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL.

Artículo modificado por el artículo 81 de la Ley 223 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:

Para la determinación del impuesto sobre la renta en los contratos de fiducia mercantil se observarán las siguientes reglas:

1. Para los fines del impuesto sobre la renta y complementarios, los ingresos originados en los contratos de fiducia mercantil se causan en el momento en que se produce un incremento en el patrimonio del fideicomiso, o un incremento en el patrimonio del cedente, cuando se trate de cesiones de derechos sobre dichos contratos. De todas maneras, al final de cada ejercicio gravable deberá efectuarse una liquidación de las utilidades obtenidas en el respectivo período por el fideicomiso y por cada beneficiario, siguiendo las normas que señala el Capítulo I del Título I de este Libro para los contribuyentes que llevan contabilidad por el sistema de causación.

¹¹³FI. 743 del Cuaderno Principal No. 5

¹¹⁴ Página 24 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

¹¹⁵ En los ingresos (esperados y efectivos) del contratista, o lo que la perita entienda que constituye la retribución del contratista.

¹¹⁶ Páginas 75 a 77 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

2. Las utilidades obtenidas en los fideicomisos deberán ser incluidas en las declaraciones de renta de los beneficiarios, en el mismo año gravable en que se causan a favor del patrimonio autónomo, conservando el carácter de gravables o no gravables, y el mismo concepto y condiciones tributarias que tendrían si fueren percibidas directamente por el beneficiario.
3. Cuando el fideicomiso se encuentre sometido a condiciones suspensivas, resolutorias, o a sustituciones, revocatorias u otras circunstancias que no permitan identificar a los beneficiarios de las rentas en el respectivo ejercicio, éstas serán gravadas en cabeza del patrimonio autónomo a la tarifa de las sociedades colombianas. En este caso, el patrimonio autónomo se asimila a una sociedad anónima para los fines del impuesto sobre la renta y complementarios. En los fideicomisos de garantía se entenderá que el beneficiario es siempre el constituyente.
4. Se causará el impuesto sobre la renta o ganancia ocasional en cabeza del constituyente, siempre que los bienes que conforman el patrimonio autónomo o los derechos sobre el mismo se transfieran a personas o entidades diferentes del constituyente. Si la transferencia es a título gratuito, el impuesto se causa en cabeza del beneficiario de los respectivos bienes o derechos. Para estos fines se aplicarán las normas generales sobre la determinación de la renta o la ganancia ocasional, así como las relativas a las donaciones y las previstas en los artículos 90 y 90-1 de este Estatuto.
5. <Numeral modificado por el artículo 82 de la Ley 488 de 1998. El nuevo texto es el siguiente: > Con relación a cada uno de los patrimonios autónomos bajo su responsabilidad, los fiduciarios están obligados a cumplir las obligaciones formales señaladas en las normas legales para los contribuyentes, los retenedores y los responsables, según sea el caso. Para tal efecto, se le asignará un NIT diferente al de la sociedad fiduciaria, que identifique en forma global a todos los fideicomisos que administre. Las sociedades fiduciarias presentarán una sola declaración por todos los patrimonios autónomos. La sociedad fiduciaria tendrá una desagregación de los factores de la declaración atribuible a cada patrimonio autónomo a disposición de la DIAN para cuando esta lo solicite. Los fiduciarios son responsables, por las sanciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones formales a cargo de los patrimonios autónomos así como de la sanción por corrección, por inexactitud, por corrección aritmética y de cualquier otra sanción relacionada con dichas declaraciones. Con cargo a los recursos del fideicomiso, los fiduciarios deberán atender el pago de los impuestos de ventas, timbre y de la retención en la fuente, que se generen como resultado de las operaciones del mismo, así como de sus correspondientes intereses moratorios y actualización por inflación, cuando sean procedentes. Cuando los recursos del fideicomiso sean insuficientes, los beneficiarios responderán solidariamente por tales impuestos retenciones y sanciones.
6. Las utilidades acumuladas en los fideicomisos, que no hayan sido distribuidas ni abonadas en las cuentas de los correspondientes beneficiarios, deberán ser determinadas por el sistema de causación e incluidas en sus declaraciones de renta. Cuando se den las situaciones contempladas en el numeral 3. de este artículo se procederá de acuerdo con lo allí previsto.

PARAGRAFO. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23-1 de este Estatuto, el fiduciario deberá practicar retención en la fuente sobre los valores pagados o abonados en cuenta, susceptibles de constituir ingreso tributario para los beneficiarios de los mismos, a las tarifas que correspondan a la naturaleza de los correspondientes ingresos, de acuerdo con las disposiciones vigentes.

PARÁGRAFO 2o. <Parágrafo adicionado por el artículo 82 de la Ley 488 de 1998. El nuevo texto es el siguiente: > Sin perjuicio de las responsabilidades establecidas en este artículo, en la acción de cobro, **la administración tributaria podrá perseguir los bienes del fideicomiso.**"

"ARTICULO 271-1. VALOR PATRIMONIAL DE LOS DERECHOS FIDUCIARIOS.

<Artículo adicionado por el artículo 107 de la Ley 223 de 1995. El nuevo texto es el siguiente: > El valor patrimonial de los derechos fiduciarios se establecerá de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Los derechos sobre el patrimonio deben ser declarados por el contribuyente que tenga la explotación económica de los respectivos bienes, en armonía con lo dispuesto en el artículo 263 de este Estatuto.
2. El valor patrimonial de los derechos fiduciarios, para los respectivos beneficiarios, es el que les corresponda de acuerdo con su participación en el patrimonio líquido del fideicomiso al final del ejercicio o en la fecha de la declaración. Los bienes conservarán para los beneficiarios la condición de movilizados o inmovilizados, monetarios o no monetarios que tengan en el patrimonio autónomo.

PARAGRAFO. Para los fines de determinación del impuesto sobre la renta y complementarios, los fiduciarios deberán expedir cada año, a cada uno de los beneficiarios de los fideicomisos a su cargo, un certificado indicando el valor de sus derechos, los rendimientos acumulados hasta el 31 de diciembre del respectivo ejercicio, aunque no hayan sido liquidados en forma definitiva y los rendimientos del último ejercicio gravable. En caso de que las cifras incorporen ajustes por inflación se deberán hacer las aclaraciones de rigor.""

La ANI formuló la siguiente solicitud frente a la respuesta dada por la perita¹¹⁷:

"Solicito se ordene a la perita responder la pregunta No 6 del cuestionario que le fuera formulada por la convocante en la audiencia de su posesión, porque el auxiliar de la justicia se ha excusado en que no se encontraron registros contables por concepto del impuesto de renta causado en la ejecución del Contrato. (...)

En primer término, a la perita se le solicitó que respondiera si se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de la retribución de la UT por concepto del impuesto de renta. No es cierto que para responder el interrogante no tenga los elementos necesarios, porque además de los documentos que ella recaudó en las diligencias de inspección y exhibición obran entre otros el oficio UTDVCC 1056-06 del 6 de julio de 2006, el cual contiene como propuesta del Concesionario, el modelo financiero con el que se estableció el Ingreso Esperado del Adicional No. 13, dicho modelo contiene el flujo de caja en el que se evidencia el impuesto de renta proyectado, propuesto por el concesionario y oficio UTDVCC 0047- 2008

¹¹⁷ Fl. 712 rev. del Cuaderno Principal No. 5

del 11 de enero de 2008, el cual contiene como propuesta del Concesionario el modelo financiero con el que se estableció el Ingreso Esperado del otrosí No. 2 al adicional No. 13, dicho modelo contiene el flujo de caja en el que se evidencia el impuesto de renta proyectado propuesto por el concesionario, además de los documentos contractuales, tales como el Adicional No. 13 y su otrosí No. 2. Con base en estos documentos la perita puede responder el interrogante, y por ello solicito se le ordene adicionar su experticia para dar respuesta a esta pregunta.

La perita cuenta con información suficiente para responder esta pregunta, para lo cual puede comparar las tasas de impuesto sobre la renta vigentes al momento de presentar su propuesta con las tasas que efectivamente aplicaba para el contratista. Para efectos de comparar el impacto que una tasa haya tenido durante un período con respecto a los otros, le es posible ponderar los pagos con base en los ingresos **gravables generados por el Concesionario.**"

Respecto a esta solicitud la perita contestó¹¹⁸:

"Se reitera lo expresado en la respuesta a páginas 75 a 77 del dictamen pericial que indaga: "Determinará el monto de impuesto de renta que se debió causar para el contratista con la ejecución del Contrato 005 de 1999 entre los años 2007 a 2012".

- * La pregunta va dirigida al Contrato de Concesión No.005 de 1999 y para los años gravables 2007 a 2012.
- * **Se solicita ahora que se responda "asumiendo que el contratista es sujeto tributario" por otra parte "que se debió causar" además: "realizando el ejercicio tomando como base el modelo financiero del adicional No. 13 y su otrosí No. 2."**

Presentando las razones siguientes

El Flujo de Caja Mensual Proyectado y anexo a la carta de la UT al INCO No. UTDVCC 0047-2008, calendada en Chía, enero 11 de 2008, (cuaderno de pruebas No.4 folio 370), con la **"Referencia: Propuesta par vial de Yotoco"**, contiene dentro de los egresos proyectados el impuesto de renta a partir de enero de 2010, mientras que los certificados patrimoniales para el Contrato de Fiducia reflejan el resultado total de la concesión, esto es para el Contrato de Concesión No.005 de 1999, sin que se encuentren abiertos por centros de costos de acuerdo a los contratos adicionales: en este caso para el adicional No. 13 y su otrosí No. 2." lo cual no permite atender la pregunta, para los años gravables 2007 a 2012.

Además, de haberse presentado disminución en el valor del egreso por concepto de impuesto de renta que implique un mayor valor de la utilidad en el flujo de caja real del proyecto, la diferencia favorable en renta no es razón para afirmar que por eso se habrá generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista:

Para cubrir los costos y gastos (incluidos los impuestos) previstos para atender las actividades descritas en el Contrato de Concesión No.005 de 1999, se tiene establecido un valor de ingresos esperados por el Concesionario.

Además según la Cláusula 16 del Contrato de Concesión, el valor efectivo del contrato (recaudos de Peaje cedidos al Concesionario) se lee: **"remunera todos los costos y gastos –directos e indirectos- en que incurra el Concesionario por la preparación y celebración del Contrato, así como por la ejecución y terminación del Proyecto, los impuestos, tasas y contribuciones que se causen por la ejecución del presente Contrato, los costos financieros, la remuneración del capital invertido, las utilidades del Concesionario y en general incluye el valor de la contraprestación por todas las obligaciones que adquiere el Concesionario en virtud del presente Contrato." y "remunera también la asunción de riesgos que se desprenden de las obligaciones del Concesionario o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de ese contrato"; en este caso el riesgo tributario es del Concesionario."**

En la audiencia de contradicción del dictamen, la perita fue interrogada respecto a lo dicho en el dictamen, frente a lo cual respondió¹¹⁹:

"DR. BEJARANO: Vamos a la pregunta 8 doctora. En el dictamen usted afirma lo siguiente. "En este caso el riesgo tributario es del Concesionario". Le pregunto, ¿cuál es su capacitación en términos jurídicos que le permiten o le permitieron llegar a esa conclusión?

SRA. CEPEDA: Solo lectura, al leer el objeto del contrato, dice, que este contrato será de rehabilitación, ta, ta, y tal vez en el valor estimado del contrato dice que remunerara los costos, la financiación, las tasas, impuestos y contribuciones en que incurra el contratista; y, sin hacer especialización en riesgos también leí el Conpes en donde habla de los riesgos que se trasladaran los inversionistas en este caso a la UT, el riesgo constructivo, el riesgo comercial, el riesgo tributario, es eso, solo lectura, interpretación obvia pero desde mi punto de vista financiero, no jurídico porque ni más faltaba.

DR. BEJARANO: ¿El hecho de que el riesgo tributario estuviera a cargo del Concesionario implica que este no pueda verse beneficiado por el cálculo de los impuestos para establecer el ingreso esperado?

SRA. CEPEDA: No señor, el ingreso esperado se define sin mirar la carga tributaria, el ingreso esperado se define mirando las casetas, las tarifas, lo que dice la licitación. El impacto de la carga tributaria afecta la rentabilidad del Concesionario en cuanto que es un riesgo que corre directamente el flujo de caja de ese proyecto e indirectamente a los miembros de esa UT.

DR. BEJARANO: Pero mi pregunta no es esa doctora. La pregunta es, ¿sí el hecho de que el riesgo tributario estuviera a cargo del Concesionario implica necesariamente que ese Concesionario no pueda verse beneficiado por el cálculo de los impuestos para establecer el ingreso esperado?

SRA. CEPEDA: Se ve beneficiado no para establecer el ingreso esperado, se ve beneficiado en una mayor rentabilidad, se ve beneficiado en una mayor utilidad.

DR. BEJARANO: Usted ha dicho que contó con la información referente a los ingresos y egresos de la Concesión que tendrían impacto sobre el pago de impuestos de renta de los miembros de la UT bajo la ley colombiana.

¹¹⁸ Página 73 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

¹¹⁹ Fls. 514 a 517 Anv. del Cuaderno de Pruebas No. 21

SRA. CEPEDA: Sí señor.

DR. BEJARANO: En su dictamen usted **afirma "De haberse presentado una disminución en el valor del egreso por concepto de impuesto de renta, que implique un mayor valor de la utilidad en el flujo de caja real del proyecto, la diferencia favorable en renta no es razón para afirmar que por eso se habrá generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista". Le pregunto, en el cálculo del ingreso esperado para un contrato de concesión como el que nos ocupa y que usted conoce, se tiene en cuenta que dicho ingreso esperado remunerare los costos y gastos en que se espere incurra el contratista?**

SRA. CEPEDA: Sí señor, con el ingreso esperado esa remuneración dice que cubrirá los costos y gastos en que incurra el contratista, si le hace bueno o mal manejo es su problema, paga, le queda mayor o menor utilidad. Sí señor, es cierto.

DR. BEJARANO: ¿Puede afirmarse que un proyecto deberá recibir un mayor ingreso esperado en la medida en que se espera incurran mayores costos o egresos de caja?

SRA. CEPEDA: No señor, el ingreso esperado no tiene relación directa con la caja, el ingreso esperado es una proyección de lo que él considera debe recibir para incurrir en una inversión.

DR. BEJARANO: Sí, pero si le remunera sus gastos y egresos, por qué entonces no tiene relación.

SRA. CEPEDA: Permítame que en otro contexto le voy a dar un ejemplo. Usted como árbitro en la Cámara de Comercio, por decir algo, dice, yo le hago este trabajo, le dice le doy mil millones de pesos y usted verá doctor Ramiro si contrata a 10 secretarias, un escolta, choferes, lo que usted quiera y usted contrata, usted dice, yo espero recibir mil millones y cuando llega a su oficina dice, administración tanto, mantenimiento, servicios, tal cosa, hay me queda tanto, mi utilidad esperada, mi rentabilidad es de tanto, cuando llega hacer su flujo de caja de pronto ahí alguien puede colocarle un egreso mayor o menor pero ese su flujo de caja. La definición de su ingreso lo hizo en la Cámara con las tarifas de la Cámara, eso sucede parecido en los ingresos esperados de estos contratos.

El ingreso esperado se hizo con base en el tráfico, las variables definidas en la licitación para estos peajes, las casetas, caseta por caseta, las tendencias, las estadísticas, que yo no las tuve en las manos pero eso lo establecieron no con base en ese flujo de caja.

DR. BEJARANO: ¿El pago del impuesto de renta constituye un egreso de caja?

SRA. CEPEDA: Sí señor.

DR. BEJARANO: ¿Si en un proyecto se calcula el ingreso esperado con un supuesto de pagos de impuesto de renta sobre estimado, se está incrementando artificialmente el ingreso esperado?

SRA. CEPEDA: Es que los ingresos esperados que calculan en estos contratos no tiene en cuenta el impuesto de renta sino que tiene en cuenta las variables de tráfico, tarifas y otras variables pero no tiene en cuenta el impuesto de renta. El impuesto de renta impacta la rentabilidad del ejecutor de la inversión.

DR. BEJARANO: Pero si se utiliza una tasa superior a la real, ¿se está generando un mayor ingreso esperado?

SRA. CEPEDA: No, se está generando una mayor utilidad pero no es ingreso esperado.

DR. BEJARANO: Quisiera que usted nos explicara una afirmación que hay en su peritazgo. Usted afirmó, **que el mayor o menor ingreso de caja no habría "generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista".**

SRA. CEPEDA: Correcto, un mayor o menor de retribución del contratista, que son los ingresos esperados, porque eso es otra cosa.

DR. BEJARANO: ¿Pudo usted con base en el modelo financiero pertinente, calcular el ingreso esperado para el adicional No.13 y su otrosí No.2 con base en el impuesto de renta que se causaría para los miembros de la Unión Temporal de acuerdo con la ley colombiana vigente a la firma de este adicional, en lugar de la tasa que allí se utilizó, superior al entonces vigente?

SRA. CEPEDA: No señor, los ejercicios que están plasmados allí, utilizan como variable de entrada en la columna de ingresos, los ingresos esperados, proyectados para las casetas y conjugan esos ingresos con los egresos se obtiene una utilidad o flujo de caja libre, esa utilidad se aumenta en la medida en que las tasas de impuesto bajen; y si quiero más ser exacta, se liquidó al 38.5 y si la liquidáramos al 35 seguramente la utilidad para el Concesionario sería mayor pero no dejan de ser proyecciones, sí señor.

DR. BEJARANO: Pero pudo usted haber comparado ese cálculo, el hecho con base en la tasa existente al aumento de la firma del adicional con el cálculo del ingreso esperado, hecho al suscribir el adicional No.3 y su otrosí, ¿habría una diferencia entre esos dos montos?

SRA. CEPEDA: No, el ingreso esperado sería siendo igual, el ingreso esperado sea alternativas A, B, C, D, lo que ingresa a la columna de ingreso es el mismo ingreso esperado para las casetas y ese ingreso esperado que se incorpora a un flujo de caja, se ve afectado por egresos que están bien o mal liquidados pero permiten obtener una utilidad. Entonces la imprecisión en la liquidación de un ingreso del flujo de caja no afecta los ingresos esperados que esos ya están liquidados de las casetas, afectan el resultado de ese flujo de caja, da mayor utilidad para el inversionista, en este caso el Concesionario o si llegara hacer mayor, que es el riesgo que él tiene o llegan aparecer impuestos adicionales, le impacta su utilidad y sería menor, la rentabilidad obviamente sería menor.

DR. BEJARANO: ¿Pero un cálculo hecho sobre ese escenario habría podido mostrar diferencias, el ingreso esperado bajo los dos supuestos de tasa de impuestos de renta?

SRA. CEPEDA: No, el ingreso esperado sería igual, lo que podría demostrar diferencia sabe en qué sería, en el mes de cumplimiento de la inversión.

DR. BEJARANO: Entonces el ingreso esperado no tiene que ver con los costos, ¿el ingreso esperado sería siempre el mismo para cualquier proyecto?

SRA. CEPEDA: No, para cualquier proyecto no, en este proyecto con las mismas casetas, con las mismas tarifas, con la misma estadística de cantidad de vehículos, el ingreso esperado sería el mismo para cualquier alternativa o modelo que alguien quiera hacer.

DRA. MESA: Doctora Ana Matilde, una pregunta le hago, una precisión. Usted dice que podría haberse modificado el mes de cumplimiento de la inversión. ¿Podría explicar a qué se refiere específicamente por qué se habría podido modificar el mes de cumplimiento de la inversión?

SRA. CEPEDA: Por lo siguiente. Doctor Ramiro, me preguntan que teniendo el mismo detalle de ingresos, si le cambia un egreso o cualquiera en ese flujo, que si se cambia, hace un ratico dije que, cambiando un egreso o cualquier variable lo que se cambia, lo que se consigue es que se determine un mes de cumplimiento de la inversión diferente y les voy a decir por qué.

Cuando se hace el flujo de caja para el adicional 13, comienza en enero de 2006 y todos los meses el ingreso es cero, cero, cero, y comienza a generar ingresos en el año 2019, por qué genera ingresos, si comenzó en el 2006 por qué genera ingresos en el 2019, porque los anteriores ingresos enjugan al contrato principal; entonces esos primeros años que son como periodos de gracia, no se alimentan con ingresos porque tienen los ingresos del contrato anterior y adicional a ello, como no hay ingresos comienza el flujo de caja hacer negativo, negativo, negativo, de ahí que la extensión es tan amplia porque comienza, cuando se confeccionan los ingresos, los ingresos comienzan aparecer solo en el 2019 con las casetas existentes no con la nueva caseta. Estos ingresos del 2019 se impactan ahí sí con el impuesto de renta del 2019, entonces se le puso el 38.5% en el 2019 pero ninguno de nosotros sabe si en el 2019 el impuesto va hacer de 38.5 o de pronto un poquito más o un poquito menos o van aparecer más impuestos.

Cuando yo digo que ese flujo caja sirvió para determinar el mes de cumplimiento es porque yo lo hice y llegue, que la ANI misma me explicó porque yo decía cómo que usted hace este flujo y no me dice el mes de cumplimiento exacto, me dijo, es que está entre el 6.32 y el 6.33, entre febrero del año 2059 y marzo del 59, por eso yo le digo que ese flujo no estableció el valor del ingreso esperado porque el ingreso esperado acumulado era de 3 billones ochocientos cuarenta mil que no se logra ese flujo sino haciéndola en una simulación en qué día podría ser, ni siquiera lo dice, dice, el mes de cumplimiento caería, caería en el mes 633, si hubiese sido un fijo para determinar el ingreso esperado pues lo hubiera determinado de manera absoluta y puntual. Ese flujo si tiene más egresos se corre hacia abajo, si tiene menos egresos se corre hacia arriba el mes de cumplimiento, es eso.

DR. BEJARANO: Entonces si se hacen las mismas casetas pero ocho carriles eso no tiene ninguna consecuencia en el ingreso esperado.

SRA. CEPEDA: Claro que sí, ya hablamos del ingreso generado, es que fíjense cómo la expresión y el significado de las variables debe ser exacta. En ese flujo de caja se incluyeron los ingresos esperados y tendríamos que haber hecho otro flujo de caja con los ingresos generados o reales. Ese fue un primer ejercicio que estaba ahí pero no hay más ejercicio donde se tenga la información necesaria para hacer un ejercicio financiero que pueda entregarles a ustedes una manifestación de quién se benefició, cómo no se benefició, porque por ejemplo en la construcción, en la obra de ese adicional 13 dice que se va hacer una caseta, por ahí en el camino dice, ya no voy hacer la caseta, entonces todo eso afecta las obras de inversión que se colocó en la columnita de egresos inversión.

Ese ejercicio solo compara las proyecciones, ingresos esperados y la inversión proyectada, pero tiene que haber otro ejercicio que compare los ingresos reales que son los generados, los que entraron de verdad.

DR. BEJARANO: ¿En caso de que el ingreso esperado, calculado con base en la tasa impositiva real fuera inferior al calculado con la tasa superior a la real utilizada para el adicional 13, se habría beneficiado el Concesionario por uso de una tasa superior a la real?

SRA. CEPEDA: En caso de que la tasa de tributación real que obviamente para ese adicional no ha pasado porque comienza la renta en el 2019 pero cuando lleguemos al 2019, si la tasa del 2019 es inferior al 38.5 que allí plasmaron pues se beneficia el flujo de caja del Concesionario, pero si llegamos al 2019 como está por ahí en unas preguntas que hicieron, que la tasa es mayor, se beneficia el Concesionario, ese es el riesgo tributario."

Adicional a la solitud de la ANI, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado formuló el siguiente requerimiento¹²⁰:

"La experta explicó que consultó la contabilidad del Fideicomiso 3-4-405 Malla Vial, como también que en ella "no se ha encontraron registros contables por concepto de impuesto de renta causado en la ejecución del Contrato de Concesión No 005 de 1999". Procedió entonces a transcribir normas tributarias, pero se abstiene de contestar la pregunta.

Conclusión

La perita no determinó con base en los documentos contables, si el impuesto de renta causado en la ejecución del Contrato y demás documentos del proceso generó una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista.

Petición de adición del dictamen

Se solicita respetuosamente a la experta que conteste la pregunta 6 a cuyo efecto pedimos que relacione los documentos físicos e informáticos que revisó y el método de valoración utilizado. Es importante además que la perita informe sobre los requerimientos que realizó para obtener la documentación completa."

La respuesta dada por la perita frente a lo solicitado por la Agencia de Defensa Jurídica del Estado fue¹²¹:

"Si en la contabilidad del Fideicomiso 3-4-405 Malla Vial Nit 830.054.076-2 no se encontraron registros contables por concepto impuesto de renta causado en la ejecución del Contrato de Concesión No.005 de 1999, no se puede efectuar comparación para ver si "se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista."

Con relación a los documentos base de los análisis para responder el dictamen con el alcance dado por las preguntas aprobadas y examen de los registros contables cuando la pregunta lo señalaba, como producto de las indagaciones en la Sociedad Concesionaria, en la Entidad Fiduciaria y en la Agencia Nacional de Infraestructura "ANI", como se informó y se soportó en los anexos del dictamen pericial, se complementa la respuesta incluyendo relación de archivos magnéticos recibidos, en el Apéndice de estas aclaraciones y complementaciones."

¹²⁰ Fl. 744 del Cuaderno Principal No. 5

¹²¹ Página 24 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Junto con las manifestaciones de la ANI y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, el Procurador Delegado para este proceso arbitral formuló la siguiente solicitud¹²²:

“En las preguntas que se señalan a continuación la perita manifiesta la imposibilidad de responder las solicitudes de las partes, en virtud de que no encontró la información necesaria para concretar las mismas, al respecto esta Agencia del Ministerio Público solicita como primera medida que se aclare las razones de dicha afirmación, esto es si se trata de información que no fue exhibida por las partes, o si dicha información es inexistente en el caso del contrato de concesión 005 de 1999:

Pregunta	Quien la hizo	RTA	Página
6	Parte Convocante ANI – cuestionario presentado en la diligencia de posesión de la Perita – inspección judicial con Exhibición de documentos	“No se encontraron registros por concepto de impuesto de renta”	75

“En caso de que la aclaración solicitada en el numeral anterior corresponda a que dicha información es inexistente, que se complemente el dictamen en el sentido de indicar si dicha inexistencia corresponde a que las partes no realizaron los documentos correspondientes, o a que los mismos no eran necesarios en el caso del contrato 005 de 1999.”

La respuesta de la perita frente al requerimiento del agente del Ministerio Público fue¹²³:

“Pregunta No.6, página 75 del dictamen pericial, se aclara señalando que la respuesta corresponde a lo encontrado, producto de la exhibición e inspección de los documentos en las oficinas de la UNION TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA (UTDVCC), así: “no se encontraron registros contables por concepto impuesto de renta causado en la ejecución del Contrato de Concesión No.005 de 1999”, y explicado según la norma tributaria, así: el Art.18 del ET “Los Consorcios y Uniones Temporales no son contribuyentes del impuesto sobre la renta”. Por consiguiente esta información no existe: sin calificar si la inexistencia proviene de alguna “acción u omisión” de las partes en discordia.”

Pregunta 7:

“Determinará si, teniendo en cuenta los libros de contabilidad o anexos existentes en las oficinas de la UT, el pago efectivo de impuesto de timbre por parte de la UT, en el fideicomiso 3-4-505 de la fiduciaria de Occidente y demás documentos que obren en el proceso, analice y cuantifique si se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución¹²⁴ del contratista.”

La respuesta de la perita frente a esta pregunta fue¹²⁵:

“En las oficinas de la UNION TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA (UTDVCC), se requirió la contabilidad en donde se advirtieran reportados los registros contables asociados y vinculados con el Contrato de Concesión No.005 de 1999 (de fecha 29 de enero de 1999), siendo remitida a Fiduciaria Occidente S.A., contabilidad del Fideicomiso 3-4-405 Malla Vial Nit 830.054.076-2.

Con relación a “el pago efectivo de impuesto de timbre por parte de la UT, en el fideicomiso 3-4-405 de la fiduciaria de Occidente” se informa de acuerdo con las verificaciones realizadas a la contabilidad antes citada y facilitada para atender esta prueba (entre junio de 2005 y hasta junio de 2012); se observan registros contables por concepto impuesto de timbre en la ejecución del Contrato de Concesión No.005 de 1999, hasta el 31 de marzo de 2006.

Con relación a atender la petición de: “analice y cuantifique si se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista.”, es necesario indicar que para de manera estimada, medir el efecto en los flujos de caja mensuales esperados del Concesionario según el Contrato de Concesión No.005 de 1999 (de fecha 29 de enero de 1999): no se cuenta con la información y datos al respecto, sino con valores globales, de tal forma que la determinación requerida no es posible atenderla. De contarse con el FLUJO DE CAJA INICIAL no solo por aporte de capital al proyecto a cargo del Concesionario, sino también con los valores estimados de ingresos por el recaudo de los peajes, con el FLUJO DE CAJA AJUSTADO producto de los modificatorios al contrato inicial, necesarios para la comparación entre PROYECTADOS y EJECUTADOS junto con la evaluación financiera encaminada a afirmar que el cambio de tarifa del impuesto de timbre que a partir del año 2010 (Artículo 519 del E.T.) es del cero por ciento 0%, permitiría afirmar que “se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista.””

El apoderado de la ANI formuló la siguiente solicitud frente a la respuesta dada por la perita¹²⁶:

“Solicito se ordene a la perita responder la pregunta No 7 del cuestionario que le fuera formulada por la convocante en la audiencia de su posesión, porque el auxiliar de la justicia se ha excusado en que no se encontraron registros contables por concepto del impuesto de timbre causado en la ejecución del Contrato ni con el flujo de caja inicial.

(...)

En primer término, a la perita se le solicitó que respondiera si se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de la retribución de la UT por concepto del impuesto del impuesto de timbre. No es cierto que para responder el interrogante no tenga los elementos necesarios, porque además de los documentos que ella recaudó en las diligencias de inspección y exhibición obran entre otros el oficio UTDVCC 1056-06

¹²² Fls. 719 a 720 del Cuaderno Principal No. 5

¹²³ Página 9 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016

¹²⁴ En los ingresos (esperado y efectivo) del contratista, o lo que la perita entienda que constituye la retribución del contratista.

¹²⁵ Página 78 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016

¹²⁶ Fl. 713 del Cuaderno Principal No. 5

del 6 de julio de 2006, el cual contiene como propuesta del Concesionario, el modelo financiero con el que se estableció el Ingreso Esperado del Adicional No. 13, dicho modelo contiene el flujo de caja en el que se evidencia el impuesto de timbre proyectado, propuesto por el concesionario, y oficio UTDVCC 0047-2008 del 11 de enero de 2008, el cual contiene como propuesta del Concesionario el modelo financiero con el que se estableció el Ingreso Esperado del otrosí No. 2 al adicional No. 13, dicho modelo contiene el flujo de caja en el que se evidencia el impuesto de timbre proyectado propuesto por el concesionario, además de los documentos contractuales, tales como el Adicional No. 13 y su otrosí No. 2. Con base en estos documentos la perita puede responder el interrogante, y por ello solicito se le ordene adicionar su experticia para dar respuesta a esta pregunta.

Como se explicó en las preguntas anteriores, la perita cuenta con suficiente información para responder lo solicitado. En la medida en que el Concesionario haya tenido menores costos y gastos como consecuencia de algunos de los eventos relacionados en las anteriores preguntas, se habrá beneficiado. Para poder **determinar esto no necesita contar con los ingresos ni mucho menos con los flujos de caja mensuales.**"

A la anterior solicitud la perita contestó¹²⁷:

"Se reitera lo expresado en la respuesta a página 78 del dictamen pericial, porque de los registros contables por concepto impuesto de timbre en la ejecución del Contrato de Concesión No.005 de 1999, hasta el 31 de marzo de 2006, se informó de acuerdo con las verificaciones realizadas a la contabilidad antes citada y facilitada para atender esta prueba, entre junio de 2005 y hasta junio de 2012. El impuesto de timbre se debía causar sobre cada pago o abono en cuenta que haga la Fiduciaria: Como el Contrato de Concesión No.005 de 1999 es de cuantía indeterminada, el impuesto de timbre nacional se paga en la medida en que se va determinando (ET Art. 519 Inciso 4), conforme a los registros en la contabilidad del Fideicomiso.

Para esta solicitud, "la perita cuenta con suficiente información para responder lo solicitado. En la medida en que el Concesionario haya tenido menores costos y gastos como consecuencia de algunos de los eventos relacionados en las anteriores preguntas, se habrá beneficiado. Para poder determinar esto no necesita contar con los ingresos ni mucho menos con los flujos de caja mensuales." para la "ALTERNATIVA 2 - Sin peaje ni Aportes de la Nación" del Adicional No. 13 de fecha 9 de agosto de 2006, que figura en el expediente de este proceso, en el cuaderno de pruebas No.1 folio 172, con la "Referencia: Presupuesto Proyecto Loboguerrero - Media Canoa", comunicación No. UTDVCC 1056-06, con tres alternativas para la construcción de la segunda calzada Mediacaño – Loboguerrero, se informa el importe proyectado de impuesto de timbre a partir de enero de 2019 y hasta marzo de 2059.

El flujo de caja mensual proyectado para el Adicional 13 expediente de este proceso, en el cuaderno de pruebas No.1 folio 180, muestra ingresos a partir del año dos mil diecinueve (2019).

Adicionalmente, se informó el cambio de tarifa del impuesto de timbre que a partir del año 2010 (Artículo 519 del E.T.) es del cero por ciento 0%.

En el año 2006 (momento de la propuesta) la tarifa del impuesto de timbre vigente era del 1,5% mientras que la incluida en las proyecciones para el año 2019 fue del 0,75%, no coincidente con la real que desde el año 2010 sería del cero por ciento 0%.

Cuando se presente la contabilidad de Fideicomiso 3-4-405 del año 2019 seguramente se va a evidenciar el menor gasto por impuesto de timbre pero seguramente habrán otros mayores valores de gastos por otros impuestos o impuestos nuevos; no siendo razón para afirmar que por eso se habrá generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista:

Además según la Cláusula 16 del Contrato de Concesión, el valor efectivo del contrato (recaudos de Peaje cedidos al Concesionario), se lee: "remunera todos los costos y gastos –directos e indirectos- en que incurra el Concesionario por la preparación y celebración del Contrato, así como por la ejecución y terminación del Proyecto, los impuestos, tasas y contribuciones que se causen por la ejecución del presente Contrato, los costos financieros, la remuneración del capital invertido, las utilidades del Concesionario y en general incluye el valor de la contraprestación por todas las obligaciones que adquiere el Concesionario en virtud del presente Contrato." y "remunera también la asunción de riesgos que se desprenden de las obligaciones del Concesionario o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de ese contrato"; en este caso el **riesgo tributario es del Concesionario.**"

Durante la audiencia llevada a cabo el 24 de octubre de 2016, la perita respondió a las preguntas formuladas por el apoderado de la convocante así¹²⁸:

"DR. BEJARANO: Vamos a la pregunta No.9. En su dictamen usted afirma lo siguiente: "cuando se presente la contabilidad de fideicomiso 3, 4, 405 del año 2019, seguramente se va a evidenciar el menor gasto por impuesto de timbre, pero seguramente habrán, dice así, otros mayores valores de gastos por otros impuestos o impuestos nuevos, no siendo razón para afirmar que por eso se habrá generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista". ¿Cuál es el sustento probatorio para afirmar que "seguramente" habrá mayores impuestos o impuestos nuevos?

SRA. CEPEDA: Porque es que cuando miramos las normas tributarias o vigentes hoy hay otros impuestos nuevos y así como desapareció el timbre, aparecieron otros, el riesgo tributario o mejor, un proyecto está expuesto a que unos impuestos de pronto disminuyan o desaparezcan, todos creíamos que iba a desaparecer el 4 X 1000 y fijense que no, pero no en este caso: unos impuestos que apliquen a este proyecto pueden que desaparezcan, disminuyan o aumentan o aparezcan unos nuevos. Desapareció el timbre pero en el 2019 no hemos llegado, que tal que llegue alguien y diga, nuevamente el impuesto de timbre, yo no lo sé, pero sí, así como desapareció el timbre pueden aparecer otros.

DR. BEJARANO: Eso es una suposición suya que no tiene respaldo probatorio.

SRA. CEPEDA: Respaldo probatorio serían las normas tributarias en donde aparecen los impuestos nuevos que yo mencioné y que perfectamente, perdón, le digo en qué página los relacioné. Me

¹²⁷ Página 75 a 76 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

¹²⁸ Fls. 518 rev. a 519 rev del Cuaderno de Pruebas No. 21

voy a saltar un poquito, en la pregunta No.9 página 124 del dictamen del 23 de septiembre, se muestra la evolución de los impuestos, vemos aquí como renta por ejemplo en el 2001 estaba en 35% y ya vamos que ha bajado al 25% renta, entonces bien ha podido decir, uy el 38.5 pero estamos hoy en el 35%. Las tasas reales están aquí, viene la sobretasa ese no estaba cuando se firmó el contrato o la propuesta, apareció, perdón sí estaba en el 2006 y desapareció a partir del 2007. Tenemos por ejemplo el impuesto sobre la renta para la equidad que ese no estaba en el 2006 y aparece en el 2015 hasta el 2018 el 9%.

La sobretasa al impuesto es la que da, año 2015, 5%, 16.6%, 17.8%, 18.9%, yo hice ese comentario con base en esta recopilación de tarifa de las normas y es así como digo que en el año 2015 perfectamente estaríamos tributando, en el 2015 estuvimos tributando el 39%, en el 2016 el 40%, en el 2017 el 42%, en el 2018 el 43% y eso no es que lo digo yo, es que está en el Estatuto Tributario, yo siempre lo copio en comillas porque no es que yo lo diga sino que está en la norma.

Los impuestos suben y bajan y ese es el riesgo que asume el contratista o quien va a colocar su inversión y si bajaran todos sería muy bueno para él porque aumenta, su rentabilidad aumenta, su utilidad. Pero eso que vimos allá en ese flujo de caja es una proyección no es la realidad, si vamos a la Fiduciaria seguramente el impuesto de renta es cero, porque no pagó la renta, porque no le tocaba, entonces la utilidad es más atractiva, es mucho mejor.

DR. BEJARANO: Le pregunto sobre eso último. Dice usted, que si vamos a la Fiduciaria seguramente, ¿usted le solicitó a la Fiduciaria que le informara el monto total del impuesto de timbre pactado hasta la fecha?

SRA. CEPEDA: Sí señor, no solo... los registros contables del impuesto... hasta que llegó a cero, en determinado momento desapareció, sí señor."

DR. BEJARANO: Recibió esa información de la Fiduciaria.

SRA. CEPEDA: Claro, la entregué del dictamen y la entregué en las aclaraciones y las resumí, perdón, vamos a ver en qué parte está, sí señor, página 133, pregunta 13. La pregunta No.13 que está en la página 87 del dictamen, ah perdón, esa es la de la afectación a la TIR, excúseme, en donde informo los registros contables por impuestos de timbre.

Dice, con relación a "pago efectivo de impuesto de timbre por parte de la UT en el Fideicomiso 3 4 405 de la Fiduciaria de Occidente", se informa de acuerdo con las verificaciones realizadas a la contabilidad antes citada y facilitada para atender esta prueba entre junio 2005 y hasta junio de 2012, se observaron registros contables por concepto de impuestos de timbre en la ejecución de este contrato. En las aclaraciones, igualmente manifiesto la misma afirmación con respecto a esos registros contables.

DR. BEJARANO: ¿Pero habiendo recibido esa información pudo usted haber comparado este monto con el proyectado hasta la misma fecha en el modelo financiero?

SRA. CEPEDA: Sí señor, en alguna parte lo dije, que obviamente se beneficiaba en esa proyección la rentabilidad del contratista.

DR. BEJARANO: Según mi lectura, usted no lo hizo, hizo fue afirmaciones especulativas, no hizo la observación sobre la pregunta que le hecho de manera contundente. Le pregunto además, lo siguiente. Ya se ha dicho que una variación en los egresos estimados para la Concesión tiene un impacto sobre el valor esperado necesario para alcanzar la TIR pactada.

SRA. CEPEDA: Sí señor.

DR. BEJARANO: ¿Por qué no respondió lo que se le preguntaba cuantificando el impacto de utilizar una tasa de timbre superior a la real hasta el momento de hacer su análisis?

SRA. CEPEDA: En la pregunta 13.

DR. BEJARANO: O mejor, ¿por qué no proyectó el plazo restante del contrato con base en las tasas existentes a esa fecha para compararlas con las del modelo original?

SRA. CEPEDA: Porque volvemos a la misma pregunta que yo tuve en cuenta para hacer los ejercicios financieros, que tuve una programación inicial, de obra inicial, ya sean mensualidades que podría haber utilizado pero yo no las utilicé porque no estaba de acuerdo; pero si hubiera querido utilizar esa, no la tuve ajustada a la real obra que contrató la ANI, no hice el desplazamiento por esa razón.

DR. BEJARANO: De haber hecho eso, ¿podría haber calculado la variación que se genera en cálculo del ingreso esperado por cuenta de utilizar una tasa errónea y superior a la entonces vigente?

SRA. CEPEDA: Ratifico lo dicho similar al impuesto de renta, el hecho que en el flujo de caja utilicen una variable erróneamente en egresos no afecta los ingresos esperados, calculados por la UT, afecta el resultado de utilidad o pérdida del Concesionario. En este caso al haber utilizado una tasa de impuesto de timbre a lo largo de los 60 años hace que, si la quitáramos del año en que ya no fue vigente el impuesto de timbre se genere para los primeros años una menor pérdida porque los primeros años todos dieron pérdida pero los años siguientes al año que comienza **pérdida que es como en el 20, 21, sería una mayor utilidad para el Concesionario."**

Frente a la misma pregunta, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado solicitó¹²⁹:

"Con relación a atender la petición de: "analice y cuantifique si se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista.", es necesario indicar que para de manera estimada, medir el efecto en los flujos de caja mensuales esperados del Concesionario según el Contrato de Concesión No. 005 de 1999 (de fecha 29 de enero de 1999); no se cuenta con la información y datos al respecto sino con valores globales, de tal forma que la determinación requerida no es posible atenderla. De contarse cori el FLUJO DE CAJA INICIAL no solo por aporte de capital al proyecto a cargo del Concesionario sino también son los valores estimados de ingresos por el recaudo de los peajes, con el

¹²⁹ Fl. 745 del Cuaderno Principal No. 5

FLUJO DE CAJA AJUSTADO producto de los modificatorios al contrato inicial, necesarios para la comparación entre PORYECADOS y EJECUADOS junto con la evaluación financiera encaminada a afirmar que el cambio de tarifa del impuesto de timbre que a partir del año 2010(Artículo 519 del E.T.) es del cero por ciento 0%, permitiría afirmar que **“se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista.”**

Conclusión

La perita no determinó con base en los documentos contables, si el pago efectivo del impuesto de timbre por la UT generó una diferencia favorable en relación con el valor esperado de retribución del contratista.

Petición de adición del dictamen

Se solicite respetuosamente a la experta que conteste la pregunta 7 a cuyo efecto pedimos que relacione los documentos físicos e informáticos que revisó y el método de valoración utilizado. Es importante además que **la perita informe sobre los requerimientos que realizó para obtener la documentación completa.”**

A la solicitud anterior la perita contestó¹³⁰:

“La respuesta a la pregunta No.7, página 78 del dictamen pericial, atendió la solicitud planteada, en relación con lo indagado en el interrogante.

Entre otros aspectos se precisó (página 78) “[...] no se cuenta con la información y datos al respecto, sino con valores globales, de tal forma que la determinación requerida no es posible atenderla.”

Con relación a los documentos base de los análisis para responder el dictamen con el alcance dado por las preguntas aprobadas y examen de los registros contables cuando la pregunta lo señalaba, como producto de las indagaciones en la Sociedad Concesionaria, en la Entidad Fiduciaria y en la Agencia Nacional de Infraestructura “ANI”, como se informó y se soportó en los anexos del dictamen pericial, se complementa la respuesta incluyendo relación de archivos magnéticos recibidos, en el Apéndice de estas aclaraciones y complementaciones.”

El Procurador Delegado también formuló una solicitud de aclaración¹³¹

“En las preguntas que se señalan a continuación la perita manifiesta la imposibilidad de responder las solicitudes de las partes, en virtud de que no encontró la información necesaria para concretar las mismas, al respecto esta Agencia del Ministerio Público solicita como primera medida que se aclare las razones de dicha afirmación, esto es si se trata de información que no fue exhibida por las partes, o si dicha información es inexistente en el caso del contrato de concesión 005 de 1999:

Pregunta	Quien la hizo	RTA	Página
7	Parte Convocante ANI – cuestionario presentado en la diligencia de posesión de la Perita – inspección judicial con Exhibición de documentos	“No se encuentra con la información y datos al respecto, sino con valores globales, de tal forma que la determinación requerida no es posible atenderla”	78

“En caso de que la aclaración solicitada en el numeral anterior corresponda a que dicha información es inexistente, que se complemente el dictamen en el sentido de indicar si dicha inexistencia corresponde a que las partes no realizaron los documentos correspondientes, o a que los mismos no eran necesarios en el caso del contrato 005 de 1999.”

Frente al requerimiento anterior la perita contestó¹³²:

“Pregunta No.7, página 78 del dictamen pericial, se aclara señalando que la respuesta corresponde a lo encontrado, producto de la exhibición e inspección de los documentos en las oficinas de la UNION TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA (UTD VVCC), así: “no se cuenta con la información y datos al respecto, sino con valores globales, de tal forma que la determinación requerida no es posible atenderla”, y explicando que: “De contarse con el FLUJO DE CAJA INICIAL no solo por aporte de capital al proyecto a cargo del Concesionario, sino también con los valores estimados de ingresos por el recaudo de los peajes, con el FLUJO DE CAJA AJUSTADO producto de los modificatorios al contrato inicial, necesarios para la comparación entre PROYECTADOS y EJECUTADOS en desarrollo y ejecución del Contrato de Concesión No.005 de 1999, junto con la evaluación financiera encaminada a afirmar que el cambio de tarifa del impuesto de timbre que a partir del año 2010 (Artículo 519 del E.T.) es del cero por ciento 0%, permitiría afirmar que “se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista; sin calificar si la inexistencia proviene de alguna “acción u omisión” de las partes en discordia. Se indica además, que con vista únicamente del modificatorio “Adicional No.13”, en el Flujo de Caja citado en la página 69 del dictamen -la discriminación de los ingresos esperados figuran proyectados es a partir de enero de 2019, con estimación de impuestos a partir de enero de 2019 y con las inversiones proyectadas de manera lineal desde julio de 2006, proporcionando un flujo de caja negativo para el citado Adicional 13. Con relación a la Inversión real se informó, la SALVEDAD extractada del documento de Interventoría identificado con el No,CISP-OP-0431-319-2016 de fecha 2 de agosto de 2016, página 18 de 41 y que se adjunta a este informe – entre otros- “Los cálculos se hicieron suponiendo que las inversiones se efectuaron de manera lineal en el tiempo, pues no se tienen cronogramas de ejecución de obra ni de inversión.” ; sin calificar si la inexistencia proviene de alguna “acción u omisión” de las partes en discordia.”

Pregunta 8:

¹³⁰ Página 26 del Escrito de aclaraciones y complementaciones de 10 de octubre de 2016.

¹³¹ Fls. 719 a 720 del Cuaderno Principal No. 5

¹³² Página 9 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 26 de septiembre de 2016.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

“Determinará una estimación *ceteris paribus*¹³³ tenga en cuenta las variables afectadas por las anteriores respuestas, para determinar si se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución¹³⁴ del contratista.”

La respuesta de la perita en el dictamen del 26 de septiembre de 2016 fue¹³⁵

“Para la estimación requerida teniendo en cuenta los riesgos (“constructivos, de tráfico, tributario, cambiario, comercial, de operación, regulatorio, político, de fuerza mayor asegurable, de financiación y los demás que considere la perita que tiene relación con el Contrato que asumió el contratista. Estos riesgos deberán estimarse como si se estuvieran analizando al momento de la suscripción del Contrato 005 de 1999, a menos que estos hayan sido modificados en los Otrosíes y Adicionales del mencionado Contrato”) y “las variables afectadas por las anteriores respuestas, para determinar si se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista.”, es necesario indicar que no se cuenta con el FLUJO DE CAJA INICIAL ni con el FLUJO DE CAJA AJUSTADO producto de los modificatorios al contrato inicial, necesarios para la comparación entre PROYECTADOS INICIALES y PROYECTADOS PARA ESTE INFORME que junto con la evaluación financiera permitan “determinar si se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista”.

A continuación, se relacionan para el Contrato de Concesión No. 005 de 1999, los modificatorios advertidos en: Otrosíes, adicionales y acuerdos, -entre otros- y reportados en los Informes de Interventoría:

	Fecha de suscripción	Valor estimado (\$Dic.1997)	Valor en \$Corrientes	Forma de pago	Valor INGRESOS Estimados (\$Dic.1997)
Contrato de Concesión No.005 de 1999	29-ene-1999	\$ 386.919´000.000		Ingreso Esperado-	\$ 989.537.000.000
Otrosí No. 1	29-dic-1999				
Otrosí No. 2	26-abr-2000				
Otrosí No. 3	15-abr-2002				
Adicional No. 1	07-jul-2003		\$ 2.185´000.000	Actas Mensuales-	
Adicional No. 2 :	28-oct-2003				
Adicional No. 3 :	13-nov-2003		\$ 468´237.685	A la entrega a satisfacción.	
Acta de Acuerdo Otrosí No.1 al Adicional No 3 :	11-feb-2004 16-jun-2004				
Adicional No. 4	12-jul-2004		\$ 288´130.000	Anticipado.	
Adicional No. 5	14-mar-2005		\$ 82´000.122	Se pagará en un solo contado, (...)	
Adicional No. 6	28-jul-2005	\$ 11.162´799.430		Ingreso Esperado.	\$ 36.837.238.118
Acta de Acuerdo de Acuerdo Otro si	09-ago-2005 18-oct-2005 31-oct-2005				
Adicional No. 8	14-dic-2005	\$ 4.577´499.313		Ingreso Esperado.	\$ 15.039.747.733
Adicional No. 9	14-dic-2005		\$ 5.076´138.152	a) Anticipo del 50% b) El saldo restante mediante actas mensuales de obra.	

¹³³ En este escenario deberá tener en cuenta los riesgos (Constructivos, de tráfico, tributario, cambiario, comercial, de operación, regulatorio, político, de fuerza mayor asegurable, de financiación y los demás que considere la perita que tiene relación con el Contrato) que asumió el contratista.

¹³⁴ En los ingresos (esperado y efectivo) del contratista, o lo que la perita entienda que constituye la retribución del contratista.

¹³⁵ Páginas 79 a 82 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Adicional No. 7	14-dic-2005	\$ 5.458´742.240	Se pagará en un solo contado, (...)	
Adicional No. 11	27-ene-2006	\$ 680´290.000	En mensualidades iguales (...)	
Adicional No. 10	27-ene-2006	\$ 1.527´055.838	Se pagará en un solo contado, (...)	
Adicional No. 12	27-ene-2006	\$ 2.716´055.973	Anticipo del 40% (...)	
Otro si	29-mar-2006			
Acta de acuerdo	14-jul-2006			
Otro si	19-jul-2006			
Adicional No. 13	09-ago-2006	\$ 231.855´098.397	Ingreso Esperado-	\$ 3.840.265.014.149
Otrosí No.1 al Adicional 13	02-oct-2006			
Adicional No. 14	06-oct-2006	\$ 59´989.418	Se pagará en un solo contado, (...)	
Otrosí No. 5	26-dic-2006			
Otro si	12-feb-2007			
Otrosí No.1 al Adicional No.12	12-feb-2007			
Otrosí No.1 al Adicional No 9	15-feb-2007			
Otrosí	21-feb-2007			
Acta de Prórroga a la suspensión	05-jul-2007			
Acta de Suspensión	05-jul-2007			
Adicional No.15	03-dic-2007	\$ 2.487´736.303	Anticipo del 30% del valor estimado de las obras y el saldo (...)	
Otrosí No. 2 al Adicional No.9	04-dic-2007	\$ 491´719.089		
Otrosí al Adicional No.6	13-dic-2007			
Adicional No.16	28-dic-2007	\$ 6.016´665.023	Se pagará de la siguiente manera: - Se tomará el valor a favor del INCO establecido en el Otrosí No. 1 suscrito el 14 de diciembre de 2007, al contrato adicional No. 6 del 28 de julio de 2005, por la suma de \$1.493.485.726 que indexados a la fecha con el factor de 2,05694947, corresponden a la suma de \$3.072.024.673. - El valor restante correspondiente a la suma de \$659.064.584, que indexados a la fecha con el factor de 2,05694947, corresponde a la suma de \$1.588.977.804 se pagará mediante un anticipo del	

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

				30% de dicho valor, una vez se realice la aprobación de las garantías establecidas en la cláusula decima del presente documento y se genere la respectiva acta de inicio de ejecución del contrato, el saldo (70%) se pagará al recibo a satisfacción de las obras realizado por la Interventoría del proyecto.
Otrosí No.2 al Adicional No 12	04-ene- 2008			
Otrosí No.2 al Adicional 13	14-ene- 2008	\$ 13.172´978.691		Ingreso Esperado- \$ 35.025´000.000
Otrosí No.3 al Adicional 13	24-jun- 2008			
Otrosí No.4 al Adicional 13	24-sep- 2008			
Acta de Acuerdo Ampliación de la Etapa de Construcci ón de los Tramos 3 y 6, y Finalizació n de obras pendientes de los tramos 2,3,4,5 y 6	23-dic- 2008			
Otrosí No. 6	29-dic- 2008			
Otrosí No.5 al Adicional 13	24-feb- 2009			
Adicional No.17	23-dic- 2009	\$ 25.200´000.00 0		Será remunerado al Concesionari o con aportes del Presupuesto Nacional, (...):
Otrosí No. 7	31-dic- 2009			
Otrosí No. 8	23-ene- 2014			
Otrosí No. 9	23-ene- 2014			
Otrosí No.6 al Adicional 13	23-may- 2014			
Otrosí No. 10	14-jul-2015			El concesionario deberá compensar el valor correspondiente, Mil Trescientos Ochenta y Siete Millones Cuatrocientos Diez Mil Setecientos Setenta y seis pesos M/CTE en pesos constantes de Enero de 2014 (\$1.387.410.776), mediante la ejecución de las obras que la entidad contratante requiera dentro del desarrollo del contrato de concesión 005 de 1999 o en caso de ser necesaria alguna otra alternativa que necesite la entidad para balancear la ecuación contractual, en la cual el concesionario esté de acuerdo. Las partes acuerdan que la compensación a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura por

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

la desafectación de los tramos 1 y 7 del Contrato de Concesión No. 005/1999 es el Valor Presente en diciembre de 2014 de COP \$11.101 millones de pesos de Diciembre de 1997.

Frente a la respuesta dada por la perita el apoderado de la ANI formuló la siguiente solicitud¹³⁶:

"Solicito se ordene a la perita responder la pregunta No 8 del cuestionario que le fuera formulada por la convocante en la audiencia de su posesión, porque el auxiliar de la justicia se ha excusado en que no se encontraron los flujos de caja.

(...)

En primer término a la perita no se le solicitó que respondiera con base en los flujos de caja, en segundo lugar, no es cierto que para responder el interrogante no tenga los elementos necesarios, porque además de los documentos que ella recaudó en las diligencias de inspección y exhibición obran entre otros el oficio UTDVCC 1056-06 del 6 de julio de 2006, el cual contiene como propuesta del Concesionario, el modelo financiero con el que se estableció el Ingreso Esperado del Adicional No. 13, dicho modelo contiene el flujo de caja, propuesto por el concesionario, y oficio UTDVCC 0047-2008 del 11 de enero de 2008, el cual contiene como propuesta del Concesionario el modelo financiero con el que se estableció el Ingreso Esperado del otrosí No. 2 al adicional No. 13, dicho modelo contiene el flujo de caja propuesto por el concesionario, además de los documentos contractuales, tales como el Adicional No. 13 y su otrosí No. 2. Con base en estos documentos la perita puede responder el interrogante, y por ello solicito se le ordene **adicionar su pericia para dar respuesta a esta pregunta."**

A lo anterior la perita contestó¹³⁷:

"Se reitera lo expresado en la respuesta a páginas 75 a 77 del dictamen pericial que indaga: "Determinará una estimación que ceteris paribus tenga en cuenta las variables afectadas por las anteriores respuestas, para determinar si se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de la retribución del contratista".

- * La pregunta va dirigida al Contrato de Concesión No.005 de 1999 y para determinar si se ha generado **una diferencia favorable en el valor esperado de la retribución del contratista".**
- * **Se solicita ahora que se responda "asumiendo que el contratista es sujeto tributario" por otra parte "que se debió causar" además: "realizando el ejercicio tomando como base el modelo financiero del adicional No. 13 y su otrosí No. 2."**

Para: El Flujo de Caja Mensual Proyectado y anexo a la carta de la UT al INCO No. UTDVCC 1056-06, calendado en Chía el 6 de julio de 2006, (cuaderno de pruebas No.1 folio 172 **con la "Referencia: Presupuesto Proyecto Loboguerrero - Media Canoa", contiene impuesto de timbre proyectado a partir de enero de 2019 y hasta marzo de 2059.**

Adicionalmente, se informó el cambio de tarifa del impuesto de timbre que a partir del año 2010 (Artículo 519 del E.T.) es del cero por ciento 0%.

En el año 2006 (momento de la propuesta) la tarifa del impuesto de timbre vigente era del 1,5% mientras que la incluida en las proyecciones para el año 2019 fue del 0,75%, no coincidente con la real que desde el año 2010 será del cero por ciento 0%.

Cuando se presente la contabilidad de Fideicomiso 3-4-405 del año 2019 seguramente se va a evidencia el menor gasto por impuesto de timbre pero seguramente habrán otros mayores valores de gastos por otros impuestos o impuestos nuevos; no siendo razón para afirmar que por eso se habrá generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista:

Para cubrir los costos y gastos (incluidos los impuestos) previstos para atender las actividades descritas en el Contrato de Concesión No.005 de 1999, se tiene establecido un valor de ingresos esperados por el Concesionario.

Además según la Cláusula 16 del Contrato de Concesión, el valor efectivo del contrato (recaudos de Peaje cedidos al Concesionario), se lee: "remunera todos los costos y gastos –directos e indirectos- en que incurra el Concesionario por la preparación y celebración del Contrato, así como por la ejecución y terminación del Proyecto, los impuestos, tasas y contribuciones que se causen por la ejecución del presente Contrato, los costos financieros, la remuneración del capital invertido, las utilidades del Concesionario y en general incluye el valor de la contraprestación por todas las obligaciones que adquiere el Concesionario en virtud del presente Contrato." y "remunera también la asunción de riesgos que se desprenden de las obligaciones del Concesionario o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de ese contrato"; en este caso el riesgo tributario es del Concesionario.

Para: El Flujo de Caja Mensual Proyectado y anexo a la carta de la UT al INCO No. UTDVCC 0047-2008, calendado en Chía, enero 11 de 2008, (cuaderno de pruebas No.4 folio 370), **con la "Referencia: Propuesta par vial de Yotoco",** contiene dentro de los egresos proyectados el impuesto de renta a partir de enero de 2010, mientras que los certificados patrimoniales para el Contrato de Fiducia reflejan el resultado de total de la concesión, esto es para el Contrato de Concesión No.005 de 1999, sin que se encuentren abiertos por centros de costos de acuerdo a los contratos adicionales: en este caso para el adicional No. 13 y su otrosí No. 2." lo cual no permite atender la respuesta, para los años gravables 2007 a 2012.

Además, de haberse presentado disminución en el valor del egreso por concepto de impuesto de renta que implique un mayor valor de la utilidad en el flujo de caja real del proyecto, la diferencia favorable en renta no es razón para afirmar que por eso se habrá generado una diferencia favorable en el valor esperado de **retribución del contratista:"**

Frente a los interrogantes formulados durante la audiencia de contradicción del dictamen, formulados por el apoderado de la convocante la perita contestó¹³⁸:

¹³⁶ Fl. 713 del Cuaderno Principal No. 5

¹³⁷ Páginas 78 a 79 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

¹³⁸ Fls. 519 rev. a 520 del Cuaderno de Pruebas No. 21.

“DR. BEJARANO: Vamos a la pregunta 10. Con base en lo anteriormente respondido por usted, ¿por qué no contestó si ceteris paribus y teniendo en cuenta las variables afectadas por las anteriores respuestas, se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de la retribución del contratista?

SRA. CEPEDA: La retribución favorable del contratista no se podía afectar porque esa se definía con otras variables, lo que se podía de pronto era mostrar el impacto en la utilidad esperada, utilidad esperada no ingreso, utilidad esperada o rentabilidad del Concesionario, ejercicio que no hice por no disponer de los elementos que a lo largo de las preguntas le he comentado.

Cuando ya engloba en un solo flujo, le digo no lo puede hacer, adicional hubo otra cosa, cuando llega la contabilidad encuentro que hay pagos que afectan el tramo I o el tramo II o el tramo VI y son tramos por otra contratación, otra adicional, por ejemplo, unos adicionales de pagos con avances de obra y eso afectó la parte del activo del tramo X; hubo otros adicionales a este contrato, que no se ventilan en este Tribunal y que se recogieron en la contabilidad en la parte de construcciones en curso. Cómo hago yo si el valor probatorio lo dan los libros de contabilidad cuando son de reproducción mas no de construcción, llevo a la Fiduciaria y digo, un momentico, tramo por tramo, me dicen, tal tramo no está por contratación, porque hubo contrataciones por otra forma de pago. Doctores, ahí hay importes que se erogaron pero que no corresponden a enjugar estos ingresos esperados aquí ventilados sino a pagos aparte.

Yo por eso les presenté un cuadrito donde les mostré todos los importes que se contrataron como inversión y se pagaron con ingreso esperado y todos los importes que se contrataron como inversión y se pagaron con otro método o forma de pago y de pronto hubo aporte del gobierno y todos ellos se llevaron a la contabilidad a construcciones en curso. Son muchos los elementos que hacen que yo no pueda hacer un flujo de caja, si ustedes me permitieran entrar a los otros modificatorios o contratos adicionales que tienen otra forma de pago y que están en la contabilidad, yo les confecciono un flujo para este contrato de manera total, cogiendo el total de la contabilidad y si alguien, un ingeniero hace un balance de obra programada, con todo gusto les haría el ejercicio como creo que es una de las peticiones que pidieron un modelo general para este contrato. Pero aquí no se ventila, todos los adicionales que contrató el INVÍAS, perdón, que contrató la ANI con los señores de la Unión Temporal.”

Respecto de la misma respuesta, la apoderada de la ANDJE expresó¹³⁹:

“La experta se abstuvo de contestar la pregunta con fundamento en que no contaba con el flujo de caja inicial ni con el flujo de caja ajustado producto de los modificatorios al contrato inicial, **“necesarios para la comparación entre PROYECTADOS INICIALES Y PROYECTADOS PARA ESTE INFORME(...)”(Pág. 78)**

A continuación relacionó los modificatorios al Contrato 005 de 1999 reportados en los informes de interventoría en un cuadro de 3 páginas.

Conclusión

La perita no contestó la pregunta. No verificó el manejo de los riesgos del contrato 005 de 1999, no definió las variables afectadas por las anteriores respuestas y se abstiene de determinar si se generó una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista.

Petición de adición del dictamen

Se solicita respetuosamente a la experta que conteste la pregunta 8 a cuyo efecto pedimos que relacione los documentos físicos e informáticos que revisó y el método de valoración utilizado. Es importante además **que la perita informe sobre los requerimientos que realizó para obtener la documentación completa.”**

A la solicitud anterior la perita contestó¹⁴⁰:

“La respuesta a la pregunta No.8, páginas 79 a 82 del dictamen pericial, atendió la solicitud planteada, en relación con lo indagado en el interrogante.

Se toma un aparte donde se precisa: “[...] es necesario indicar que no se cuenta con el FLUJO DE CAJA INICIAL ni con el FLUJO DE CAJA AJUSTADO producto de los modificatorios al contrato inicial, necesarios para la comparación entre PROYECTADOS INICIALES Y PROYECTADOS PARA ESTE INFORME que junto con la evaluación financiera permiten **“determinar si se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista”.**

Con relación a los documentos base de los análisis para responder el dictamen con el alcance dado por las preguntas aprobadas y examen de los registros contables cuando la pregunta lo señalaba, como producto de las indagaciones en la Sociedad Concesionaria, en la Entidad Fiduciaria y en la Agencia Nacional de Infraestructura “ANI”, como se informó y se soportó en los anexos del dictamen pericial, se complementa la respuesta incluyendo relación de archivos magnéticos recibidos, en el Apéndice de estas aclaraciones y complementaciones.”

El agente del Ministerio Público también formuló el siguiente requerimiento frente a la pregunta 8¹⁴¹:

“En las preguntas que se señalan a continuación la perita manifiesta la imposibilidad de responder las solicitudes de las partes, en virtud de que no encontró la información necesaria para concretar las mismas, al respecto esta Agencia del Ministerio Público solicita como primera medida que se aclare las razones de dicha afirmación, esto es si se trata de información que no fue exhibida por las partes, o si dicha información es inexistente en el caso del contrato de concesión 005 de 1999:

Pregunta	Quien la hizo	RTA	Página
8	Parte Convocante ANI – cuestionario presentado en la diligencia de posesión de la Perita – inspección judicial con Exhibición de documentos	“No se cuenta con el flujo de caja inicial ni con el flujo de caja ajustado producto de los modificatorios del contrato inicial”	79

¹³⁹ Fl. 746 del Cuaderno Principal No. 5

¹⁴⁰ Página 27 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016

¹⁴¹ Fls. 719 a 720 del Cuaderno Principal No. 5

“En caso de que la aclaración solicitada en el numeral anterior corresponda a que dicha información es inexistente, que se complemente el dictamen en el sentido de indicar sí dicha inexistencia corresponde a que las partes no realizaron los documentos correspondientes, o a que los mismos no eran necesarios en el caso del contrato 005 de 1999.”

Dicho requerimiento la perita lo contestó así¹⁴²:

“Pregunta No.8, página 79 del dictamen pericial, se aclara señalando que la respuesta corresponde a lo encontrado (producto de la exhibición e inspección de los documentos en las oficinas de la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA (UTDVCC), así: “no se cuenta con el FLUJO DE CAJA INICIAL ni con el FLUJO DE CAJA AJUSTADO en desarrollo y ejecución del Contrato de Concesión No.005 de 1999,, producto de los modificatorios al contrato inicial, necesarios para la comparación entre PROYECTADOS INICIALES y PROYECTADOS PARA ESTE INFORME que junto con la evaluación financiera permitan “determinar si se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista”.”; sin calificar si la inexistencia proviene de alguna “acción u omisión” de las partes en discordia.”

Pregunta 9:

“Determinará cómo se establece en un flujo de caja el Ingreso Esperado de un Proyecto de Concesión, y cuál es la variable que lo determina”

La respuesta dada por la perita en el dictamen del 26 de septiembre de 2016 fue¹⁴³:

“El “Ingreso Esperado de un Proyecto de Concesión” estimado por el concesionario al momento de presentar su propuesta, es una variable de evaluación de la Licitación, entendido como aquel monto que el Concesionario espera recibir por atender el objeto definido a ejecutar en el contrato de concesión. Es la estimación que realiza el Concesionario en el horizonte ó ventana de tiempo de planeación del proyecto. Para todo tipo de proyecto deben estar previamente, definidos o establecidos parámetros, variables y constantes, etc., que se tomarán en cuenta o reflejarán en el “flujo de Caja”, en atención que: “se ha llamado flujo de Caja a la secuencia que representan dichos valores, o lo que es lo mismo, a la secuencia de entradas y salidas de capital durante el tiempo de la operación financiera.” MAT. FCIERAS. J. A. GARCÍA. En el “flujo de Caja” se representan las entradas y salidas o los ingresos y egresos de un proyecto, como herramienta para conocer un resultado anticipado, bajo parámetros, variables, constantes, etc., que puede hacer atractivo o no financieramente el proyecto que se está evaluando.

En relación con la proyección ó estimación del valor del Ingreso Esperado por el Concesionario en un proyecto derivado de la cesión al Concesionario de los derechos de recaudo de Peaje de las estaciones definidas con casetas para el cobro con sentidos igualmente definidos y teniendo en cuenta: estudios de demanda de tráfico, esquemas tarifarios que se aplicarán en cada estación, a lo largo del tiempo del proyecto, en cada uno de los momentos de posible recaudo, conforme a las etapas del proyecto: cantidades de vehículos y categorías que multiplicadas por la tarifa vigente (número de días con determinada tarifa), estimada ó incrementada en cada momento (período), permiten obtener el importe periódico estimado para cada estación y en conjunto para el Proyecto.

Las variables son establecidas en la Licitación y que permiten previamente el diseño del modelo financiero y/ó el cálculo en conjunto de lo que se va a efectuar y evaluar el resultado – valor esperado (esperanza matemática) – lo cual sirve de criterio en la toma de decisiones.”

El apoderado de la ANI manifestó lo siguiente, frente a la respuesta dada por la perita¹⁴⁴:

“Solicito se ordene a la perita responder la pregunta No 9 del cuestionario que le fuera formulada por la convocante en la audiencia de su posesión, porque el auxiliar de la justicia no responde lo preguntado sobre ingreso esperado.

(...)

En efecto, para dar respuesta a este interrogante la perita debe establecer cómo se establece el ingreso esperado y cuáles son los parámetros para ello; por tal razón solicito se le ordene adicionar su experticia para dar respuesta a esta pregunta.

La perita ignora en su respuesta la parte más importante del cálculo, la cual consiste en estimar los costos y gastos relacionados con el Proyecto para, con base en esta estimación, definir cuál es el ingreso esperado que permitirá al contratista obtener la TIR deseada. La perita también pasa por alto el punto más importante para calcular el ingreso esperado, el cual consiste en que a mayor volumen de costos y gastos, mayor será el ingreso esperado necesario para compensar al Concesionario.”

Frente a la solicitud anterior la perita en el escrito de octubre 10 de 2016 contestó¹⁴⁵:

“Se reitera lo expresado en la respuesta a página 83 del dictamen pericial, dada para el Proyecto de Concesión de Segunda Generación: El “Ingreso Esperado de un Proyecto de Concesión” estimado por el concesionario al momento de presentar su propuesta, es una variable de evaluación de la Licitación, entendido como aquel monto que el Concesionario espera recibir por atender el objeto definido a ejecutar en el contrato de concesión.

En el caso de ir dirigida la pregunta al Contrato de Concesión No.005 de 1999, se informó en el dictamen: Página 29 del dictamen pericial, extractado del documento de Interventoría identificado con el No,CISP-OP-0431-319-2016 de fecha 2 de agosto de 2016, páginas 2 y 3 de 41 y que se adjunta a este informe – entre otros-

- “Es pertinente aclarar que este contrato de concesión no discrimina valores bajo el esquema de precios unitarios, por ser un contrato de segunda generación de acuerdo a su estructuración definida por el INVÍAS en la época de su elaboración. Estas obras se desarrollan a través de

¹⁴² Páginas 9 a 10 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de septiembre de 2016.

¹⁴³ Página 83 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

¹⁴⁴ Cuaderno Principal No. 5 fl 714

¹⁴⁵ Página 81 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

valores globales y servicios (Mantenimiento y operación) a ejecutar en un término definido contractualmente, razón por la cual no se puede asimilar a los contratos de obra pública tradicionales.”

Señalando que la respuesta corresponde a lo encontrado (producto de la exhibición e inspección de los documentos en las oficinas de la UNION TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA (UTDVVCC);

De contarse con el FLUJO DE CAJA INICIAL PARA EL PROYECTO Y DESDE EL COMIENZO no solo por aporte de capital al proyecto a cargo del Concesionario, sino también con los valores estimados de ingresos por el recaudo de los peajes, con el FLUJO DE CAJA AJUSTADO producto de los modificatorios al contrato inicial, UNA COMPARACIÓN entre lo proyectado vs. lo EJECUTADO.

De HABERSE presentado para el Contrato de Concesión No.005 de 1999, valoración para el proyecto, consistente con un modelo financiero del proyecto, junto con las variables utilizadas en la valoración de los ingresos esperados por el Concesionario, los costos, los gastos y el esquema de asignación de riesgos, HABRIA podido conocerse la información, validar las estimaciones y confrontar las realidades de manera confiable.”

En el mismo sentido de la aclaración presentada por la perita en el aparte antes transcrito, esta contestó así las preguntas formulas al respecto, en la audiencia de contradicción del dictamen¹⁴⁶:

“DR. BEJARANO: En la pregunta 11, se le preguntó a usted que explicara cómo se establece el ingreso esperado de un proyecto de concesión y qué variable lo determina. Le leo lo que usted respondió. Usted hizo referencia al contrato de concesión No. 05 del 99 y concluyó que de haberse contado con un modelo financiero para el proyecto habría podido conocer la información, validar las estimaciones y confrontar la realidad de manera confiable. Ese es el contexto de su respuesta a la pregunta 11. Se le preguntó concretamente que respondiera, cómo se establece el ingreso esperado de un proyecto de concesión y no de este proyecto en particular, ¿por qué no contestó lo preguntado?

SRA. CEPEDA: Perdón, ¿estamos hablando de la pregunta 11?

DR. BEJARANO: Sí.

SRA. CEPEDA: Dice pregunta 11 y excúseme que la traiga a colación. Determinará financieramente qué pasa en un flujo de caja.

DR. BEJARANO: En la aclaración.

SRA. CEPEDA: En la aclaración, ah bueno. Dice aquí. Yo digo acá, se reitera lo expresado en la respuesta a la página 85 del dictamen pericial, que dice: cuando no se contempla un beneficio tributario como es la aducción por activos fijos productivos representaría una utilidad mayor (beneficio) en el proyecto para los dueños del proyecto. Entonces doctor, usted me dice que yo no contesté, qué sería lo que no contesté.

DR. BEJARANO: ¿Cómo se establece el ingreso esperado de un proyecto de concesión?

SRA. CEPEDA: Ah, esa es otra pregunta.

DR. BEJARANO: No, era la misma que estaba allí.

SRA. CEPEDA: Pero es que aquí dice, determine financieramente y en las aclaraciones usted dice.

(...)

SRA. CEPEDA: Esa solicitud que usted hace es a la pregunta, la solicitud 11 es para la pregunta No.9, yo le aclaré lo siguiente. Aclaración dada en la página 81. Se reitera lo expresado en la respuesta a página 83, **del dictamen pericial, dada para un proyecto de concesión de segunda generación. “El ingreso esperado de un proyecto de concesión”, estimado por el Concesionario al momento de presentar su propuesta es una variable de evaluación de la licitación, entendido como aquel monto que el Concesionario espera recibir para atender el objeto definido.**

DR. BEJARANO: Perdóneme la interrupción.

SRA. CEPEDA: Ahora sí miremos.

DR. BEJARANO: Pero yo le estoy preguntando es cómo se establece el ingreso esperado de un proyecto de concesión, en la pregunta once o en la novena según dice usted, ¿por qué no lo contestó?

SRA. CEPEDA: Ya le digo, en la novena en la página, yo le respondo, en relación con la estimación del valor del ingreso esperado por el Concesionario en un proyecto derivado de la cesión al Concesionario de los derechos de recaudo de peajes, de las estaciones definidas, **con casetas..., igualmente definidos y tenidos en cuenta, estudio de demanda de tráfico, esquemas tarifarios, que se aplicaran en cada estación a lo largo del tiempo del proyecto, en cada uno de los momentos del... recaudo conforme a las etapas del proyecto** cantidades de vehículos y categorías que multiplicadas por la tarifa vigente (número de días con determinada tarifa) estimada o incrementada en cada momento (período) permiten obtener el importe periódico, estimado para cada estación y por un conjunto para el proyecto. Yo entendí que esa era la respuesta, es lo que yo entiendo.

DR. BEJARANO: Por eso, pero no respondió lo que yo le preguntaba.

SRA. CEPEDA: Sí, excúseme, cómo se establece el flujo de caja de un ingreso esperado; lo que pasa es que, el ingreso esperado puesto en una hoja a lo largo de un período de tiempo permite alimentar un flujo de caja.

DR. BEJARANO: Yo le estaba preguntando, repito, cómo se establece el ingreso esperado de un proyecto **de concesión en general. Usted ha hecho unas... sobre este proyecto, no las hizo como yo se las estaba preguntando en general.**

SRA. CEPEDA: Pero es que ahí no dice modelo, perdón doctor Ramiro, yo contesté lo que entendí para la pregunta.

DR. BEJARANO: Eso es evidente.

SRA. CEPEDA: **Correcto, sí señor.”**

Frente a la misma pregunta, la apoderada de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado solicitó¹⁴⁷:

¹⁴⁶ Fls. 520 a 522 del Cuaderno de Pruebas No. 21.

¹⁴⁷ Fl. 747 del Cuaderno Principal No. 5

“La perita explicó, con apoyo en doctrina, que el **“flujo de Caja”** consiste en **“la secuencia que presentan dichos valores o lo que es lo mismo, a la secuencia de entradas y salidas de capital durante el tiempo de la operación financiera”**.

Seguidamente explicó: En relación con la proyección ó estimación del valor del ingreso Esperado por el Concesionario en un proyecto derivado de la cesión al Concesionario de los derechos de recaudo de. Peaje de las estaciones definidas con casetas para el cobro con sentidos igualmente definidos y teniendo en cuenta estudios de demanda de tráfico, esquemas tarifarios que se aplican en cada estación, a lo largo del tiempo de proyecto, en cada uno de los momentos de posible recaudo, conforme a las etapas del proyecto cantidades de vehículos y categorías que multiplicadas por la tarifa vigente (número de días con determinada tarifa), estimada ó incrementada en cada momento (período) permiten obtener el importe periódico estimado para cada estación y en conjunto para el Proyecto.

Las variables son establecidas en la Licitación y que permiten previamente el diseño del modelo financiero y/o el cálculo en conjunto de lo que se va a efectuar y evaluar el resultado - valor esperado (esperanza matemática) - lo cual sirve de criterio en la toma de decisiones.

Se pronunció genéricamente sobre el concepto del flujo de caja, pero se abstuvo de analizar las variables concretas que se toman en cuenta en un proyecto de concesión para establecer el ingreso -esperado.

Petición de adición del dictamen

Se solicita respetuosamente a la experta que complemente la respuesta dada a la pregunta 9 para que explique las variables concretas que se toman en cuenta en un proyecto de concesión para establecer el **ingreso esperado.”**

A lo anterior la perita contestó¹⁴⁸:

“La respuesta a la pregunta No.9, página 83 del dictamen pericial, atendió la solicitud planteada, en relación con lo indagado en el interrogante. Si bien todos los proyectos de concesión para establecer el INGRESO ESPERADO, previamente deben tener establecida su procedencia: en la respuesta se especificó

Página 83: En relación con la proyección ó estimación del valor del Ingreso Esperado por el Concesionario en un proyecto derivado de la cesión al Concesionario de los derechos de recaudo de Peaje de las estaciones definidas con casetas para el cobro con sentidos igualmente definidos y teniendo en cuenta: estudios de demanda de tráfico, esquemas tarifarios que se aplicarán en cada estación, a lo largo del tiempo del proyecto, en cada uno de los momentos de posible recaudo, conforme a las etapas del proyecto: cantidades de vehículos y categorías que multiplicadas por la tarifa vigente (número de días con determinada tarifa), estimada ó incrementada en cada momento (período), permiten obtener el importe periódico estimado para cada estación y en conjunto para el Proyecto.

Las variables son establecidas en la Licitación y que permiten previamente el diseño del modelo financiero y/o el cálculo en conjunto de lo que se va a efectuar y evaluar el resultado – valor esperado – lo cual sirve de **criterio en la toma de decisiones.”**

Pregunta 10:

“Determinará financieramente qué pasa en un flujo de caja cuando no se contemplan las amortizaciones, y determinar además quién se beneficia de este hecho”

La perita en su dictamen contestó esta pregunta así¹⁴⁹:

“Para analizar el negocio se debe crear un modelo que simule el desempeño del proyecto durante su ejecución. Con base en proyección de toda la información auxiliar que se requiera para preparar los estados financieros proforma: Flujo de Caja del proyecto, etc., necesarios para dirigir negociaciones y tomar decisiones.

Según la procedencia de los movimientos de efectivo incorporados en los flujos de caja que se estiman o que ocurren para ó durante la ejecución del proyecto, el flujo de caja puede mostrar importes proyectados ó importes ejecutados.

Los Flujos de Caja (cash flow) derivados de un determinado proyecto, escenario ó alternativa, necesarios para realizar sensibilizaciones y medir las ejecuciones, conforme su composición, reciben denominaciones como:

- ✓ Flujo de caja bruto,
- ✓ Flujo de Caja Operativo,
- ✓ Flujo de Caja Libre (FCL).

Desde el punto de vista financiero, uno de los métodos más utilizado para analizar el negocio es el que se realiza a partir del Flujo de Caja Libre Descontado y que parte del hecho de proyectar los flujos de caja hacia el futuro, y traer a valor presente dichos flujos, consiguiendo con tal cálculo el valor justo a pagar ó a cobrar por determinado negocio.

El flujo de caja en estructura e información reportada es semejante a la informada por el Estado de Resultados (producto del desempeño contemplado para el proyecto y en la mayoría de los casos utilidad), difiere del Flujo de Caja; el primero es con base en cifras establecidas como CAUSADAS de los hechos económicos (Ingresos, costos y gastos) y el segundo con base en cifras establecidas como EROGADAS de los hechos económicos (Ingresos, costos y gastos),unas y otras en el horizonte del proyecto. Es así, como en el Estado de Resultados se reportan: causaciones de intereses, depreciaciones, amortizaciones, agotamientos, etc., mientras que en el segundo no se contemplan, de ahí su nombre Flujo de Caja Libre.

Conforme lo expresado anteriormente, el valor causado y restado periódicamente como Gasto de **Amortizaciones representa una disminución en la utilidad y “cuando no se contemplan las amortizaciones”** representaría una utilidad mayor (beneficio) derivada del proyecto, para el (los) dueños del resultado del Proyecto (**Socios, Inversionistas, etc.”**)

Frente a esta respuesta el apoderado de la convocante expresó¹⁵⁰:

¹⁴⁸ Páginas 28 a 29 del Escrito de aclaraciones y complementaciones el 10 de octubre de 2016.

¹⁴⁹ Página 84 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

¹⁵⁰ Fl. 513 rev. del Cuaderno Principal No. 5

“Solicito se ordene a la perita responder la pregunta No 10 del cuestionario que le fuera formulada por la convocante en la audiencia de su posesión, porque el auxiliar de la justicia en la respuesta ignora el impacto tributario en un flujo de caja cuando se contemplan las amortizaciones.

(...)

La perita responde parcialmente lo preguntado; dado que manifiesta que: “... el valor causado y restado periódicamente como gasto de Amortizaciones representa una disminución en la utilidad y “cuando no se contemplan las amortizaciones” representaría una utilidad mayor (beneficio) derivada del proyecto, pero el (los) dueños del resultado del Proyecto (Socios, Inversionistas, etc.)”. Sin embargo, solo hace una comparación genérica entre el flujo de caja y el estado de resultados, sin especificar el impacto sobre el ingreso esperado cuando en un flujo de caja no se incluyen las amortizaciones y a quién se beneficia con ello. La perita pasa por alto en su respuesta que el flujo de caja de una empresa o forma asociativa es impactado por el monto de impuesto de renta a cancelar, el cual a su vez varía de acuerdo con la inclusión o no de amortizaciones para su cálculo.”

La perita, teniendo en cuenta, la solicitud anterior respondió¹⁵¹:

“Se reitera lo expresado en la respuesta a página 84 del dictamen pericial y lo expuesto al atender la aclaración a la solicitud No.1, presentando las razones siguientes, teniendo en cuenta los contratos celebrados: (i) Contrato de colaboración – Convenio de Constitución de la UNIÓN TEMPORAL “DESARROLLO VIAL del VALLE del CAUCA Y CAUCA que hace parte Contrato de Concesión No.005 de 1999 y el (ii) Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía - Patrimonio Autónomo No. 3-4-405 MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA” (antes) “CONSORCIO CARRETERAS FID. 3-4-405 MALLA VIAL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA”, así:

En virtud del art.271-1 del Estatuto Tributario, en Fiduciaria de Occidente S.A., se evidencias las siguientes certificaciones:

Entre los años 2007 a 2011 a la UT el valor del patrimonio a 31 de diciembre de cada ejercicio, así como la utilidad, los gastos no deducibles y aquellos que daban beneficios fiscales sin incluir la deducción especial por la adquisición de activos fijos reales productivos.

Entre los años 2012 a 2015, sin hacer mención a la UT, emite un certificado a nombre de los miembros que conforman la UT, indicando su participación en el patrimonio del fideicomiso. También informa las utilidades obtenidas en el primer y segundo semestre de cada vigencia.

De lo anterior, en ambos casos los valores certificados corresponden a renta bruta especial es decir que los fideicomitentes declaran un resultado más no incluyen en su renta los ingresos, depreciaciones amortizaciones, ni deducciones de activos fijos productivos. En el caso de que a través de la fiducia se hubiesen realizado inversiones en activos fijos reales productivos, dicha inversión debió haber sido informada en los certificados expedidos a los fideicomitentes.

Al revisar los estados financieros que fueron el soporte para la expedición de los certificados entregados a los fideicomitentes, se puede evidenciar la inclusión de gastos por depreciaciones (7517535) y por amortizaciones (7518020).

Con relación a la deducción especial (Decreto 1766 de 2004) para las obras de infraestructura se aplica el art.3, para lo cual deberían cumplirse todos los requisitos establecidos para su procedencia, siendo necesario que la Fiduciaria certificase el valor de la deducción en el caso de ser procedente; en los certificados no se evidencia que se les haya certificado a los fideicomitentes este beneficio.

El valor certificado por la Fiduciaria en los años 2007 a 2011 a la UT, a su vez debería ser certificado por la misma a los miembros de la UT toda vez que éstos no son sujeto pasivo del impuesto de renta, quienes deberían incluir dicho resultado como renta bruta especial (art.102-ET). Es decir, que los fideicomitentes declaran un resultado, y no depuran los ingresos y costos ni deducciones que se generan en el patrimonio autónomo, su obligación es incluir las utilidades certificadas.

Entonces, para la solicitud de: “La perita deberá especificar si los miembros de la UT, en sus declaraciones de renta, utilizaron depreciaciones, amortizaciones y/o deducciones por activos fijos productivos provenientes de este contrato.”, aún sin disponer de las declaraciones de renta de cada miembro de la UT, se puede responder que en las declaraciones de éstos no se incluirían los gastos (amortizaciones) a que hace mención la pregunta, ya que como se explicó anteriormente lo que se declara es el resultado certificado por el Fideicomiso.”

Asimismo, la perita fue interrogada durante la audiencia del 24 de octubre de 2016, frente a los interrogantes planteados contestó¹⁵²:

“DR. BEJARANO: Pregunta No.12. A usted se le solicitó en esa pregunta que determinara financieramente qué pasa en un flujo de caja cuando no se contemplan las amortizaciones y determinará además quién se beneficia por ese hecho. Esa fue la pregunta.

En su respuesta usted hizo alusión al Estatuto Tributario, a información recibida de la Fiduciaria de Occidente y a certificaciones por esta entidad y afirma “Aún sin disponer de las declaraciones de renta de cada miembro de la UT se puede responder que en las declaraciones de estos no se incluirían los gastos “amortizaciones” a que hace mención la pregunta, ya que como se explicó anteriormente lo que se declara es el resultado certificado por el Fideicomiso”.

Si los ingresos y egresos generados por una UT que no constituye un contribuyente, se trasladan directamente a sus miembros, como está establecido, ¿por qué afirma usted taxativamente que los miembros de la UT no incluirían estos egresos en sus declaraciones de renta?, ¿cuál es el sustento para afirmar que es imposible?

SRA. CEPEDA: Porque no estuvieron incluidos en los certificados patrimoniales que yo vi, además, lo hubiera confirmado de tener las declaraciones de renta de los miembros de la UT.

DR. BEJARANO: ¿Y usted se las pidió?

SRA. CEPEDA: No, no se las pedí.

¹⁵¹ Páginas 83 a 84 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

¹⁵² Fls. 522 a 523 del Cuaderno de Pruebas No. 21

DR. BEJARANO: Nuevamente contesta en el contexto del contrato específico, cuando se le solicitó que lo hiciera de manera genérica, de manera genérica; ¿por qué no explicó si hay un impacto sobre los impuestos de renta que debían ser pagados por los miembros de la Unión Temporal dependiendo de si se contemplan las amortizaciones en el cálculo de sus impuestos?

SRA. CEPEDA: Porque usted lo ha dicho, el impacto es en el flujo de caja de los miembros, mas no en el flujo de caja del proyecto.

DR. BEJARANO: Si como está establecido al sobreestimar los impuestos que han de pagar en el desarrollo de una concesión, se incrementa el ingreso esperado necesario para compensar al concesionario, por qué afirma usted que no se incluirían estas amortizaciones, implica que no habría efectos sobre la rentabilidad del concesionario; ¿por qué no contestó quién se beneficiaría de esta sobreestimación de gastos?

SRA. CEPEDA: Que sería la solicitud de la ANI, ¿la 14?, perdón.

DR. BEJARANO: La 12.

DRA. MESA: La solicitud No. 12, pero era para aclarar la pregunta 10.

SRA. CEPEDA: Sí, sobre esa pregunta no dice que se beneficiaría necesariamente la UT, no lo veo, en otra parte lo dije, pero sí señor tiene toda la razón.

DR. BEJARANO: Entonces cuál es la respuesta que iba a dar o que dio.

SRA. CEPEDA: La respuesta es que cuando hay una, por ejemplo en este caso que la renta no incluyó una deducción y pagó un mayor impuesto pues ha podido incluir y pagar un menor impuesto y se beneficiaría **el mismo Concesionario.**"

Pregunta 11:

"Determinará financieramente qué pasa en un flujo de caja cuando no se contempla un beneficio tributario, como lo es la deducción por activos fijos productivos, y determinará quién se beneficia por el hecho de no contemplar dichas deducciones tributarias en un modelo financiero."

La respuesta de la perita en su dictamen del 26 de septiembre de 2016 fue¹⁵³:

"Para esta pregunta se toma en cuenta la respuesta a la pregunta No.10 precedente, señalando que "cuando no se contempla un beneficio tributario, como lo es la deducción por activos fijos productivos," representaría una utilidad mayor (beneficio) derivada del proyecto, para el (los) dueños del resultado del Proyecto (Socios, Inversionistas, etc.)

Con relación a la deducción por inversión en activos fijos reales productivos adquiridos, beneficio fiscal que debería tenerse presente al calcular el impuesto de renta de los concesionarios (persona jurídica), fueron los siguientes:

- Del 2007 al 2009: Una deducción del 40% del valor de las inversiones efectivas realizadas en activos fijos productivos, aún bajo la modalidad de leasing financiero con opción irrevocable de compra.
- En el año 2010: La deducción se redujo al 30% del valor de las inversiones efectivas realizadas en activos fijos reales productivos.
- A partir del año 2011: Ningún contribuyente pudo hacer uso de esta deducción, a menos que hubiesen suscrito un contrato de estabilidad jurídica **que se incluya dicha deducción."**

Frente a la respuesta dada por la perita el apoderado de la convocante formuló la siguiente solicitud¹⁵⁴:

"Solicito se ordene a la perita responder la pregunta No 11 del cuestionario que le fuera formulada por la convocante en la audiencia de su posesión, porque el auxiliar de la justicia se ha excusado en afirmar que se representa un beneficio derivado del proyecto para los socios, peco no demuestra de donde deviene tal afirmación.

(...)

En efecto, para dar respuesta a este interrogante la perita debe establecer cómo es la deducción por activos fijos productivos, y determinará quién se beneficia por el hecho de no contemplar dichas deducciones tributarias en un modelo financiero.

Nuevamente, la perita contesta la pregunta de manera incompleta pasando por alto el caso que nos ocupa, dado que se limitó a especificar la deducción de manera teórica. Particularmente, omite mencionar el impacto sobre el ingreso esperado en el Contrato de Concesión y sus modificaciones cuando se omite utilizar una exención tributaria a la que se tiene derecho. La perita debe responder este interrogante, sustentando adecuadamente su **respuesta."**

A esto la perita contestó¹⁵⁵:

"Se reitera lo expresado en la respuesta a página 85 del dictamen pericial que indaga: "Determinará financieramente qué pasa en un flujo de caja cuando no se contempla un beneficio tributario, como lo es la deducción por activos fijos productivos, y determinará quién se beneficia por el hecho de no contemplar dichas deducciones tributarias en un modelo financiero."

Tomando en cuenta la respuesta a la pregunta No.10 a página 84 del dictamen pericial señalando que **"cuando no se contempla un beneficio tributario, como lo es la deducción por activos fijos productivos,"** representaría una utilidad mayor (beneficio) derivada del proyecto, para el (los) dueños del resultado del Proyecto (Socios, Inversionistas, etc.)

Una disminución en el valor del egreso por cualquier concepto que implique un mayor valor de la utilidad en el flujo de caja real del proyecto: no es razón para afirmar que por eso se habrá generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista.

Para cubrir los costos y gastos (incluidos los impuestos) previstos para atender las actividades descritas en el Contrato de Concesión No.005 de 1999, se tiene establecido un valor de ingresos esperados por el Concesionario.

Además según la Cláusula 16 del Contrato de Concesión, el valor efectivo del contrato (recaudos de Peaje **cedidos al Concesionario) se lee: "remunera todos los costos y gastos –directos e indirectos- en que incurra**

¹⁵³ Página 85 del Dictamen del 26 de septiembre de 2016.

¹⁵⁴ Fl. 715 del Cuaderno Principal No. 5

¹⁵⁵ Página 86 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

el Concesionario por la preparación y celebración del Contrato, así como por la ejecución y terminación del Proyecto, los impuestos, tasas y contribuciones que se causen por la ejecución del presente Contrato, los costos financieros, la remuneración del capital invertido, las utilidades del Concesionario y en general incluye el valor de la contraprestación por todas las obligaciones que adquiere el Concesionario en virtud del presente Contrato.” y **“remunera también la asunción de riesgos que se desprenden de las obligaciones del Concesionario o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de ese contrato”; en este caso el riesgo tributario es del Concesionario.”**

Durante el interrogatorio de la perita, frente a su dicho en la respuesta a esta pregunta, ella contestó¹⁵⁶:

“DR. BEJARANO: Usted afirma en la pregunta 13. “Una disminución en el valor del egreso por cualquier concepto que implique un mayor valor de la utilidad en el flujo de caja real del proyecto, no es razón para afirmar que por eso se habrá generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista”. ¿Por qué no contestó quién se beneficia al no contemplar un beneficio tributario al cual se tiene derecho, incrementando artificialmente la estimación del monto de impuesto sobre la renta al ser cancelado y por ende el ingreso esperado?

SRA. CEPEDA: Porque la pregunta decía determinará financieramente qué pasa con la TIR de un proyecto cuando se utiliza una tasa de impuesto de timbre mayor al legalmente establecido, yo me referí qué pasa con la TIR del proyecto. Pero si usted quiere que le responda ahorita con todo gusto.

DR. BEJARANO: Por favor.

SRA. CEPEDA: Se beneficiaría, dice aquí cuando se utiliza una tasa de impuesto de timbre mayor al legalmente establecido y esa no es, pues se beneficiaría la utilidad, la rentabilidad del contratista, en este caso de la UT.”

La apoderada de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado formuló la siguiente solicitud¹⁵⁷:

“La perita establece que un beneficio tributario representa una utilidad mayor para los dueños del proyecto, sin embargo no precisa en el caso concreto que se entiende por dueños del proyecto, ni quienes serían en el caso del Contrato 005 de 1999.

La respuesta está incompleta, es necesario que la experta la amplíe para que explique por qué se beneficia el dueño del resultado del proyecto y quien se entiende que es el dueño del proyecto.

Petición de adición del dictamen

Se solicita respetuosamente que perita adicione su respuesta a la pregunta 11 y explique las razones por las cuales considera que se beneficia el dueño del proyecto, la forma en que se beneficia, el comportamiento respecto del flujo de caja del proyecto y quien se entiende como dueño del resultado del proyecto en el **Contrato 005 de 1999.”**

A lo anterior la perita sostuvo: ¹⁵⁸

“La respuesta a la pregunta No.11, página 85 del dictamen pericial, atendió la solicitud planteada, en relación con lo indagado en el interrogante.

La perita considera que **entrar a definir quién es el “dueño del resultado del proyecto en el Contrato 005 de 1999” – podría considerarse entrar en definiciones de orden o carácter jurídico.**

El resultado bien puede ser de orden financiero, de orden social y podría corresponder al titular de la **Concesión ó al Estado de tratarse de orden social.”**

Pregunta 12:

“Determinará financieramente qué pasa con la TIR de un proyecto cuando se utiliza una tasa de impuesto de renta mayor a la legalmente establecida”

La respuesta de la perita fue¹⁵⁹:

“Para atender financieramente esta pregunta, previamente se presentan las definiciones del profesor García para la TIR.

“Se llama Tasa Interna de Retorno (TIR) del flujo de Caja de un proyecto, a la tasa que equilibra el valor presente de los ingresos con el valor presente de los egresos.

[...]

Desde el punto de vista financiero, la tasa interna de retorno de un proyecto se define como a la tasa que rinden los dineros que al final de cualquier periodo, aún continúan invertidos en el proyecto, o lo que es lo mismo, **la tasa que rinden los dineros no recuperados en el proyecto en cualquier periodo”.** Esta definición de la tasa interna de retorno es la que se debe tener en cuenta cuando se evalúa un proyecto de inversión y se toma la TIR como índice de **selección”.**

“Flujo de Caja” –H. Ortiz A. se transcribe lo siguiente: “La tasa Interna de Retorno (TIR) es la tasa de interés que hace que el VAN sea igual a cero (0), en otras palabras, aquella tasa de oportunidad para la cual el proyecto en estudio es apenas aceptable.

La TIR mide la rentabilidad de los recursos que se mantienen dentro del proyecto. También se puede decir que representa la tasa de interés más alta que un inversionista podría pagar, sin perder dinero, si todos los fondos para financiación del proyecto se tomaran prestados y el servicio de la deuda (capital e intereses) se pagaran con los flujos del proyecto, a medida que los mismos se fueran produciendo.

[...]

Con base en lo anterior se puede afirmar que cuando uno o varios de los valores de los componentes de un proyecto disminuyen los egresos, la TIR se incrementará y viceversa. En el caso de la pregunta **“Determinará financieramente qué pasa con la TIR de un proyecto cuando se utiliza una tasa de impuesto de renta mayor a la legalmente establecida.”, al utilizase una tasa mayor en la proyección de un egreso se aumenta el valor del egreso, la tasa interna de retorno (TIR) disminuye.”**

El apoderado de la ANI manifestó frente a la respuesta anterior lo siguiente¹⁶⁰:

¹⁵⁶ Fl. 523 del Cuaderno de Pruebas No. 21.

¹⁵⁷ Fl. 748 del Cuaderno Principal No. 5

¹⁵⁸ Página 30 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

¹⁵⁹ Página 86 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

¹⁶⁰ Fl. 715 del Cuaderno Principal No. 5

“Solicito se ordene a la perita responder la pregunta No 12 del cuestionario que le fuera formulada por la convocante en la audiencia de su posesión, porque el auxiliar de la justicia no responde cuándo se está optimizando el negocio vs cuándo se beneficia al concesionario.

La pregunta formulada fue la siguiente: **“Determinará financieramente qué pasa con la TIR de un proyecto cuando se utiliza una tasa de impuesto de renta mayor a la legalmente establecida”.**

La respuesta a este interrogante es del siguiente tenor: “(...) Con base en lo anterior se puede afirmar que cuando uno o varios de los valores de los componentes de un proyecto disminuyen los egresos, la TIR se incrementará y viceversa. En el caso de la pregunta **“Determinará financieramente qué pasa con la TIR de un proyecto cuando se utiliza una tasa de impuesto de renta mayor a la legalmente establecida”**, al utilizarse una tasa mayor en la proyección de un egreso se aumenta el valor del egreso, la tasa interna de retorno (TIR) disminuye”.

Nuevamente, la perita circunscribe su respuesta a un análisis teórico, sin hacer referencia al impacto sobre el ingreso esperado de utilizar una tasa de impuesto de renta mayor a la legalmente establecida. La perita debe especificar la consecuencia de aumentar el nivel de costos y gastos incluidos en el cálculo. La perita debe contestar esta pregunta en su integridad.”

A lo cual la perita contestó¹⁶¹:

“Se reitera lo expresado en la respuesta a página 86 del dictamen pericial que indaga: “Determinará financieramente qué pasa con la TIR de un proyecto cuando se utiliza una tasa de impuesto de renta mayor a la legalmente establecida.”

Una disminución ó un aumento en el valor del egreso por cualquier concepto que implique un mayor ó menor valor de la utilidad en el flujo de caja real del proyecto; no es razón para afirmar que por eso se habrá generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista.

Además según la Cláusula 16 del Contrato de Concesión, el valor efectivo del contrato (recaudos de Peaje cedidos al Concesionario) se lee: **“remunera todos los costos y gastos –directos e indirectos- en que incurra el Concesionario por la preparación y celebración del Contrato, así como por la ejecución y terminación del Proyecto, los impuestos, tasas y contribuciones que se causen por la ejecución del presente Contrato, los costos financieros, la remuneración del capital invertido, las utilidades del Concesionario y en general incluye el valor de la contraprestación por todas las obligaciones que adquiere el Concesionario en virtud del presente Contrato.” y “remunera también la asunción de riesgos que se desprenden de las obligaciones del Concesionario o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de ese contrato”; en este caso el riesgo tributario es del Concesionario.”**

Durante el interrogatorio surtido en la audiencia de contradicción del dictamen, la perita contestó respecto de esta pregunta así¹⁶²:

“DR. BEJARANO: En la pregunta 14, en la repuesta 14, usted afirmó: una disminución en el valor del egreso por cualquier concepto que implique un mayor valor de la utilidad en el flujo de caja real del proyecto, no es razón para afirmar que por eso se habrá generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribuirle, mejor, no hay razón para afirmar que por eso se habrá generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista.

Independientemente de que yo considero que eso no es cierto, lo que usted está afirmando, hace usted también un análisis jurídico en el contrato que concluye, que el riesgo tributario es del concesionario, lo cual no era materia de la pregunta: ¿por qué, le pregunto, no contestó qué sucede con la TIR de un proyecto, no éste en particular, cuando se utiliza una tasa de impuesto de renta al ser cancelado superior a la legalmente establecida y por ende se incrementa artificialmente el cálculo del ingreso esperado?

SRA. CEPEDA: Porque la pregunta 14 se dirige a un modelo financiero en donde se mantiene inalterado los ingresos frente al desplazamiento de los egresos, me habla de desplazamiento, no del cambio de la tasa de renta que ya hemos venido hablando en las otras preguntas.

DR. BEJARANO: Pero la pregunta formulada fue la siguiente. Determinará financieramente qué pasa con la TIR de un proyecto cuando se utiliza una tasa de impuesto de renta mayor a la legalmente establecida.

SRA. CEPEDA: Estamos mal, me dijo que la pregunta 14.

DR. BEJARANO: Sí, correcto, esa es la que estoy hablando.

SRA. CEPEDA: Pregunta 14, página 88. Se determinará cuál es el efecto sobre un modelo financiero.

DR. BEJARANO: No, mi pregunta es, ¿por qué no contestó qué sucede con la TIR de un proyecto?, no, este en particular.

SRA. CEPEDA: Y yo sí le contesté qué sucede con la TIR.

DR. BEJARANO: ¿Cuándo, se utiliza una tasa de impuesto de renta al ser cancelado superior a la legalmente establecida y por ende se incrementa artificialmente el cálculo del ingreso esperado?

SRA. CEPEDA: Dice acá, al utilizarse una tasa mayor en la proyección de un egreso se aumenta el valor del egreso con disminución de la tasa interna del retorno, lo contesté en la página 87 del dictamen como atención a la pregunta No.13.

DR. BEJARANO: ¿Y lo dijo respecto a si se incrementa artificialmente el cálculo del ingreso esperado?

SRA. CEPEDA: Pues, yo no calificué eso de artificialmente y además es que en mi concepto no se aumenta el cálculo del ingreso esperado porque ese se calcula de otra manera, lo que se aumenta es la utilidad esperada, proyectada y el margen de utilidad para la UT.”

Al igual que el apoderado de la convocante, la apoderada de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado formuló la siguiente solicitud¹⁶³:

“La perita transcribió doctrina relativa a los conceptos financieros de flujo de caja y tasa interna de retorno (TIR) para finalmente afirmar que cuando existen valores que disminuyen los egresos del proyecto la TIR disminuirá., Sin embargo, la experta no hace alusión a quién se beneficia cuando la TIR disminuye.

¹⁶¹ Página 87 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

¹⁶² Fls. 523 rev. a 524 del Cuaderno de Pruebas No. 21

¹⁶³ Fl. 748 del Cuaderno Principal No. 5

La perita no responde la pregunta en el sentido de determinar qué sucede cuando la tasa del impuesto utilizada es superior a la que establece la ley, ni concluye si esto representa o no un beneficio para alguna de las partes del contrato.

Petición de adición del dictamen

Se solicita respetuosamente a la perita que adicione la respuesta a la pregunta en el sentido de precisar qué pasa si la TIR de un proyecto disminuye y quién se beneficia cuando se incluye una tasa mayor a la **legalmente prevista.**"

A lo anterior la perita contestó¹⁶⁴:

"La respuesta a la pregunta No. 12, página 86 del dictamen pericial, atendió la solicitud planteada, en relación con lo indagado en el interrogante.

Adicionalmente, para quien haya incorporado un valor mayor en una variable en la presupuestación de un **proyecto, quien se beneficiaría sería el titular de la presupuestación del proyecto.**"

Pregunta 13:

"Determinará financieramente qué pasa con la TIR de un proyecto cuando se utiliza una tasa de impuesto de timbre mayor al legalmente establecido."

La respuesta de la perita en el dictamen del 26 de septiembre de 2016 fue¹⁶⁵:

"Para atender financieramente esta pregunta, previamente se presentan las definiciones del profesor García para la TIR.

"Se llama Tasa Interna de Retorno (TIR) del flujo de Caja de un proyecto, a la tasa que equilibra el valor presente de los ingresos con el valor presente de los egresos.

[...]

Desde el punto de vista financiero, la tasa interna de retorno de un proyecto se define como a la tasa que rinden los dineros que al final de cualquier período, aún continúan invertidos en el proyecto, o lo que es lo mismo, **la tasa que rinden los dineros no recuperados en el proyecto en cualquier período.** Esta definición de la tasa interna de retorno es la que se debe tener en cuenta cuando se evalúa un proyecto de inversión y se toma la TIR como índice de selección".

"Flujo de Caja" –H. Ortiz A. se transcribe lo siguiente: "La tasa Interna de Retorno (TIR) e la tasa de interés que hace que el VAN sea igual a cero (0), en otras palabras, aquella tasa de oportunidad para la cual el proyecto en estudio es apenas aceptable.

La TIR mide la rentabilidad de los recursos que se mantienen dentro del proyecto. También se puede decir que representa la tasa de interés más alta que un inversionista podría pagar, sin perder dinero, si todos los fondos para financiación del proyecto se tomaran prestados y el servicio de la deuda (capital e intereses) se pagaran con los flujos del proyecto, a medida que los mismos se fueran produciendo.

[...]

Con base en lo anterior se puede afirmar que cuando uno o varios de los valores de los componentes de un proyecto disminuyen los egresos, la TIR se incrementará y viceversa. En el caso de la pregunta

"Determinará financieramente qué pasa con la TIR de un proyecto cuando se utiliza una tasa de impuesto de timbre mayor al legalmente establecido", al utilizase una tasa mayor en la proyección de un egreso se aumenta el valor del egreso, con disminución de la tasa interna de retorno (TIR)."

La respuesta dada por la perita fue objeto de la siguiente solicitud formulada por el apoderado de la convocante¹⁶⁶:

"Solicito se ordene a la perita responder la pregunta No 13 del cuestionario que le fuera formulada por la convocante en la audiencia de su posesión, porque el auxiliar de la justicia se ha excusado en que no contaba con la información.

(...)

Con base en la respuesta anterior, debe ordenarse a la perita que responda el interrogante respecto de determinar financieramente qué pasa con la TIR de un proyecto cuando se utiliza una tasa de timbre mayor a la legalmente establecida. Nuevamente, la perita circunscribe su respuesta a un análisis teórico, sin hacer referencia al impacto sobre el ingreso esperado de utilizar una tasa de impuesto de timbre mayor a la legalmente establecida. La perita debe especificar la consecuencia de aumentar el nivel de Costos y gastos incluidos en el cálculo. La perita debe contestar esta pregunta **en su integridad.**"

A lo anterior la perita en su escrito del 10 de octubre de 2016 contestó¹⁶⁷:

"Se reitera lo expresado en la respuesta a página 87 del dictamen pericial que indaga: "Determinará financieramente qué pasa con la TIR de un proyecto cuando se utiliza una tasa de impuesto de renta mayor a la legalmente establecida."

Una disminución ó un aumento en el valor del egreso por cualquier concepto que implique un mayor ó menor valor de la utilidad en el flujo de caja real del proyecto: no es razón para afirmar que por eso se habrá generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista.

Además según la Cláusula 16 del Contrato de Concesión, el valor efectivo del contrato (recaudos de Peaje cedidos al Concesionario) se lee: **"remunera todos los costos y gastos –directos e indirectos- en que incurra el Concesionario por la preparación y celebración del Contrato, así como por la ejecución y terminación del Proyecto, los impuestos, tasas y contribuciones que se causen por la ejecución del presente Contrato, los costos financieros, la remuneración del capital invertido, las utilidades del Concesionario y en general incluye el valor de la contraprestación por todas las obligaciones que adquiere el Concesionario en virtud del presente Contrato." y "remunera también la asunción de riesgos que se desprenden de las obligaciones del Concesionario o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de ese contrato"; en este caso el riesgo tributario es del Concesionario."**

¹⁶⁴ Página 31 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

¹⁶⁵ Página 87 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

¹⁶⁶ Fl. 715 rev. del Cuaderno Principal No. 5

¹⁶⁷ Página 88 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

Frente a lo dicho en esta pregunta, la perita fue interrogada por el apoderado de la convocante, en donde esta contestó¹⁶⁸:

"DR. BEJARANO: A la pregunta No.15. Usted afirmó: una disminución en el valor del egreso por cualquier concepto que implique un mayor valor de la utilidad en el flujo de caja real del proyecto, no es razón para afirmar que por eso se habrá generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista; y vuelve hacer el mismo análisis jurídico que no se le preguntaba acerca que el riesgo tributario es del Concesionario.

Independientemente de la veracidad que yo cuestiono de esa afirmación, ¿por qué no contestó qué sucede **con la TIR de un proyecto?, no de este, cuando se utiliza una tasa de impuesto... de ser cancelado superior a la realmente establecida y por ende se incrementa artificialmente el cálculo del ingreso esperado.**

SRA. CEPEDA: Es que usted dice que la 15 y la 15 dice, determinará si la ejecución real, real.

DR. BEJARANO: Por eso, responda, tranquila.

SRA. CEPEDA: La 15 que me acaba de preguntar dice: determinará si la ejecución real, real, del contrato de concesión No. 05 de 1999 existe una optimización del negocio, usted no me preguntó ahí eso de la TIR, ya lo vimos en la anterior.

DRA. MESA: Yo creo que lo mejor es que se refieran directamente a la página correspondiente porque es que la solicitud de aclaración tiene un número que no corresponde a la pregunta.

DR. BEJARANO: Página 88.

DRA. MESA: No es a la pregunta inicial sino a la solicitud número tal.

DR. BEJARANO: Uno de los, ella lo tiene.

DRA. MESA: No es que ella para efecto de su trabajo incluyó la pregunta con la aclaración que usted dio, las tiene enumeradas, es distinta. No sé si quiere alguno de los dictámenes que nosotros tenemos.

SRA. CEPEDA: Yo les agradecería puntualizando, si es solicitud o pregunta, fijese que la solicitud No.15 hace mención a la pregunta No.13, que dice: determinará financieramente qué pasa con la TIR de un proyecto cuando se utiliza una tasa de impuesto de TIR mayor a la habitualmente establecido; y yo le respondo, con base en lo anterior se puede afirmar que cuando uno o varios de los valores de los componentes de un proyecto disminuyen los egresos, que es este caso, la TIR se incrementará y viceversa.

DR. BEJARANO: Puso usted que es este caso o lo está diciendo de viva voz.

SRA. CEPEDA: No, bueno lo voy a decir con viva voz, lo voy a leer textualmente. Cuando uno o varios de los valores de los componentes de un proyecto disminuyen los egresos, la tasa interna de retorno se incrementará y viceversa. En el caso de la pregunta, al utilizarse una tasa mayor en la proyección de un egreso se aumenta el valor del egreso con disminución de la tasa interna de retorno.

DR. BEJARANO: Pero usted contestó en referencia con el contrato No.005 y no en general.

SRA. CEPEDA: Aquí dice, determinará financieramente qué pasa con la TIR de un proyecto.

DR. BEJARANO: Por eso.

SRA. CEPEDA: Sí y eso es, yo aquí hablé para un proyecto, eso aplica para un proyecto y para el proyecto que nos ocupa, eso es un principio.

DR. BEJARANO: Claro, aquí habla, lo que yo le estoy diciendo, conteste en referencia a la cláusula 16 del contrato de concesión que era lo que yo le estaba preguntando.

DRA. RUJAN: Yo solo quisiera que si se le presentara el documento a la perita y adicionalmente se le aclare a la perita, señora presidente, que la solicitud, la solicitud No.15, aclaraciones, complementaciones, no la pregunta original, porque yo lo que veo es que ella está mirando otro documento.

SRA. CEPEDA: Sí señor, tiene toda la razón, allí quise complementar esto con lo que decía el contrato porque yo pensé que no era claro que el valor efectivo contempla ese tema de impuestos, tasas y contribuciones. Tiene toda la razón, cuando hablamos del impuesto de timbre que yo digo que se incorporó mayor valor en ese flujo de caja y cuando vamos a la realidad seguramente va ser menor pues esto implica una mayor utilidad, una menor TIR y yo por hacer más coloqué en la cláusula 16 del contrato, porque en el valor efectivo hablaba que se contemplaban dos tasas, impuestos y contribuciones y me pareció que era algo de la perita informar que el riesgo tributario estaba allí por eso subía y bajaba el egreso, es decir, yo no quise tocar los temas, es decir, no entrar en los temas que no me competen, lo hice como ilustración y complementación, pero si no es del caso retirarlo, simplemente fue una contribución mía.

DR. BEJARANO: Si conocía los modelos financieros relacionados con el otrosí.

SRA. CEPEDA: Perdón, ¿esa solicitud cuál es?

DR. BEJARANO: Es la misma, la misma solicitud 15. Si conocía los modelos financieros relacionados con el adicional 13 y el otrosí 2, ¿qué le impedía utilizar estos modelos para desarrollar el cálculo?

SRA. CEPEDA: Todo lo que hemos dicho a lo largo de este interrogatorio.

DR. BEJARANO: Si conocía los modelos relacionados con el otrosí.

SRA. CEPEDA: ¿Esa solicitud cuál es?

DR. BEJARANO: Es la misma, la misma solicitud 15, ¿si conocía los modelos financieros relacionados con el adicional 13 y otrosí dos, qué le impedía utilizar estos modelos para desarrollar el cálculo?

SRA. CEPEDA: Todo lo que hemos dicho a lo largo de este interrogatorio que ese grupo de caja para el adicional 13 y para su otrosí, incorporaban importes proyectados, que si bien es cierto eran globales y en realidad no reflejaban la obra que se contrató, eran proyectados y tuvieron por el camino unas modificaciones y ese flujito de caja no se actualizó en la parte de programación, entonces por eso no lo **corrí doctor ramiro."**

La apodera de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, también formuló una solicitud respecto de la respuesta dada por la perita¹⁶⁹:

"Nuevamente la perita transcribió doctrina relativa a los conceptos financieros de flujo de caja y tasa interna de retorno (TIR), para finalmente afirmar que cuando existen valores que disminuyen los egresos del

¹⁶⁸ Fls. 524 a 526 del Cuaderno de Pruebas No. 21

¹⁶⁹ Fl. 749 del Cuaderno Principal No. 5

proyecto la TIR disminuirá. Sin embargo, la experta no hace alusión a quién se beneficia cuando la TIR disminuye.

La perita no responde a pregunta en el sentido de determinar qué sucede cuando la tasa del impuesto utilizada es superior a la que establece la ley, ni concluye si esto representa o no un beneficio para alguna de las partes del contrato.

Petición de adición del dictamen

Se solicita respetuosamente a la perita que adicione la respuesta a la pregunta en el sentido de precisar qué pasa si la TIR de un proyecto disminuye y quién se beneficia cuando se incluye una tasa mayor a la **legalmente prevista.**"

De acuerdo con la anterior, la perita aclaró su respuesta así¹⁷⁰:

"La respuesta a la pregunta No.13, página 87 del dictamen pericial, atendió la solicitud planteada, en relación con lo indagado en el interrogante

Adicionalmente, para quien haya incorporado un valor mayor en una variable en la presupuestación de un **proyecto, quien se beneficiaría sería el titular de la presupuestación del proyecto.**"

Pregunta 14:

"Determinará cuál es el efecto sobre un modelo financiero para este tipo de proyectos, el hecho de mantener inalterados los ingresos frente al desplazamiento de los egresos (inversión en obra) en el tiempo: determinará como afecta la rentabilidad del Concesionario y el valor presente neto del mismo proyecto. Igualmente determinará, en su opinión experta desde el punto de vista financiero, cuándo se puede decir que se está frente a una optimización del negocio y cuándo frente a un beneficio financiero a favor del **concesionario.**"

La respuesta de la perita en el dictamen presentado el 26 de septiembre de 2016 fue¹⁷¹:

"Las consideraciones expuestas en las respuestas a los numerales 12 y 13 inmediatamente anteriores, son válidas para contestar esta pregunta.

En consecuencia, cuando uno o varios de los valores de los componentes de un proyecto presentan cambio, el efecto sobre el flujo de caja depende si corresponde a cambio en los ingresos ó en los egresos: De mantenerse los ingresos y aumentar los egresos el resultado del flujo de caja es menor, con una TIR mayor y viceversa.

Con relación a que los ingresos permanezcan constantes no solo en valor sino conforme lo establecido en cada periodo según el flujo inicial y por los mismos importes, mientras que los egresos con los mismos importes presenten desplazamientos a lo largo de los periodos inicialmente establecidos, la TIR se incrementará.

Desde el punto de vista financiero, "cuándo se puede decir que se está frente a una optimización del negocio y cuándo frente a un beneficio financiero a favor del concesionario." se puede afirmar que el aspecto más importante en la evaluación de un proyecto es la correcta preparación de las proyecciones financieras que depende de la estructuración del proyecto.

La optimización de un negocio en un modelo que simule el desempeño del proyecto durante el plazo requiere de información auxiliar que con su conocimiento y detalle permite las proyecciones elaboradas con bases correctamente formuladas para una evaluación confiable, para guiar las decisiones que conducen a los beneficios deseados. Las tácticas de negocios para asegurar la adherencia a los objetivos en el plazo, igualmente se recogen en la modelación, describe cómo debería comportarse un negocio frente a riesgos y eventos diversos bajo una serie de circunstancias, temas como la subcontratación, optar por contrato de **estabilidad tributaria con el Estado, las pólizas para los riesgos a asumir, etc."**

Al respecto el apoderado de la ANI formuló la siguiente solicitud¹⁷²:

"Solicito se ordene a la perita responder la pregunta No 14 del cuestionario que le fuera formulada por la convocante en la audiencia de su posesión, porque el auxiliar de la justicia no responde cuándo se está optimizando el negocio vs cuándo se beneficia al concesionario.

La pregunta formulada fue **la siguiente: "Determinará cuál es el efecto sobre un modelo financiero para este tipo de proyectos, el hecho de mantener inalterados los ingresos frente al desplazamiento de los egresos (inversión en obra) en el tiempo: determinará como afecta la rentabilidad del Concesionario y el valor presente neto del mismo proyecto. Igualmente determinará, en su opinión experta desde el punto de vista financiero, cuándo se puede decir que se está frente a una optimización del negocio y cuándo frente a un beneficio financiero a favor del concesionario."**

La respuesta a este interrogante es del siguiente tenor: "Las consideraciones expuestas en las respuestas a los numerales 12 y 13 inmediatamente anteriores, son válidas para contestar la pregunta.

La perita contesta de manera incompleta la pregunta planteada. Se le interrogó específicamente sobre el impacto que tendría el desplazamiento de las inversiones en obras sobre un proyecto de este tipo, en el cual el Concesionario es remunerado por un **ingreso esperado, dado que limita a exponer que** " con relación a que los ingresos permanezcan constantes no solo en valor sino conforme en lo establecido en cada periodo según el flujo inicial y por los mismos importes, mientras que los egresos con los mismos importes presenten desplazamientos a lo largo de los periodos inicialmente establecidos, la TIR se incrementará. ". La perita debe establecer si el desplazamiento de obra tiene un impacto sobre el ingreso esperado pactado. La perita debe calcular y responder cuál es el impacto sobre el ingreso esperado y aclarar si al desplazarse **la inversión, se está haciendo una "optimización del negocio" y cuando, como en este caso, se está creando un beneficio financiero a favor del Concesionario.**"

A lo cual la perita contestó¹⁷³:

"Se reitera lo expresado en la respuesta a página 88 del dictamen pericial, así: Una disminución ó un aumento en el valor del egreso por cualquier concepto que implique un mayor ó menor valor de la utilidad

¹⁷⁰ Página 32 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

¹⁷¹ Página 88 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

¹⁷² Fl. 716 del Cuaderno Principal No. 5

¹⁷³ Páginas 89 a 90 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

en el flujo de caja real del proyecto; no es razón para afirmar que por eso se habrá generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista:

Para cubrir los costos y gastos (incluidos los impuestos) previstos para atender las actividades descritas en el Contrato de Concesión No.005 de 1999, se tiene establecido un valor de ingresos esperados por el Concesionario.

Además según la Cláusula 16 del Contrato de Concesión, el valor efectivo del contrato (recaudos de Peaje **cedidos al Concesionario) se lee: "remunera todos los costos y gastos –directos e indirectos- en que incurra el Concesionario por la preparación y celebración del Contrato, así como por la ejecución y terminación del Proyecto, los impuestos, tasas y contribuciones que se causen por la ejecución del presente Contrato, los costos financieros, la remuneración del capital invertido, las utilidades del Concesionario y en general incluye el valor de la contraprestación por todas las obligaciones que adquiere el Concesionario en virtud del presente Contrato."** y **"remunera también la asunción de riesgos que se desprenden de las obligaciones del Concesionario o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de ese contrato"; en este caso el riesgo tributario es del Concesionario.**

De contarse con el FLUJO DE CAJA INICIAL PARA EL PROYECTO Y DESDE EL COMIENZO no solo por aporte de capital al proyecto a cargo del Concesionario, sino también con los valores estimados de ingresos por el recaudo de los peajes, con el FLUJO DE CAJA AJUSTADO producto de los modificatorios al contrato inicial se daría una comparación entre lo proyectado vs. lo EJECUTADO.

De HABERSE presentado para el Contrato de Concesión No.005 de 1999, valoración para el proyecto, consistente con el modelo financiero del proyecto, junto con las variables utilizadas en la valoración de los ingresos esperados por el Concesionario, los costos, los gastos y el esquema de asignación de riesgos, HABRIA podido conocerse la información, validar las estimaciones y confrontar las realidades de manera confiable."

Durante la audiencia de contradicción del dictamen, la perita fue cuestionada por el apoderado de la convocada, respecto del dicho en esta pregunta, ella contestó así¹⁷⁴:

"DR. BEJARANO: Vamos a la solicitud número 16, a usted se le solicitó que determinara el efecto sobre un modelo financiero cuando se mantienen inalterados los ingresos y se desplazan en el tiempo los egresos y además que determinar el impacto sobre la rentabilidad del concesionario, la pregunta no se refería a este proyecto, se solicitó una explicación teórica de este efecto, por qué no contestó como se le preguntó y se escudó en una presunta falta de información respecto a este proyecto.

SRA. CEPEDA: Sí señor, tiene toda la razón, lo enfoqué a este proyectó, a este negocio."

Asimismo, la apoderada de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado formuló la siguiente solicitud¹⁷⁵:

"La perita afirma que al producirse el desplazamiento de los egresos las TIR se incrementará:

Desde punto de vista **financiero**, "cuando se puede decir que se está frente a una optimización del negocio y cuándo frente a un beneficio financiero a favor del concesionario se puede afirmar que el aspecto más importante en la evaluación de un proyecto es la correcta preparación de las proyecciones financieras que depende de la estructuración del proyecto.

(Pág. 88)

Sin embargo, la perita no explicó quién se beneficia cuando se produce este desplazamiento en los egresos sin que haya un cambio en los ingresos del proyecto. Tampoco respondió cuándo se está optimizando el negocio y cuando se produce un beneficio al concesionario.

Petición de adición del dictamen

Se solicita respetuosamente a la perita que adicione la respuesta a la pregunta 14 para que explique quién se beneficia cuando los ingresos se mantienen pero hay un desplazamiento en los egresos, como también para que explique cuando se da optimización del negocio y cuándo existe un beneficio financiero al **concesionario."**

Al respecto la perita en el escrito del 10 de octubre de 2016 manifestó¹⁷⁶:

"La respuesta a la pregunta No.14, página 88 del dictamen pericial, atendió la solicitud planteada, en relación con lo indagado en el interrogante.

En un proyecto -sin que medie alguna justificación- la no aplicación de los ingresos beneficia a quien los recibió.

Por otra parte, la OPTIMIZACIÓN de un negocio se obtiene cuando se llega a su máximo resultado; mientras que BENEFICIO corresponde a la utilidad o margen obtenido de determinados costos y gastos. Resultado **de una inversión."**

Pregunta 15:

"Determinará si en la ejecución real del Contrato de Concesión No. 005 de 1999 existe una optimización del negocio o si por el contrario existe un beneficio financiero a favor del concesionario, dado que no se ha ejecutado la obra en los plazos previstos en la modelación financiera utilizada para determinar el Ingreso Esperado."

La respuesta de la perita en el dictamen fue¹⁷⁷:

"El análisis de la posible optimización "en la ejecución real del Contrato de Concesión No. 005 de 1999", no se puede realizar, debido a que no se cuenta con la versión inicial del modelo y los diferentes modelos ajustados hasta la fecha, como se ha informado a lo largo del trabajo."

Frente a la respuesta de la perita, el apoderado de la convocante manifestó¹⁷⁸:

¹⁷⁴ Fl. 526 del Cuaderno de Pruebas No.21

¹⁷⁵ Fl. 749 del Cuaderno Principal No. 5

¹⁷⁶ Página 33 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

¹⁷⁷ Página 89 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

¹⁷⁸ Fl. 716 del Cuaderno Principal No. 5

“Solicito se ordene a la perita responder la pregunta No 15 del cuestionario que le fuera formulada por la convocante en la audiencia de su posesión, porque el auxiliar de la justicia se ha excusado en que no contaba con el modelo inicial del contrato de concesión.

La pregunta formulada fue la siguiente: **“Determinará si en la ejecución real del Contrato de Concesión No 005 de 1999 existe una optimización del negocio o si por el contrario existe un beneficio financiero a favor del concesionario, dado que no se ha ejecutado la obra en los plazos previstos en la modelación financiera utilizada para determinar el Ingreso Esperado”.**

La respuesta a este interrogante es del siguiente tenor: **“El análisis de la posible optimización “en la ejecución real del Contrato de Concesión No 005 de 1999”, no se puede realizar, debido a que no se cuenta con la versión inicial del modelo y los diferentes modelos ajustados hasta la fecha, como se ha informado a lo largo de trabajo”.**

En primer término, a la perita se le solicitó que respondiera si existe una optimización del negocio o si por el contrario existe un beneficio financiero a favor del concesionario. No es cierto que para responder el interrogante no tenga los elementos necesarios, porque además de los documentos que ella recaudó en las diligencias de inspección y exhibición obran entre otros el UTDVCC 1056-06 del 6 de julio de 2006, el cual contiene como propuesta del Concesionario, el modelo financiero con el que se estableció el Ingreso Esperado del Adicional No. 13, dicho modelo contiene el flujo de caja propuesto por el concesionario y oficio UTDVCC

0047-2008 del 11 de enero de 2008, el cual contiene como propuesta del Concesionario el modelo financiero con el que se estableció el Ingreso Esperado del otrosí No. 2. al adicional No. 13, dicho modelo contiene el flujo de caja propuesto por el concesionario, oficio CISP-OP-0431-319-2016 del 2 de agosto de 2016, además de los documentos contractuales tales como el Adicional No. 13 y su otrosí No. 2. Con base en estos documentos la perita puede responder el interrogante, y por ello solicito se le ordene adicionar su experticia para dar respuesta a esta pregunta.

Como se explicó anteriormente, la perita cuenta con la información necesaria para poder calcular el impacto causado por el desplazamiento de la inversión en obra. La perita cuenta con información relativa a las fechas originalmente programadas para el desarrollo de la obra y a las fechas en las cuales esta efectivamente se desarrolló. Con base en el valor presente neto que genere el desplazamiento de la obra, como se explicó en preguntas anteriores, la perita debería poder estar en condiciones de determinar la **variación en el ingreso esperado para el Concesionario.”**

La perita respondió a la solicitud de la convocante así¹⁷⁹:

“Se reitera lo expresado en la respuesta a página 89 del dictamen pericial, así: Una disminución ó un aumento en el valor del egreso por cualquier concepto que implique un mayor ó menor valor de la utilidad en el flujo de caja real del proyecto; no es razón para afirmar que por eso se habrá generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista:

Para cubrir los costos y gastos (incluidos los impuestos) previstos para atender las actividades descritas en el Contrato de Concesión No.005 de 1999, se tiene establecido un valor de ingresos esperados por el Concesionario.

Además según la Cláusula 16 del Contrato de Concesión, el valor efectivo del contrato (recaudos de Peaje **cedidos al Concesionario) se lee: “remunera todos los costos y gastos –directos e indirectos- en que incurra el Concesionario por la preparación y celebración del Contrato, así como por la ejecución y terminación del Proyecto, los impuestos, tasas y contribuciones que se causen por la ejecución del presente Contrato, los costos financieros, la remuneración del capital invertido, las utilidades del Concesionario y en general incluye el valor de la contraprestación por todas las obligaciones que adquiere el Concesionario en virtud del presente Contrato.” y “remunera también la asunción de riesgos que se desprenden de las obligaciones del Concesionario o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de ese contrato”; en este caso el riesgo tributario es del Concesionario.**

De contarse con el FLUJO DE CAJA INICIAL PARA EL PROYECTO Y DESDE EL COMIENZO no solo por aporte de capital al proyecto a cargo del Concesionario, sino también con los valores estimados de ingresos por el recaudo de los peajes, con el FLUJO DE CAJA AJUSTADO producto de los modificatorios al contrato inicial se daría una comparación entre lo proyectado vs. lo EJECUTADO.

De HABERSE presentado para el Contrato de Concesión No.005 de 1999, valoración para el proyecto, consistente con el modelo financiero del proyecto, junto con las variables utilizadas en la valoración de los ingresos esperados por el Concesionario, los costos, los gastos y el esquema de asignación de riesgos, HABRIA podido conocerse la información, validar las estimaciones y confrontar las realidades de manera **confiable.”**

En la audiencia de contradicción también se le cuestionó sobre lo dicho en el dictamen, a lo que la perita respondió¹⁸⁰:

“DR. BEJARANO: Solicitud 17, ¿entonces cuál sería la respuesta a eso?

SRA. CEPEDA: Que en términos generales no hablando de este proyecto, los egresos proyectados en mayor cuantía frente a los egresos ejecutados en menor cuantía permiten al dueño de ese proyecto tener una mayor utilidad.

DR. BEJARANO: Solicitud 17, ya se estableció el impacto sobre la TIR del concesionario y el cálculo del ingreso esperado al desplazar la ejecución de las obras y mantener incólumes los ingresos, según su planteamiento, ¿por qué no respondió usted, si existe un beneficio financiero a favor del concesionario por no haber ejecutado la obra en los plazos previstos en la modelación financiera utilizada para determinar el ingreso esperado?

(...)

SRA. CEPEDA: En un supuesto, en teoría eso es un principio, pero no... (Interpelado)

¹⁷⁹ Páginas 91 a 92 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

¹⁸⁰ Fl. 526 del Cuaderno de Pruebas No. 21

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

DR. BEJARANO: Lo que ella acaba de decir, estoy preguntándole de lo que ella acaba de decir que no oyó la doctora Ana María.

DRA. MESA: Simplemente aclaremos doctora Ana Matilde para precisión que la pregunta del doctor Bejarano se refiere a la respuesta anterior suya en la cual usted concluyó en base de un supuesto y contestemos la pregunta que hizo el doctor Bejarano.

SRA. CEPEDA: Él dice que obviamente es un principio que cuando los egresos presupuestados son mayores que los ejecutados. Ahí se beneficia el en teoría el concesionario o la UT o el que contrató, el que va a hacer la inversión, pero el tema es que aplicado a este contrato, yo no tengo el modelo financiero, no tengo **lo programado para enfrentar lo ejecutado para hacer esa aseveración certera, no lo tengo.**"

Asimismo, la apoderada de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado hizo la siguiente solicitud¹⁸¹: **"La perita se limita a señalar que no cuenta con la 'versión inicial' del modelo y los diferentes modelos ajustados a la fecha, sin embargo en otras respuestas manifiesta realizar su análisis con base en el ejercicio financiero del concesionario..**

El análisis de la posible optimización en la ejecución real del Contrato de **Concesión No 005 de 1999'**, no se puede realizar, debido a que no se cuenta con la versión inicial del modelo y los diferentes modelos ajustados hasta la fecha, como se ha informado a lo largo del trabajo.

Así, no se responde la pregunta formulada por la entidad.

Petición de adición del dictamen

Se solicita respetuosamente a la experta que conteste la pregunta 15 a cuyo efecto pedimos que relacione los documentos físicos e informáticos que revisó y el método de valoración utilizado. Es importante además **que la perita informe sobre los requerimientos que realizó para obtener la documentación completa."**

En el escrito allegado por la perita el 10 de octubre de 2016, está respondió la solicitud de la apoderada de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado así¹⁸²:

"La respuesta a la pregunta No.15, página 89 del dictamen pericial, atendió la solicitud planteada, en relación con lo indagado en el interrogante.

Lo anterior se puede constatar en los memorando de entrega a las peticiones realizadas por la Perita a las Partes y en desarrollo del trabajo pericial y que de manera física acompañan este informe:

Carta UTDVCC-0498-2016, Chía, agosto 19 de 2016,

Valor estimado de la Inversión mes a mes:

Página 1: " No existe este documento. No existe un cronograma de inversión, ni por tramos, ni por proyecto. Sólo existe la propuesta económica del Proponente presentada en la Licitación Pública No. SCO-LO1/98, documento que le fue entregado con nuestra comunicación UTDVCC.-386-2016 **numeral 4. b."** - Propuesta a Licitación: Carta de Presentación, Propuesta Económica y Valor Estimado de Contrato.

Página 1: No existe este documento. La propuesta a la Licitación Pública No. SCO-LO1/98 que contiene el valor al que usted se refiere, el cual se esperaba que fuera obtenido en el plazo contractual (20 años) y si no era posible, en los 5 años adicionales que tiene previstos el contrato, cláusula 8, página 26, se encuentra dentro de los documentos que le fueron entregados con nuestra comunicación UTDVCC-386-2016 numeral 4. b. Los tramos en que se dividió el contrato, no tienen peajes asociados, el ingreso esperado cubre todo.

Oficio ANI firmado por ANDRÉS REINALDO SILVA VILLEGAS -Gerente Técnico VEJ y remitiendo de la Interventoría el documento CISP-OP-0431-319-2016 con radicado 2016-409-066590-2, firmado por: GERMÁN GARCÍA MOLINA -Director de Interventoría , en donde se observa lo informado en el dictamen pericial.

Nota: Se presumen de buena fé y ciertos los documentos entregados por las partes, para adelantar el trabajo pericial y se han tomado como fuente de información. Ver anexos hojas a 1 a 124 que acompañan este informe.-

Con relación a los documentos base de los análisis para responder el dictamen con el alcance dado por las preguntas aprobadas y examen de los registros contables cuando la pregunta lo señalaba, como producto de las indagaciones en la Sociedad Concesionaria, en la Entidad Fiduciaria y en la Agencia Nacional de **Infraestructura "ANI", como se informó y se soportó en los anexos del dictamen pericial , se complementa la respuesta incluyendo relación de archivos magnéticos recibidos, en el Apéndice de estas aclaraciones y complementaciones."**

Frente a la respuesta dada por la perita en el dictamen presentado el 26 de septiembre, el Procurador Delegado para este trámite arbitral formuló la siguiente solicitud¹⁸³:

"En las preguntas que se señalan a continuación la perita manifiesta la imposibilidad de responder las solicitudes de las partes, en virtud de que no encontró la información necesaria para para concretar las mismas, al respecto esta Agencia del Ministerio Público solicita como primera medida que se aclare las razones de dicha afirmación, esto es si se trata de información que no fue exhibida por las partes, o su dicha información es inexistente en el caso del contrato de concesión 005 de 1999:

Pregunta	Quien la hizo	RTA	Pagina
15	Parte Convocante ANI- cuestionario presentado en la diligencia de posesión de la perito-inspección judicial con exhibición de documentos.	"No se cuenta con la versión inicial del modelo y los diferentes modelos ajustados hasta la fecha"	89

¹⁸¹ Fl. 750 del Cuaderno Principal No. 5

¹⁸² Página 34 a 35 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

¹⁸³ Fls. 719 a 720 del Cuaderno Principal No.5

“En caso de que la aclaración solicitada en el numeral corresponda a que dicha información es inexistente, que se complemente el dictamen en el sentido de indicar si dicha inexistencia corresponde a que las partes no realizaron los documentos correspondientes, o a que los mismo no eran necesarios en el caso del contrato 005 de 1999.”

A lo que la perita contestó¹⁸⁴:

“Pregunta No.15, página 89 del dictamen pericial, se aclara señalando que la respuesta corresponde a lo encontrado, producto de la exhibición e inspección de los documentos en las oficinas de la UNION TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA (UTDVCC), así: “El análisis de la posible optimización “en la ejecución real del Contrato de Concesión No. 005 de 1999”, no se puede realizar, debido a que no se cuenta con la versión inicial del modelo y los diferentes modelos ajustados hasta la fecha, como se ha informado a lo largo del trabajo en desarrollo y ejecución del Contrato de Concesión No.005 de 1999,”; Las concesiones viales de 2da. Generación no contaban con la exigencia de presentar modelo financiero; sin calificar si la inexistencia proviene de alguna “acción u omisión” de las partes en discordia.

Además como se informó a página 29 del dictamen pericial, extractado del documento de Interventoría identificado con el No,CISP-OP-0431-319-2016 de fecha 2 de agosto de 2016, páginas 2 y 3 de 41 y que se adjunta a este informe – entre otros-:

- **“Es pertinente aclarar que este contrato de concesión no discrimina valores bajo el esquema de precios unitarios, por ser un contrato de segunda generación de acuerdo a su estructuración definida por el INVÍAS en la época de su elaboración. Estas obras se desarrollan a través de valores globales y servicios (Mantenimiento y operación) a ejecutar en un término definido contractualmente, razón por la cual no se puede asimilar a los contratos de obra pública tradicionales.”**
- **“Los costos estimados para cada uno de los tramos fueron evaluados con base en la cantidad de Kms origen - destino, debido a que no se cuenta con un cronograma de obras a ejecutar, que debió presentar el Concesionario al inicio del proyecto de Concesión y en razón a que no se conoce la propuesta original presentada por el Concesionario con costos discriminados para cada uno de los 6 tramos básicos del proyecto.”**
- Los cálculos se hicieron suponiendo que las inversiones se ejecutaron de manera lineal en el tiempo, pues no se cuenta con los programas de inversión y cronogramas de ejecución de obra.”

La pregunta No.15, página 89 del dictamen pericial cita “[...] dado que no se ha ejecutado la obra en los plazos previstos en la modelación financiera utilizada para determinar el Ingreso Esperado.”; la cual no fue facilitada a la perita como se ha informado a lo largo del trabajo en desarrollo y ejecución del Contrato de Concesión No.005 de 1999, y no se califica si la inexistencia proviene de alguna “acción u omisión” de las partes en discordia ó por el contrario podría tratarse de imprecisión en la aseveración de la pregunta.”

Pregunta 16:

“Determinará cuál sería la metodología financiera que permita cuantificar el beneficio financiero a favor del concesionario que se genera por el desplazamiento de las inversiones en el tiempo y, además, cuantifique el impacto real en el proyecto, esto es el valor del ingreso esperado producto del desplazamiento de las inversiones”

La respuesta dada por la perita en el dictamen fue¹⁸⁵:

“En los contratos que disponen de modelos financieros iniciales y ajustados conforme las modificaciones acordadas, permiten realizar evaluaciones y obtener las variaciones o desviaciones en la ejecución del mismo, conforme lo plantea la pregunta.”

Frente a la respuesta dada por la perita, el apoderado de la ANI presentó la siguiente solicitud¹⁸⁶:

“Solicito se ordene a la perita responder la pregunta No 16 del cuestionario que le fuera formulada por la convocante en la audiencia de su posesión, porque el auxiliar de la justicia se ha excusado en que no contaba con el modelo inicial del contrato de concesión.

(...)

La perita no responde la pregunta planteada, limitándose a hablar de otro tipo de contratos, diferentes al que nos ocupa. La perita no mencionó ninguna de las varias metodologías financieras que permitirían cuantificar el beneficio a favor del concesionario generado por el desplazamiento de las inversiones en el tiempo. En su respuesta, no menciona metodologías tales como el cálculo de las diferencias en valor Presente Neto, variaciones de la TIR esperada, posible modificación del ingreso esperado pactado, análisis del valor del dinero en el tiempo u otras metodologías financieras idóneas para estos efectos.”

La perita respondió a dicha solicitud así¹⁸⁷:

“Se reitera lo expresado en la respuesta a página 90 del dictamen pericial, así: Una disminución ó un aumento en el valor del egreso por cualquier concepto que implique un mayor ó menor valor de la utilidad en el flujo de caja real del proyecto; no es razón para afirmar que por eso se habrá generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista:

Para cubrir los costos y gastos (incluidos los impuestos) previstos para atender las actividades descritas en el Contrato de Concesión No.005 de 1999, se tiene establecido un valor de ingresos esperados por el Concesionario.

Además según la Cláusula 16 del Contrato de Concesión, el valor efectivo del contrato (recaudos de Peaje cedidos al Concesionario) se lee: **“remunera todos los costos y gastos –directos e indirectos- en que incurra el Concesionario por la preparación y celebración del Contrato, así como por la ejecución y terminación del Proyecto, los impuestos, tasas y contribuciones que se causen por la ejecución del presente Contrato, los costos financieros, la remuneración del capital invertido, las utilidades del Concesionario y en general incluye**

¹⁸⁴ Página 10 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

¹⁸⁵ Página 90 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

¹⁸⁶ FI 716 rev. del Cuaderno Principal No.5

¹⁸⁷ Página 93 a 94 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

el valor de la contraprestación por todas las obligaciones que adquiere el Concesionario en virtud del **presente Contrato.**” y **“remunera también la asunción de riesgos que se desprenden de las obligaciones del Concesionario o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de ese contrato”;** en este caso el riesgo tributario es del Concesionario.

De contarse con el FLUJO DE CAJA INICIAL PARA EL PROYECTO Y DESDE EL COMIENZO no solo por aporte de capital al proyecto a cargo del Concesionario, sino también con los valores estimados de ingresos por el recaudo de los peajes, con el FLUJO DE CAJA AJUSTADO producto de los modificatorios al contrato inicial se daría una comparación entre lo proyectado vs. lo EJECUTADO.

De HABERSE presentado para el Contrato de Concesión No.005 de 1999, valoración para el proyecto, consistente con el modelo financiero del proyecto, junto con las variables utilizadas en la valoración de los ingresos esperados por el Concesionario, los costos, los gastos y el esquema de asignación de riesgos, HABRIA podido conocerse la información, validar las estimaciones y confrontar las realidades de manera **confiable.”**

Durante el interrogatorio surtido el 24 de octubre de 2016, la perita frente a las preguntas del apoderado de la convocante contestó¹⁸⁸:

“DR. BEJARANO: Solicitud 18, a usted se le solicitó específicamente que determinara, “cuál sería la metodología financiera que permita cuantificar el beneficio financiero a favor del concesionario que se genera por el desplazamiento de las inversiones en el tiempo”, usted contestó o respondió, “una disminución en el valor del egreso por cualquier concepto que implique un mayor valor de la utilidad en el flujo de caja real del proyecto no es razón para afirmar que por eso se habrá generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista”, independientemente de la veracidad o no de esa afirmación que yo no comparto. ¿Por qué no contestó usted cuál es la metodología o incluso, por qué no se refirió a una metodología para medir este impacto?

SRA. CEPEDA: Sí señor, la respuesta yo se la coloqué en la página 90 y dice, “en los contratos que disponen de modelos financieros iniciales y ajustados conforme a las modificaciones acordadas por las partes, permiten realizar evaluaciones y obtener las variaciones o liquidaciones en la ejecución del mismo conforme lo plantea la pregunta”, es algo muy genérico, pero es así, cuando hay un modelo inicial ajustado y ahí está la ejecución, perfectamente se corre cualquier inquietud financiera, valor presente neto, se hacen los análisis financieros, pero si la metodología que se la explique, me tocaría traerle un manual de cómo se saca la tasa interna de retorno, cómo se saca la utilidad, pero yo creí que con decir si tengo un modelo inicial ajustado y la ejecución o el modelo, es más, con el modelo inicial y yéndome a la fiduciaria para ubicar los ejecutados, podría sacar mis análisis financieros, pero aun así no puedo porque en la fiduciaria están incorporando registros contables de otros contratos adicionales.

DR. BEJARANO: ¿Pero no está descrito en lo que usted ha leído, una metodología financiera?

SRA. CEPEDA: Para mí una metodología es de disponer de modelos ajustados de los iniciales se pueden **hacer las evaluaciones que... (Interpelado)**

DR. BEJARANO: Pero no dijo cuál era la metodología.

SRA. CEPEDA: No, es que ahí dice, “en los contratos que disponen de modelos financieros se pueden hacer las evaluaciones financieras que se quieran”.

DR. BEJARANO: La metodología es el cómo.

SRA. CEPEDA: Una evaluación financiera cómo, por ejemplo.

DR. BEJARANO: ¿Está dicho eso aquí en lo que usted está leyendo?

SRA. CEPEDA: No, no está dicho porque no hubo modelo financiero y no expliqué la metodología, sí señor.

DR. BEJARANO: Usted afirma que no contaba con un flujo de caja de inicial para el proyecto, pero a lo largo de todo este interrogatorio se ha dicho que le fueron suministrados lo que aquí llamó modelos financieros relativos al otrosí y al adicional y los modelos preparados por la firma Ernst & Young.

SRA. CEPEDA: Sí señor.”

La apoderada de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, manifestó frente a la respuesta dada por la perita en el dictamen inicial, lo siguiente¹⁸⁹:

“La perita se limitó a hacer una conclusión general para los proyectos y los modelos financieros sin responder la pregunta formulada así:

“En los contratos que disponen de modelos financieros iniciales y ajustados conforme las modificaciones acordadas, permiten realizar evaluaciones y obtener las variaciones o desviaciones en la ejecución del mismo, conforme lo plantea la pregunta. (Pág. 90)

La perita no verificó los documentos contables, los informes de ejecución y demás documentos que permitirían resolver el interrogante propuesto, por lo tanto es necesario que se complemente la respuesta y se responda en el caso concreto cuál es el beneficio que genera que las inversiones se desplacen en el tiempo y quién se beneficia por este desplazamiento.

La experta se limitó a señalar de manera genérica qué es sucede en contratos con modelos financieros cuando el desplazamiento en la inversión ocurre, lo cual no comprende una respuesta a la pregunta.

Petición de adición del dictamen

Se solicita respetuosamente a la experta que conteste la pregunta 16 a cuyo efecto pedimos que relacione los documentos físicos e informático que revisó y el método de valoración utilizado. Es importante además **que la perita informe sobre los requerimientos que realizó para obtener la documentación completa.”**

A lo anterior la perita contestó¹⁹⁰

“La respuesta a la pregunta No.16, página 90 del dictamen pericial, atendió la solicitud planteada, en relación con lo indagado en el interrogante

¹⁸⁸ Fls 526 rev a 527 rev del Cuaderno de Pruebas No.21.

¹⁸⁹ Fl. 751 del Cuaderno Principal No. 5

¹⁹⁰ Páginas 36 a 37 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

Adicional a los documentos recaudados por el H.T. en las exhibiciones, me permito adjuntar los memorandos de entrega a las peticiones realizadas por la Perita a la Partes y en desarrollo del trabajo pericial y de manera física acompañan este informe:

- ✓ Carta UTDVCC-0498-2016, Chía, agosto 19 de 2016 - Valor estimado de la Inversión mes a mes:
Página 1: " No existe este documento. No existe un cronograma de inversión, ni por tramos, ni por proyecto. Sólo existe la propuesta económica del Proponente presentada en la Licitación Pública No. SCO-LO1/98, documento que le fue entregado con nuestra comunicación UTDVCC.-386-2016 numeral 4. b." - Propuesta a Licitación: Carta de Presentación, Propuesta Económica y Valor Estimado de Contrato.
Página 1: No existe este documento. La propuesta a la Licitación Pública No. SCO-LO1/98 que contiene el valor al que usted se refiere, el cual se esperaba que fuera obtenido en el plazo contractual (20 años) y si no era posible, en los 5 años adicionales que tiene previstos el contrato, cláusula 8, página 26, se encuentra dentro de los documentos que le fueron entregados con nuestra comunicación UTDVCC-386-2016 numeral 4. b. Los tramos en que se dividió el contrato, no tienen peajes asociados, el ingreso esperado cubre todo.
- ✓ Oficio ANI firmado por ANDRÉS REINALDO SILVA VILLEGAS -Gerente Técnico VEJ y remitiendo de la Interventoría el documento CISP-OP-0431-319-2016 con radicado 2016-409-066590-2, en donde se observa lo informado en el dictamen pericial.

Con relación a los documentos base de los análisis para responder el dictamen con el alcance dado por las preguntas aprobadas y examen de los registros contables cuando la pregunta lo señalaba, como producto de las indagaciones en la Sociedad Concesionaria, en la Entidad Fiduciaria y en la Agencia Nacional de Infraestructura "ANI", como se informó y se soportó en los anexos del dictamen pericial, se complementa la respuesta incluyendo relación de archivos magnéticos recibidos, en el Apéndice de estas aclaraciones y complementaciones."

Pregunta 17:

"Determinará una tasa para equilibrar la ecuación financiera del contrato de concesión o para igualar el valor presente neto a cero (0)."

La respuesta de la perita en el dictamen inicial fue¹⁹¹:

"El análisis de los modelos financieros iniciales y ajustados conforme las modificaciones acordadas, permiten realizar evaluaciones, como por ejemplo la Tasa Interna de Retorno para igualar el valor presente neto (VPN) a cero (0), como lo plantea la pregunta el cual no se puede adelantar por no contar con el (los) modelo (s) para el citado contrato de concesión."

El apoderado de la convocante, formuló la siguiente solicitud respecto del dicho de la perita¹⁹²:

"Solicito se ordene a la perita responder la pregunta No 17 del cuestionario que le fuera formulada por la convocante en la audiencia de su posesión, porque el auxiliar de la justicia se ha excusado en que no contaba con el modelo inicial del contrato de concesión.

(...)

En primer término, a la perita se le solicité que determinara una tasa para equilibrar la ecuación del trato de concesión o para igualar el valor presente neto a cero (0). No es cierto que para responder el interrogante no tenga los elementos necesarios, con los documentos que ella recaudó en las diligencias de inspección y exhibición. Con base en estos documentos la perita puede responder el interrogante, y por ello solicito se le ordene adicionar su experticia para dar respuesta a esta pregunta.

La perita debe contestar esta pregunta teniendo en cuenta las respuestas a las preguntas anteriormente enunciadas, para poder medir el impacto de cada uno de esos elementos, entre otros, el desplazamiento de las obras, la utilización de una tasa de impuesto a la renta y de impuesto de timbre superiores a las vigentes en los momentos en que se pactaron las modificaciones al Contrato."

Frente a lo anterior, la perita contestó¹⁹³:

"Se reitera lo expresado en la respuesta a página 91 del dictamen pericial, así: Una disminución ó un aumento en el valor del egreso por cualquier concepto que implique un mayor ó menor valor de la utilidad en el flujo de caja real del proyecto: no es razón para afirmar que por eso se habrá generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista:

Para cubrir los costos y gastos (incluidos los impuestos) previstos para atender las actividades descritas en el Contrato de Concesión No.005 de 1999, se tiene establecido un valor de ingresos esperados por el Concesionario.

Además según la Cláusula 16 del Contrato de Concesión, el valor efectivo del contrato (recaudos de Peaje cedidos al Concesionario) se lee: **"remunera todos los costos y gastos –directos e indirectos- en que incurra el Concesionario por la preparación y celebración del Contrato, así como por la ejecución y terminación del Proyecto, los impuestos, tasas y contribuciones que se causen por la ejecución del presente Contrato, los costos financieros, la remuneración del capital invertido, las utilidades del Concesionario y en general incluye el valor de la contraprestación por todas las obligaciones que adquiere el Concesionario en virtud del presente Contrato."** y **"remunera también la asunción de riesgos que se desprenden de las obligaciones del Concesionario o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de ese contrato"; en este caso el riesgo tributario es del Concesionario.**

De contarse con el FLUJO DE CAJA INICIAL PARA EL PROYECTO Y DESDE EL COMIENZO no solo por aporte de capital al proyecto a cargo del Concesionario, sino también con los valores estimados de ingresos por el recaudo de los peajes, con el FLUJO DE CAJA AJUSTADO producto de los modificatorios al contrato inicial se daría una comparación entre lo proyectado vs. lo EJECUTADO.

De HABERSE presentado para el Contrato de Concesión No.005 de 1999, valoración para el proyecto, consistente con el modelo financiero del proyecto, junto con las variables utilizadas en la valoración de los

¹⁹¹ Página 91 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

¹⁹² Fl. 716 rev. del Cuaderno Principal No. 5

¹⁹³ Páginas 95 a 96 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

ingresos esperados por el Concesionario, los costos, los gastos y el esquema de asignación de riesgos, HABRIA podido conocerse la información, validar las estimaciones y confrontar las realidades de manera **confiable.**"

Durante la audiencia de contradicción del dictamen, la perita contestó así a las preguntas del apoderado de la convocante¹⁹⁴:

"DR. BEJARANO: No he terminado la pregunta, vuelvo a empezar. A usted se le solicitó que determinara qué tasa se puede utilizar para equilibrar la ecuación del contrato de concesión o para igualar el valor presente neto de los flujos del mismo acero, usted responde, página 95, en el antepenúltimo párrafo, "una disminución en el valor del egreso, una disminución o un aumento en el valor del egreso por cualquier concepto que imple un mayor valor de la utilidad en el flujo de caja real del proyecto, no es razón para afirmar que por eso se habrá generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución al contratista", independientemente de esa aseveración que yo no comparto le pregunto, ¿por qué no contestó está pregunta si conocía las TIR utilizadas en el contrato y sus otrosies?"

DRA. MESA: ¿Doctora Ana María, tiene una objeción?

DRA. RÚAN: No, quedó completamente claro, faltaba la palabra un aumento o menor valor de la utilidad.

DRA. MESA: Perfecto, continúe doctora Ana Matilde.

SRA. CEPEDA: Doctor Ramiro, a la pregunta, determine una tasa para que llegué a la ecuación financiera del contrato de concesión o para igualar el valor presente neto a acero, mi repuesta fue, en la página 95, la solicitud número 19, sí, yo por hacer más empalmé esto, pero **no... si eso dije, eso es.**

DRA. MESA: "Una disminución o un aumento en el valor del egreso por cualquier concepto que imple un mayor o menor valor de la utilidad en el flujo de caja real del proyecto, no es razón para afirmar que por eso se habrá generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución al contratista".

DR. MARÍN: Presidente, yo sí pediría que le pasemos unos de los documentos que tiene las partes porque lo que veo es que la doctora Ana Matilde tiene un formato distinto al nuestro, entonces eso está dificultando la lectura de ella.

SRA. CEPEDA: Entonces a la solitud y aclaración y complementación 19 aquí yo estoy diciendo, "una disminución o un aumento en el valor del egreso por cualquier concepto que imple un mayor o menor valor de la utilidad en el flujo de caja real del proyecto, no es razón para afirmar que por eso se habrá generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución en el valor de los ingresos", la diferencia favorable la genera es en la utilidad o rentabilidad medida en ese flujo de caja.

DR. BEJARANO: ¿Pero dónde está la respuesta que se le pedía sobre ese punto?, no contestó la pregunta doctora.

SRA. CEPEDA: La perita debe contestar teniendo en cuenta las respuestas a las preguntas anteriores enunciadas para poder medir el impacto de cada uno de sus elementos, entre otros el desplazamientos de las obras, la utilización de una tasa de renta y de un impuesto de timbre superior a la vigente, yo le atendí la solicitud de aclaración con ese pedacito, en la **solicitud 19 él dice, "la perita debe contestar esta pregunta teniendo en cuenta las respuestas a las preguntas anteriores enunciadas para poder medir el impacto de cada uno de esos elementos, entre otros el desplazamiento, la utilización de una tasa a la renta y el impuesto de timbre", y yo le contesto que un aumento o una disminución en el egreso no necesariamente afecta el ingreso esperado, sino afecta la utilidad, esa es la respuesta a eso que usted preguntó doctor Bejarano.**

DR. BEJARANO: Pero no es la respuesta a como se le estaba preguntando.

SRA. CEPEDA: Yo la interpreté así doctor bejarano.

DR. BEJARANO: usted dijo en una de las audiencia de las que concurrí, tanto allá en la sede de la UT como aquí, cuando fue requerida por el tribunal acerca de si tenía toda la información que requería para responder, respondió que sí, ¿cuál es la razón entonces para que luego en la versión escrita usted haya dicho que no contaba con toda la información?

SRA. CEPEDA: Doctor bejarano, una cosa es decir, la parte me colaboró, la ANI me colaboró, me entregaron lo que yo pedí, otra cosa es que lo que me entregaron no atienda las expectativas para contestar algo, yo le pido a la ANI, por favor, para cada sector la obra contratada, cronograma, los valores y dice, no, en la carta, tal y tal cosa, yo lo debo respetar, pero eso no implica que la ANI o el concesionario no me entregaron la información que yo pedí, lo que pasa es que esa información está en un sentido o en otro sentido, pero me la entregaron, si ellos no la tenían de dónde la podrían sacar, ese es otro tema, pero lo que yo pedí, lo **atendieron."**

Pregunta 18:

"Determinará que tasa se utilizó para establecer el valor del ingreso esperado del adicional 13 y qué tasa se utilizó para establecer el valor del ingreso esperarlo del otrosí No. 2 al adicional 13. Adicionalmente, determinará qué tasa se debe utilizar para mantener las condiciones iniciales en el modelo utilizado para establecer el ingreso esperado en el adicional 13 y su otrosí No, 2."

La respuesta dada por la perita en el dictamen del 26 de septiembre de 2016 fue¹⁹⁵:

"La Tasa Interna de Retorno (TIR) Corriente señalada en la propuesta del Concesionario, según Oficio UTDVCC 1056-06 Rad INCO 010181 del 10 de julio de 2006, para la Alternativa 2 (Sin peaje ni Aporte de la nación) es del doce punto cincuenta y uno por ciento =12,51% (REAL del 7,16%) utilizada para para establecer el valor del ingreso esperado del Contrato Adicional No.13 del 9 de agosto de 2006, al Contrato de Concesión No. 005 de enero 29 de 1999, celebrado entre INCO y la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca –UTDVCC-, que corresponde a las obras adicionales del Tramo 7 Mediacanoa-Loboguerrero, cobrando un ingreso esperado de \$3,840,265 millones de pesos de diciembre de 1997, como a la letra presenta:

INGRESO ESPERADO EN MILLONES DE PESOS DE DICIEMBRE DE 1997

¹⁹⁴ Fls. 528 a 529 del Cuaderno de Pruebas No. 21

¹⁹⁵ Páginas 92 a 93 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Valor del Ingreso esperado Proyecto Mediacaño – Loboguerrero	\$3,840,265
Valor ingreso esperado actual Contarto (sic) 005 de 1999	\$1,041,414
Total Ingreso Esperado Adicionando Mediacaño – Loboguerrero	\$4,881,679
Mes de Cumplimiento [Mes Concesión]	633
Cumplimiento [Mes]	mar-59
Meses adicionales	483
Años adicionales	40
Tir Corriente	12.51%
Tir Real	7,16%

La Tasa Interna de Retorno (TIR) Corriente señalada en la propuesta del Concesionario, según Oficio UTDVVCC 0047 - 2008, Rad INCO 000452 del 11 de enero de 2008, a partir del flujo de caja mensual anexo a la propuesta, es del doce punto setenta y uno por ciento =12,71% (REAL del 7,34%) utilizada para para establecer el valor del ingreso esperado del Otrosí No.2 del 14 de enero de 2008 al Adicional No.13, al Contrato de Concesión No. 005 de enero 29 de 1999, con pago bajo la modalidad de Ingreso esperado requerido, cobrando \$35,025 millones de pesos de diciembre de 1997, para la ejecución obras en el Tramo 7 Mediacaño-Loboguerrero, (modificar el trazado vial establecido para la segunda calzada entre Mediacaño y Loboguerrero al paso por la Reserva Forestal de Yotoco, paralela a la vía existente entre el K98+200 Y k103+150, para lo cual el Concesionario se obliga a realizar bajo su cuenta y riesgo los estudios, los diseños definitivos y la construcción del Par Vial, rodeando la Reserva Forestal de Yotoco en una longitud de 7200 mts, obteniéndose como longitud adicional a la inicialmente contratada una distancia de 2250 mts. de acuerdo con la sección establecida en las Especificaciones Técnicas del Anexo No.1 del contrato Adicional No.13 al Contrato de Concesión No.005 de 1999. Igualmente se incluye la construcción de 202 metros lineales de puentes vehiculares estimados para este par Vial:) como a la letra presenta:

"INGRESO ESPERADO EN MILLONES DE PESOS DE DICIEMBRE DE 1997

Valor del Ingreso esperado Par Vial Yotoco	\$35.025
Mes de Cumplimiento (Mes Concesión)	85
Cumplimiento [Mes]	feb-15

Se prepa el mantenimiento periódico requerido para incluir este tramo de vía en el modelo de la **Concesión**".

Frente a la respuesta dada por la perita el apoderado de la ANI manifestó¹⁹⁶:

"Solicito se ordene a la perita responder la pregunta No 18 del cuestionario que le fuera formulada por la convocante en la audiencia de su posesión, porque el auxiliar de la justicia se ha excusado en que no contaba con el modelo inicial del contrato de concesión.

La pregunta formulada fue la siguiente: "Determinará que tasa se utilizó para establecer el ingreso esperado del Adicional No. 13 que tasa se utilizó para establecer el ingreso esperado del Otrosí No. 2 al Adicional No. 13. Adicionalmente, determinara que tasa se debe utilizar para mantener las condiciones iniciales en el modelo utilizado para establecer el ingreso esperado en el Adicional 13 y su Otrosí No. 2". La perita omite responder cuál es la tasa que se debe utilizar para mantener las condiciones iniciales en el modelo utilizado para establecer el ingreso esperado en el Adicional 13 y su Otrosí No. 2. Ello a pesar de mencionar la tasa que fue pactada entre las partes en el adicional 13 y su otrosí número 2. Esta tasa, que está pactada entre las partes, es la misma que se debe utilizar para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato como resultado del impacto de las variables que se le ha solicitado la perita analizar **en las preguntas anteriores."**

A lo que la perita contestó¹⁹⁷:

"Se complementa lo expresado en la respuesta a páginas 92 y 93 del dictamen pericial, así:

Primero:

Para las obras del Tramo 7, se aclara que con los ingresos y egresos incluidos en el Flujo de Caja Mensual anexo a la comunicación UTDVVCC 1056-06, se obtiene una TIR del doce punto cincuenta y uno por ciento =12,51%.

Nota. El valor de \$3,840,265 millones de pesos de diciembre de 1997 por valor esperado total, en el flujo de caja mensual no se observa de manera exacta en el mes 633, sino entre los meses 632 y 633 del Flujo así: En el mes 632 es de \$3.837.896,98 millones de pesos de diciembre de 1997 y en el mes 633 es de \$3.848.678,65 millones de pesos de diciembre de 1997, asumiendo que los \$3.840.265,00 millones de ingresos acumulados se ubican en el mes 633.-

Segundo:

Para las obras del Tramo 7, se aclara que con los ingresos y egresos incluidos en el Flujo de Caja Mensual anexo a la comunicación UTDVVCC 1056-06, se obtiene una TIR del doce punto setenta y uno por ciento =12,71%.

Nota. El valor de \$35.025 millones de pesos de diciembre de 1997 por valor esperado total, en el flujo de caja mensual no se observa de manera exacta en el mes 85, sino entre los meses 84 y 85 del Flujo así: En el mes 84 es de \$34.813,85 millones de pesos de diciembre de 1997 y en el mes 85 es de \$35.420,78 millones de pesos de diciembre de 1997, asumiendo que los \$35.025,00 millones de ingresos acumulados, se ubican en el mes 85.-

Adicionalmente se reitera lo dicho a página 86 del dictamen:

Para atender financieramente esta pregunta, previamente se presentan las definiciones del profesor García para la TIR.

¹⁹⁶ Fl. 717 del Cuaderno Principal No. 5

¹⁹⁷ Página 97 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

“Se llama Tasa Interna de Retorno (TIR) del flujo de Caja de un proyecto, a la tasa que equilibra el valor presente de los ingresos con el valor presente de los egresos. [...]

Desde el punto de vista financiero, la tasa interna de retorno de un proyecto se define como a la tasa que rinden los dineros que al final de cualquier periodo, aún continúan invertidos en el proyecto, o lo que es lo mismo, la tasa que rinden los dineros no recuperados en el proyecto en cualquier periodo”. Esta definición de la tasa interna de retorno es la que se debe tener en cuenta cuando se evalúa un proyecto de inversión y se toma la TIR como índice de selección”.

De –H. Ortiz A. se transcribe lo siguiente: **“La tasa Interna de Retorno (TIR) es la tasa de interés que hace que el VAN sea igual a cero (0), en otras palabras, aquella tasa de oportunidad para la cual el proyecto en estudio es apenas aceptable.”**

La TIR mide la rentabilidad de los recursos que se mantienen dentro del proyecto. También se puede decir que representa la tasa de interés más alta que un inversionista podría pagar, sin perder dinero, si todos los fondos para financiación del proyecto se tomaran prestados y el servicio de la deuda (capital e intereses) se pagara con los flujos del proyecto, a medida que los mismos se fueran produciendo.

[...]”

Pregunta 19:

“Determinará, cuando no existe un modelo financiero, cuál es la metodología que se debe utilizar para calcular el impacto del desplazamiento de las inversiones. ¿Determinará si es válido utilizar un modelo marginal? ¿Igualmente determinará cuáles son las variables necesarias al momento de realizar el cálculo del impacto de dichos desplazamientos de la inversión en el tiempo?”

La perita en el dictamen del 26 de septiembre de 2016 contestó¹⁹⁸:

“Según el interrogante, “cuando no existe” un modelo financiero inicial, que haya permitido definir una Tasa Interna de referencia para el negocio, producto de la proyección y definición de rubros e importes periódicos a lo largo del horizonte del proyecto y que como se ha mencionado en las respuestas anteriores, no sería posible calcular el impacto, implicaciones y/o consecuencias, en este caso del desplazamiento de las inversiones por las obras a ejecutar en el tiempo -entre otras- frente a los cobros esperados en desarrollo del negocio.

De requerirse calcular el impacto del desplazamiento de las inversiones, teniendo en cuenta los efectos financieros derivados de: desafectaciones de obras (ahorros en costos estimados de mantenimiento, operación y administración de la vía), compensaciones de construcciones, ampliaciones de plazo, las obras excluidas, incluidas, adicionales, pendientes, entregas de casetas de recaudo, etc., y acuerdos entre las partes, que implicarían cambios de información no del aporte de capital al proyecto a cargo del Concesionario a lo largo del Proyecto, en relación con los valores cobrados y con pago bajo la modalidad de Ingreso esperado ó requerido por el Concesionario -entre otros- por el recaudo de los peajes. Para la evaluación financiera se haría necesario un balance definitivo de obras contratadas, ejecutadas y por ejecutar que frente a los valores cobrados como Ingreso esperado por el Concesionario, permitan disponer de INGRESOS Y EGRESOS (costos) ajustados a lo que ha sido la relación contractual necesario en una **evaluación financiera para la de terminación de saldos a cargo y/o a favor de las partes en el negocio.”**

Al igual que la convocante, los convocados que habían solicitado la práctica de esta prueba, allegaron al proceso los cuestionarios correspondientes para que la perita absolviera sus preguntas.

Dentro de la contestación de la reforma de la demanda presentada por la apoderada de Carlos Alberto Solarte Solarte y Luis Fernando Solarte Marcillo¹⁹⁹, se formularon las siguientes preguntas, las cuales fueron contestadas por la perita como se ilustra a continuación:

“1. El señor perita se servirá a evaluar el informe presentado por la ANI con la subsanación de la demanda, a la luz de las disposiciones contractuales del contrato de concesión No. 005 de 1999, sus adiciones y modificaciones, con el propósito de establecer su idoneidad y conformidad con las estipulaciones del Contrato de Concesión No. 005 de 1999.”.

La perita en su dictamen contestó la pregunta así²⁰⁰:

“Para el Contrato de Concesión No. 005 de 1999, los modificatorios advertidos en los Otrosíes, Adicionales y Acuerdos del contrato, con contrataciones de obra con diferentes formas de pago -entre otros- los que se citan a continuación:

(...)

Del documento citado como **“subsanación de la demanda”** y que obra en el **C.Ppal.1-Fis.198-00-Subsanación demanda-ANI-**, se extracta:

“OSCAR IBAÑEZ PARRA, mayor de edad, domiciliado en Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.717.575 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 103.882 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi condición de apoderado de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA en cumplimiento de lo dispuesto mediante Auto del 26 de marzo de 2014, procedo a SUBSANAR LA DEMANDA ARBITRAL en los siguientes términos:

1. EN CUANTO A LA PARTE CONVOCADA EN EL TRÁMITE ARBITRAL

Como se manifestó en el escrito de demanda arbitral, el Contrato de Concesión 005 DE 1999 fue celebrado entre el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS y LAS SOCIEDADES SIDECO AMERICANA S.A., PAVIMENTOS DE COLOMBIA LIMITADA, MARIO HUERTAS COTES, LUIS HECTOR SOLARTE Y CARLOS ALBERTO SOLARTE MIEMBROS DE LA UNIÓN TEMPORAL **“DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA”**. Sin embargo, en desarrollo del contrato varios de los miembros de la Unión Temporal cedieron su participación y a la fecha no está conformada por la totalidad de quienes suscribieron el contrato.

Así las cosas, como Convocados en este trámite, están:

¹⁹⁸ Página 94 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

¹⁹⁹.Fl. 613 del Cuaderno Principal No. 3

²⁰⁰ Páginas 95 a 109 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

- a) La UNION TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, quien actúa en calidad de CONCESIONARIO y está representada legalmente por el señor CARLOS ALBERTO SOLARTE, con domicilio en la Autopista Norte, Kilometro 21, Interior Olímpica, Chía Cundinamarca, identificada con NIT 830,059.605-1.
- b) CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, identificado con cédula de ciudadanía número 5.199.222
- c) LUIS HECTOR SOLARTE SOLARTE (EN SUCESIÓN), identificado con cédula de ciudadanía número 4.609.815. A su vez, los sucesores identificados del mencionado LUIS HECTOR SOLARTE SOLARTE son los señores LUIS HERNANDO, GABRIEL y DIEGO SOLARTE VIVEROS con domicilio en la Carrera 86 51-66, oficina 204, edificio WBC de ésta ciudad; MARIA VICTORIA SOLARTE DAZA y LUIS FERNÁNDO SOLARTE MARCILLO quienes pueden ser notificados en el domicilio de la UNION TEMPORAL.
- d) PAVCOL COLOMBIA SAS, identificada con NIT 860,024.586-8, con domicilio en la Avenida 82 No. 10-50, piso 9.Pbx: (571) 376 0030 Fax: (571) 376 3187 de Bogotá, D.C.

Para efectos de la notificación a la Unión Temporal y a los miembros que actualmente la componen, de manera atenta solicito que se efectúe por conducto de su representante legal con capacidad para comparecer al presente proceso en los términos de a Sentencia del 25 de septiembre de 2013, proferida por el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Sala Plena, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Radicación número: 25000232600019971393001. en la que se manifestó:

"En este orden de ideas se modifica la tesis que hasta ahora ha sostenido la Sala, con el propósito de que se reafirme que si bien los consorcios y las uniones temporales no constituyen personas jurídicas independientes, sí cuentan con capacidad, como sujetos de derechos y obligaciones, para actuar en los procesos judiciales, por conducto de su representante, sin perjuicio, claro está, de observar el respectivo jus postulandi.

Debe precisarse que la tesis expuesta sólo está llamada a operar en cuanto corresponda a los litigios derivados de los contratos estatales o sus correspondientes procedimientos de selección, puesto que la capacidad jurídica que la Ley 80 otorgó a los consorcios y a las uniones temporales se limitó a la celebración de esa clase de contratos y la consiguiente participación en la respectiva selección de los contratistas particulares, sin que, por tanto, la aludida capacidad contractual y sus efectos puedan extenderse a otros campos diferentes, como los relativos a las relaciones jurídicas que, de manera colectiva o individual, pretendan establecer los integrantes de esas agrupaciones con terceros, ajenos al respectivo contrato estatal, independientemente de que tales vínculos pudieren tener como propósito el desarrollo de actividades encaminadas al cumplimiento, total o parcial, del correspondiente contrato estatal"

2. EN CUANTO A LA ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA DE LAS PRETENSIONES DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

Se estableció en la demanda que se incorporaban pretensiones de naturaleza declarativa, de revisión del modelo financiero respecto del Contrato de Concesión 005 de 1999 y de cálculo del impacto económico del desplazamiento del cronograma de inversión en obra y mantenimientos, por tal razón se contrató a la empresa ERNST & YOUNG para que hiciera la valoración del modelo económico del contrato adicional No 13 objeto de la demanda y de su adicional N°2.

Presentado el respectivo estudio tenemos que el desequilibrio económico que le reporta a la ANI la suscripción del otrosí N° 13 del Contrato de Concesión 005 de 1999, es del orden de TRESCIENTOS VEINTICINCO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS (\$325.744.000.000) representados siguientes conceptos:

- a) Corrección Impuesto de Renta.
- b) Corrección y ajuste de los desplazamientos del cronograma de inversiones.
- c) Corrección mantenimiento periódico MC – Loboguerrero
- d) Inclusión de depreciaciones por método de línea recta.

Para mayor ilustración de los Señores Arbitros, adjunto a la presente me permito suministrar copia del referido informe que sustenta la cuantía estimada de las pretensiones de la ANI.

Atentamente,

OSCAR IBAÑEZ PARRA - C.C. 79,717.575 de Bogotá

T.P. 103.882 del C.S. de J. Anexo: Lo anunciado en 22 folios."

Del informe citado en el documento anterior, elaborado y presentado por la empresa ERNST & YOUNG, por un valor total de trescientos veinticinco mil setecientos cuarenta y cuatro millones de pesos = \$325.744 000.000=, se extracta:

		Valores en Millones de Pesos
Obras Sector No. 1	EY	
VP Programación de Obra Inicial	100.334	
VP Programación de Obra Real	68.427	
Diferencia VPN \$ diciembre 1997	31.907	
VPN (abril/2014)	263.301	263.301
Página 11 de 22		
Obras Sector No. 2	EY	
VP Programación de Obra Inicial	35.312	
VP Programación de Obra Real	32.809	
Diferencia VPN \$ diciembre 1997	2.504	
VPN (abril/2014)	20.660	20.660
Página 12 de 22		

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Obras Sector No. 3	EY
VP Programación de Obra Inicial	40.851
VP Programación de Obra Real	35.787
Diferencia VPN \$ diciembre 1997	5.063
VPN (abril/2014)	41.783

41.783 Página 12 de 22

Texto referido como:
"Dinero de lo que el concesionario debería a la ANI por el desplazamiento de cronograma de inversiones." 325.744 Millones \$abril 2014 325.744

Se indica que para los valores señalados como Programación de Obra Inicial y Real, no se encontraron cronogramas de ejecución de obra ni de inversión correspondiente, para cada uno de los períodos mensuales, producto de las labores proyectadas ya sea para la obra inicialmente acordada como para la obra tomando en cuenta las desafectaciones de obras (ahorros en costos estimados de mantenimiento, operación y administración de la vía) , compensaciones de construcciones, ampliaciones de plazo, las obras excluidas, incluidas, adicionales, pendientes, entregas de casetas de recaudo, etc., y acuerdos entre las partes, que implicarían cambios de información del aporte de capital al proyecto a cargo del Concesionario a lo largo del Proyecto y que además podrían corresponder a valores PROYECTADOS y no REALES, como se indica en el citado informe.

Se informa que, adicionalmente, no se dispuso de información básica PROYECTADA respecto de la distribución de las inversiones en activos fijos reales productivos, activos diferidos, mantenimientos, etc. Adicionalmente, se extracta del documento de Interventoría identificado con el No.CISP-OP-0431-319-2016 de fecha 2 de agosto de 2016, páginas 19 y 20 de 41 y que se adjunta a este informe, en relación con el tema de los sectores:

El Tramo 7, Contrato adicional No.13 al contrato de concesión número 005 de enero 29 de 1999, se dividió en tres sectores, con el fin de facilitar la evaluación de los estudios, diseños y estudios ambientales, así:

Sector 1 entre los PR 63 aproximadamente (cerca al Peaje Loboguerrero) al PR 81+000.

Sector 2 entre los PRS 81+000 al 96+000.

Sector 3 entre los PR'S 96+000 al 111+000.

En el siguiente cuadro se resumen las obras a ejecutar acorde al Adicional No13.

Obras contratadas - Alcance Físico inicial Anexo 1, del Adicional No. 13			Alcance Físico Actual Otrosí No.9 y No.10 del contrato de Concesión No.005/99. del Adicional No.13		
Descripción	Cantidad	Unidad	Descripción	Cantidad	Unidad
Construcción segunda calzada	47.6	Km/CS	Construcción segunda calzada	47.6	Km/CS
Retornos dobles	9	un	Retornos dobles	5	un
Retornos sencillos	0	un	Retomas sencillos	10	un
Construcción Puentes vehiculares	2	un	Construcción Puentes vehiculares	4	un
Construcción Viaductos vehiculares	0	un	Construcción Viaductos vehiculares	13	un
intersecciones a Desnivel	4	un	Intersecciones a Desnivel	2	un
Área de Servicio	1	un	Área de Servicio	1	un
Estación de peaje	1	un	Estación de peaje	0	un
Estación de pesaje	2	un	Estación da pesaje	2	un
Pasos inferiores	1	un	Pasos inferiores	1	un

Sector 1 (PR 63 Aproximadamente- cerca al Peaje Loboguerrero P'R 81+000).

El Sector 1, se dividió en tres sub-sectores, con el fin de facilitar la apertura de frentes de trabajo, para la obtención de la licencia ambiental, así:

- Sector Loboguerrero K63+400 al K71+790, Long. 8.4Km, La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA -. otorgó la licencia ambiental para la construcción de la segunda calzada del Tramo 7, sector 1, subsector La Loboguerrero mediante Resolución No. 1436 de fecha 27 de noviembre de 2014.
- Sector Zabaletas K71+790 al K74+461, Long. = 2.67 Km. La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA -, otorgó la licencia ambiental para la construcción de la segunda calzada del Tramo 7, sector 1, subsector Zabaletas, mediante resolución No.0083 del 29 de enero de 2015.
- Sector La Guaira K74+461 al K81+000, Long. = 6.53 km. La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA -, otorgó la licencia ambiental para la construcción de la segunda calzada del Tramo 7, sector 1, subsector La Guaira, mediante resolución No.0429 de fecha 8 de mayo de 2014.

Sector 2 (PR 81+000 al PR 96+000). - .

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial expidió la resolución No 0033 de 15 de enero de 2009, por la cual se otorga una licencia ambiental al sector 2 y se toman otras determinaciones".

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Sector 3 (PRS 96+000 al 111+000).

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial mediante Resolución No 1156 del 12 de junio de 2009, otorga la Licencia Ambiental para el sector 3 comprendido entre el PR96+000 al PR111+000, sector donde se construirá el Par Vial de Yotoco, obra contemplada para evitar la afectación a la reserva forestal de Yotoco,

Par Vial Yotoco. (Otrosí No 2 al Contrato Adicional No 13 del 14 de enero de 2008).

Objeto. Modificar el trazado vial establecido para la Segunda calzada entro Mediacaño y Loboguerrero al paso por la Reserva Forestal de Yotoco, paralela a la vía existente entre el K98+200 y el K103+150, para lo cual el Concesionario se obliga a realizar bajo su cuenta y riesgo los estudios, los diseños definitivos y la construcción del Par Vial rodeando la Reserva Forestal de Yotoco en una longitud de 7200 metros, obteniéndose como longitud adicional a la inicialmente contratada una distancia de 2250 metros, de acuerdo con la sección establecida en las Especificaciones Técnicas del Anexo 1 del Contrato Adicional No 13 al Contrato ríe Concesión No005 de 1999.

Así mismo, el Concesionario se obliga realizar la construcción de 202 metros lineales de puentes vehiculares estimados para el Par Vial de la Reserva Forestal de Yotoco, de acuerdo con la sección establecida en las especificaciones técnicas del Anexo 1 del Contrato Adicional No 13 al Contrato de Concesión No 005 de 1999.

El día 27 de noviembre de 2013, el Peaje de Loboguerrero, cumplió su Ingreso Esperado requerido para la ejecución de las actividades contemplada dentro del Otrosí No.2 del Adicional No.13.

El día 13 de diciembre del año 2013, a las 05:00 horas, en las instalaciones de la Estación de Peaje existente de Loboguerrero, se llevó a cabo la entrega y recibo del citado peaje, con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en el Otrosí No. 2 del adicional No. 13 al Contrato de Concesión No. 005 de 1997, a cargo de la Unión Temporal Para el Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, en el sentido de realizar la devolución de la Estación de Peaje Loboguerrero a la Agencia Nacional de Infraestructura una vez se ha constatado la consecución del Ingreso Esperado establecido como Forma de Pago en la cláusula Tercera del mencionado Otrosí.”

Frente a la respuesta dada por la perita, el apoderado de la convocante formuló la siguiente solicitud²⁰¹:

“Se sirva aclarar la perita su expeticia en el sentido de precisar si existieron o no modelos financieros para el contrato básico No. 005 de 1999, los adicionales 6, 8 y 13 su otrosí No. 2, en caso positivo, en cuales documentos constan los mismos, y si tuvo oportunidad de examinarlos o no,”

La perita en el escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016 contestó²⁰²:

- “El Contrato básico de Concesión No.005 de 1999 de fecha 29 de enero de 1999, se ha clasificado entre los contratos de Concesiones Viales de Segunda Generación y no cuenta con modelo financiero.
- Los adicionales: 6 de fecha 28 de julio de 2005 y 8 del 14 de diciembre de 2005, al Contrato básico de Concesión No.005 de 1999, no tienen modelo financiero.
- El adicional 13 de fecha 9 de agosto de 2006, al Contrato básico de Concesión No.005 de 1999, cuenta con un documento titulado: FLUJO DE CAJA MENSUAL DEL PROYECTO EN PESOS CORRIENTES – entre julio 2006 y marzo 2059, se lee:
CLAUSULA DECIMA TERCERA. - VALOR DEL INGRESO ESPERADO: Será de Cuatro billones ochocientos ochenta y un mil seiscientos setenta y nueve millones de diciembre de 1997 (\$4´881.679´000.000). Este valor disminuirá, en la medida en que la financiación de las inversiones de EL CONCESIONARIO, objeto de presente Contrato Adicional se efectúe además, con aportes anuales del Presupuesto General de la Nación, mediante el compromiso de vigencias futuras y/o cesión de recaudo de peaje, de la estación de Loboguerrero y/o incremento tarifario de las estaciones de peaje de la malla vial.
PARAGRAFO: El valor del ingreso esperado será determinado como resultado del ejercicio financiero presentado por EL CONCESIONARIO, mediante oficio UTDVCC 1056 de Julio 6 de 2006, donde se define la Tase Interna de Retorno, para cada una de las tres alternativas propuestas y/o cualquier combinación de éstas.
- El otrosí 2 al adicional 13 de fecha 14 de enero de 2008, al Contrato básico de Concesión No.005 de 1999, cuenta con un documento titulado: FLUJO DE CAJA MENSUAL DEL PROYECTO EN PESOS CORRIENTES – entre febrero de 2008 y febrero 2015, se lee:
Numeral 13 de las CONSIDERACIONES “Que el CONCESIONARIO, con oficio UTDVCC-0047-2008 del 11 de enero de 2008, presentó al INCO la `propuesta económica y el modelo financiero del ingreso Esperado [...]”

La segunda pregunta formulada en la contestación a la reforma de la demanda presentada por Luis Fernando Solarte Marcillo y Carlos Alberto Solarte Solarte fue:

“El señor perita ser servirá dictaminar cual fue el impacto que el trámite de las licencias ambientales tuvo sobre el cronograma de inversión del proyecto y las consecuentes afectaciones para el retorno de la inversión al concesionario.”

La respuesta de la perita a esta pregunta fue²⁰³:

“Dentro de los documentos tenidos a la vista no se contó con cronograma de inversión de obra y mantenimientos para el proyecto que permitiera detectar “el impacto que el trámite de las licencias ambientales” pudo generar.”

El apoderado de la ANI formuló la siguiente solicitud frente a la pregunta dada por la perita²⁰⁴:

²⁰¹ Fl. 717 del Cuaderno Principal No. 5

²⁰² Página 99 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

²⁰³ Página 110 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

²⁰⁴ Fl. 717 rev del Cuaderno Principal No. 5

“Solicito se aclaren las respuestas a las preguntas Nos 2 y 3 contenidas en las páginas 110 y 111, en el sentido de que se precise cuales fueron “los documentos tenidos a la vista” por la perita para concluir que **no se contó con cronograma de inversión en obra y mantenimientos para el proyecto**”

En el escrito de aclaraciones y complementaciones, la perita contestó²⁰⁵:

“Se aclaran las respuestas a las preguntas números 2 y 3, “en el sentido de que se precise cuales fueron **“los documentos tenidos a la vista” por la perita para concluir que no se contó con cronograma de inversión en obra y mantenimientos para el proyecto**”, indicando que conforme a la pregunta así mismo se consultó la documentación:

- ✓ Los libros de contabilidad o anexos existentes en las oficinas de la UT,
- ✓ Informes de ejecución y avance de obra de la interventoría
- ✓ Demás documentos que lleguen a obrar en el proceso,
- ✓ Cronograma de inversiones del Contrato 005 de 1999 y Adicionales.
- ✓ Documentos de la Interventoría

En el anexo a este informe hojas 1 a 124 de manera física se incluyen las comunicaciones de respuesta y solicitud de documentos por parte de la perita a las partes.

En el Apéndice de este informe se relacionan documentos entregados por las Partes y por Fiduciaria de **Occidente.**”

Frente a la misma pregunta, el Procurador Delegado para este proceso arbitral presentó una solicitud de aclaración en los siguientes términos²⁰⁶:

“**En las preguntas que se señalan a continuación la perita manifiesta la imposibilidad de responder las solicitudes de las partes, en virtud de que no encontró la información necesaria para concretar las mismas, al respecto esta Agencia del Ministerio Público solicita como primera medida que se aclare las razones de dicha afirmación, esto es si se trata de información que no fue exhibida por las partes, o si dicha información es inexistente en el caso del contrato de concesión 005 de 1999:**

Pregunta	Quien la hizo	RTA	Página
2	Parte Convocada – Preguntas en contestación de la reforma a la demanda de la ANI – Hermanos Solarte	“No se contó con cronograma de inversión en obra y mantenimientos para el proyecto que permitiera detectar el impacto que el trámite de las licencias ambientales pudo generar.”	110

“**En caso de que la aclaración solicitada en el numeral anterior corresponda a que dicha información es inexistente, que se complemente el dictamen en el sentido de indicar si dicha inexistencia corresponde a que las partes no realizaron los documentos correspondientes, o a que los mismos no eran necesarios en el caso del contrato 005 de 1999.**”

La perita contestó a la solicitud formulada así²⁰⁷:

“**Pregunta No.2, página 110 del dictamen pericial, se aclara señalando que la respuesta corresponde a lo encontrado, producto de la exhibición e inspección de los documentos en las oficinas de la UNION TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA (UTDVCC), así: “Dentro de los documentos tenidos a la vista no se contó con cronograma de inversión en obra y mantenimientos para el proyecto como se ha informado a lo largo del trabajo en desarrollo y ejecución del Contrato de Concesión No.005 de 1999, que permitiera detectar “el impacto que el trámite de las licencias ambientales” pudo generar.”; sin calificar si la inexistencia proviene de alguna “acción u omisión” de las partes en discordia.**

Además como se informó a página 29 del dictamen pericial, extractado del documento de Interventoría identificado con el No,CISP-OP-0431-319-2016 de fecha 2 de agosto de 2016, páginas 2 y 3 de 41 y que se adjunta a este informe – entre otros- “ • **Los cálculos se hicieron suponiendo que las inversiones se ejecutaron de manera lineal en el tiempo, pues no se cuenta con los programas de inversión y cronogramas de ejecución de obra.**”

En la misma solicitud realizada en la contestación a la reforma a la demanda antes mencionada, se formuló la siguiente pregunta²⁰⁸:

“**El señor perita se servirá establecer cuál sería el valor de dicha inversión en el marco del contrato de concesión, se haberse mantenido las condiciones tributarias del contrato al momento de suscribirse hasta la fecha. Por condiciones tributarias debe entenderse tanto la normativa nacional, departamental y municipal que le es aplicable al contrato de Concesión No. 005 de 1999.**”

Dicha pregunta fue objeto de aclaración en el auto del 27 de mayo de 2016²⁰⁹, sosteniendo que:

“**Se precisará en relación con la pregunta de cuestionario presentado por la apoderada de Carlos Alberto Solarte Solarte y Luis Fernando Solarte Marcillo circunscribiéndose únicamente a los documentos que obran dentro del proceso.**”

Teniendo en cuenta lo anterior, la perita contestó²¹⁰:

²⁰⁵ Página 100 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

²⁰⁶ Fls. 719 a 720 del Cuaderno Principal No. 5

²⁰⁷ Página 100 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

²⁰⁸ Fl. 613 del Cuaderno Principal No. 3

²⁰⁹ Página 110 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

²¹⁰ Ibidem.

“Se reitera que dentro de los documentos tenidos a la vista no se contó con cronograma de inversión en obra y mantenimientos para el proyecto que permitiera detectar “el impacto del trámite de las licencias ambientales” pudo generar.”

Frente a esta respuesta el apoderado de la convocante formuló una solicitud de aclaración, en los mismos términos de la solicitud presentada respecto a la segunda pregunta de la contestación a la demanda mencionada. En ese sentido la respuesta de la perita fue la misma²¹¹.

Dentro de la diligencia de posesión de la perita la apoderada de Luis Fernando Solarte Marcillo y Carlos Alberto Solarte Solarte, formuló otra serie de preguntas para ser contestadas por la perita²¹². Dando cumplimiento a las órdenes del Tribunal la perita contestó las preguntas formuladas así:

Pregunta 1:

“Sirvase determinar, si de acuerdo con los lineamientos para el manejo del riesgo del Consejo Nacional de Política Económica y Social, desde el año de 1994, las Concesiones viales de Segunda Generación garantizan **una TIR Esperada.**”

La respuesta dada por la perita fue²¹³:

Para precisar lo indagado en la pregunta se incluyen apartes del tema incluidos en DOCUMENTO CONPES 3045 – 17 de agosto 1999

“B. Segunda Generación de Concesiones

El proceso de concesiones de segunda generación se inició en 1995 siguiendo los lineamientos del CONPES 2775 de 1995, buscando solucionar los problemas identificados durante el proceso de concesiones de primera generación. En primera instancia, se le dio mayor importancia al tema de la transferencia de riesgos al sector privado para lo cual se buscó realización de estudios de ingeniería definitivos, estudios de demanda con mayor énfasis técnico de licencias ambientales y avalúos prediales. Igualmente, se contrataron bancas de inversión para que estructuraran los proyectos de una forma financieramente viable para los inversionistas privados y se le dio gran relevancia a la elaboración de contratos que contuvieran todos los aspectos críticos reconocidos en la Primera Generación.

En los proyectos de la segunda generación se le dio un gran énfasis a la promoción de los proyectos, factor que resulta indispensable para obtener los beneficios que otorga la competencia (maximización de la eficiencia y reducción de los costos para el Estado y los usuarios). Además, y como aspecto novedoso, se introdujo el concepto de plazo variable de la concesión. Con este mecanismo, la concesión revierte a la Nación en el momento que se obtenga el **“ingreso esperado”**, solicitado por el concesionario en su propuesta licitatoria²¹⁴.

Como resultado de lo anterior, en el año de 1996 se inició la estructuración de los proyectos de la Segunda Generación de Concesiones que comprende los proyectos viales El Vino - fobia Grande - Puerto Salgar y Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca, cuyos contratos fueron firmados en Diciembre de 1997 y Enero de 1999 respectivamente.

C. Diagnóstico de la Segunda Generación

Aun cuando los proyectos de segunda generación han presentado mejoras sustanciales en cuanto a conceptos de asignación de riesgos y conceptualización legal y financiera, existen todavía algunos aspectos que son susceptibles de ser mejorados. Los proyectos de concesión de primera y segunda generación, partieron de unos diseños de ingeniería basados en un horizonte de planeación de alrededor de 20 años, con lo que el alcance de las obras se definió de acuerdo al tráfico esperado en al final de ese período. Lo anterior condujo a que muchos de los proyectos resultaran sobredimensionados para las condiciones de tráfico actuales y en algunos casos, donde las proyecciones fueron demasiado optimistas, resultaron sobredimensionados frente al potencial real del tráfico de la vía.

Por otro lado, estos proyectos, que fueron concebidos bajo criterios de ingeniería y financieros, realizan toda la inversión requerida para el período de concesión durante los primeros tres años, lo cual genera presiones fiscales y obliga a altos niveles de endeudamiento, con el consiguiente impacto en las tarifas²¹⁵.

Por esto se hace necesario enmarcar el desarrollo de nuevos proyectos dentro del entorno económico actual, optimizando las obras de acuerdo a las condiciones de tráfico reales y realizando las inversiones en los lugares y en los tiempos que los niveles de tráfico requieran. En los proyectos de la Tercera Generación de Concesiones se busca armonizar las inversiones a ser realizadas con los niveles de servicio esperados y la capacidad de la vía e introducir con mayor contundencia el concepto de operación, así como criterios económicos dentro de la estructuración financiera para garantizar que se cumplan los objetivos de gobierno. Otro de los aspectos a mejorar se refiere a la relación con las comunidades, en especial lo que tiene que ver con la instalación de casetas de peaje, la cual hasta ahora se había realizado teniendo en cuenta solamente aspectos financieros. Se hace por ello necesario incorporar criterios económicos y sociales y analizar las características del tráfico en el momento de definir la ubicación de dichas casetas, así como las tarifas de peaje que se van cobrar.

Igualmente, los proyectos de primera y segunda generación no utilizaron el potencial de financiación de los proyectos a través de una adecuada estrategia de valorización. Por ello, es indispensable fortalecer dicha estrategia, incluyendo dentro del análisis las características de los predios, su distancia con la vía y el momento en que dicha valorización se hace efectiva. Así mismo, se hace necesario incorporar las

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² Fl. 799 del Cuaderno Principal No. 4

²¹³ Páginas 112 a 114 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

²¹⁴ Este método disminuye la percepción de riesgo por parte del Concesionario ya que el período de concesión se puede alargar si los niveles de tráfico son inferiores a los proyectados. Además, le permite a lo Nación obtener la carretera en un menor plazo del programado si las condiciones de tráfico están por encima de las estimadas.

²¹⁵ Esta situación se hace mas crítica teniendo en cuenta que para proyectos de carreteras, que se financian mayormente en el mercado doméstico, se consigue deuda de corto plazo, lo cual no es concordante con la vida del proyecto.

características de las comunidades y el tipo de tráfico en cada proyecto para determinar los montos a pagar por este concepto.

Por otro lado, los proyectos de primera y segunda generación no incluían el concepto de corredor de transporte dentro de la estructuración. Sin embargo, es fundamental enmarcar los nuevos proyectos bajo este criterio para tender a soluciones más integradas entre los centros de consumo y producción y los puertos, uniendo también dicha infraestructura al perímetro urbano de las grandes ciudades a través de alternativas concertadas con los municipios.

Por último, aún cuando los esquemas contractuales se han precisado en gran escala en el desarrollo de las concesiones de segunda generación, se hace necesario que estos esquemas vayan acompañados de un sistema institucional que realice el seguimiento físico, financiero y de cumplimiento contractual las nuevas concesiones. Por esto se requiere que el Instituto Nacional de Vías establezca una estrategia que le permita concentrarse más en la gestión, supervisión y control de los nuevos contratos, para garantizar que los objetivos de política de éstos se cumplan a cabalidad”

De acuerdo con los lineamientos para el manejo del riesgo del Consejo Nacional de Política Económica y Social, en las Concesiones de Segunda Generación el Ingreso Mínimo Garantizado desapareció dando paso al concepto de Ingreso Esperado, el cual implica la flexibilización del plazo de devolución del proyecto al concedente hasta que el concesionario obtenga el ingreso esperado solicitado en la propuesta licitatoria, el cual no se garantiza tomando como referencia una Tasa Interna de Retorno (TIR).”

Pregunta 2:

“Sírvase determinar, si de acuerdo con los lineamientos para el manejo del riesgo del Consejo Nacional de Política Económica y Social, desde el año 1994, las concesiones viales de segunda generación establecen un Modelo Financiero Vinculante Contractualmente.”

La respuesta de la perita en el dictamen del 26 de septiembre de 2016 fue²¹⁶:

“De acuerdo con los lineamientos para el manejo del riesgo del Consejo Nacional de Política Económica y Social, en las Concesiones de Segunda Generación el Ingreso Mínimo Garantizado desapareció dando paso al concepto de Ingreso Esperado, el cual implica la flexibilización del plazo de devolución del proyecto al concedente hasta que el concesionario obtenga el ingreso esperado solicitado en la propuesta licitatoria; no se observa establecido un “Modelo Financiero Vinculante Contractualmente.””

El apoderado de la parte convocante presentó la siguiente solicitud, respecto de la respuesta antes transcrita²¹⁷:

“Se sirva aclarar la respuesta a la pregunta No 2 del cuestionario que le fuera propuesto por Luis Fernando Solarte Marquillo y Carlos Alberto Solarte Solarte, que aparece en la página 115, en la que se afirma que “no se observa establecido un modelo financiero vinculante contractualmente”, en el sentido de determinar cuál el alcance de su respuesta teniendo en cuenta que se trata de un aspecto netamente jurídico que naturalmente escapa de su experticia.”

Pregunta 3:

“Con fundamento en los documentos que obran en el expediente, los de la estructuración del proyecto, los que recauden en las inspecciones y en general los que obren en poder de las partes determine la tipificación, la cuantificación y asignación de los riesgos del Contrato.”

La respuesta de la perita a este interrogante fue²¹⁸:

“Se transcribe parte pertinente del contrato que permitiría identificar tipificación de riesgos:

“CLÁUSULA 16.

VALOR EFECTIVO DEL CONTRATO

El valor efectivo de este Contrato corresponderá a: i) los recaudos de Peaje que serán cedidos al Concesionario por el INVÍAS. ii) las compensaciones derivadas del mantenimiento del valor de las tarifas de Peajes de acuerdo con lo previsto en el numeral 20.2 de la cláusula 20 de este Contrato, y iii) las demás compensaciones a favor del Concesionario expresamente previstas en este Contrato. Este valor efectivo remunera todos los costos y gastos –directos e indirectos- en que incurra el Concesionario por la preparación y celebración del Contrato, así como por la ejecución y terminación del Proyecto, los impuestos, tasas y contribuciones que se causen por la ejecución del presente Contrato, los costos financieros, la remuneración del capital invertido, las utilidades del Concesionario y en general incluye el valor de la contraprestación por todas las obligaciones que adquiere el Concesionario en virtud del presente Contrato.

El valor efectivo de este Contrato remunera también la asunción de riesgos que se desprenden de las obligaciones del Concesionario o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de ese contrato. En tal sentido, las partes declaran que no habrá lugar al restablecimiento del equilibrio económico del Contrato, cuando quiera que se presenten circunstancias que sean previsibles durante la ejecución del Contrato. En consecuencia, sólo habrá lugar a solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato, por cualquiera de las partes, cuando surjan hechos extraordinarios e imprevisibles –aleas anormales- no imputables a la parte quien solicita el restablecimiento, que afecten la economía del Contrato y generan una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales: Lo anterior sin perjuicio del pago de las compensaciones e indemnizaciones que se causen por el ejercicio –por parte del INVÍAS- de las potestades excepcionales al derecho común, **en los términos del art. 14 de la ley.”**

²¹⁶ Página 115 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

²¹⁷ Página 116 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016

²¹⁸ Ubicar

Respecto del dicho de la perita el apoderado de la ANI formuló la siguiente solicitud²¹⁹:

“Se sirva aclarar cuál fue el sentido de su respuesta a la pregunta No 3 que aparece en la página 116 de su trabajo, cuando al responder el interrogante en el que se le pedía tipificar, cuantificar y asignar los riesgos del contrato, optó por transcribir como respuesta la cláusula 16 del contrato de concesión No 005 de 1999.”

La perita contestó al respecto²²⁰:

“Para la pregunta No 3 que aparece en la página 116 del dictamen pericial, que indagaba: “Con fundamento en los documentos que obran en el expediente, los de la estructuración del proyecto, los que recauden en las inspecciones y en general los que obren en poder de las partes determine la tipificación, la cuantificación y asignación de los riesgos del Contrato.” la respuesta transcribe la parte pertinente del contrato que permitiría identificar tipificación de riesgos, sin entrar a emitir conceptos en derecho, pero como se entiende que los riesgos deben estar identificados en los contratos, se incluyó del Concesión No.005 de 1999 la cláusula considerada relacionada con el tema y se complementa informando que no se dispone -entre otros- de los documentos de la estructuración del proyecto.”

Al igual que el apoderado de la convocante, la apoderada de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, formuló el siguiente requerimiento²²¹:

“La perita no responde la pregunta formulada sobre la forma en la que fueron asignados, tipificados, y cuantificados los riesgos del contrato pues afirma que no contó con el cronograma de inversión en obra y mantenimientos.

De nuevo se limitó a transcribir la cláusula 16 del Contrato de Concesión, conocida por todas las partes sin formular el análisis de riesgos solicitado según su experticia financiera.

Petición de adición al dictamen

Se solicita respetuosamente a la experta que conteste la pregunta 3 a cuyo efecto pedimos que relacione los documentos físicos e informáticos que revisó y el método de valoración utilizado. Es importante además **que la perita informe sobre los requerimientos que realizó para obtener la documentación completa.”**

Frente a lo anterior la perita contestó²²²:

“La respuesta a la pregunta No.3, página 116 del dictamen pericial, atendió la solicitud planteada, en relación con lo indagado en el interrogante.

En la CLÁUSULA 16 del Contrato de Concesión No. 005 de 1999 -transcrita – quedó de manera genérica **estipulado que “El valor efectivo de este Contrato remunera también** la asunción de riesgos que se desprenden de las obligaciones del Concesionario o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de **ese contrato.”**

Con relación a los documentos base de los análisis para responder el dictamen con el alcance dado por las preguntas aprobadas y examen de los registros contables cuando la pregunta lo señalaba, como producto de las indagaciones en la Sociedad Concesionaria, en la Entidad Fiduciaria y en la Agencia Nacional de Infraestructura “ANI”, **como se informó y se soportó** en los anexos del dictamen pericial, se complementa la respuesta incluyendo relación de archivos magnéticos recibidos, en el Apéndice de estas aclaraciones y **complementaciones.”**

Pregunta 4:

“Sírvasse determinar, ¿cuáles han sido los tributos que ha tenido que asumir el concesionario, en virtud de la asignación de riesgos del contrato de concesión? En particular identifique cuáles fueron los inicialmente vigentes al momento de celebración del contrato, ¿cómo ha sido su evolución y cuáles son en la actualidad?”

La respuesta de la perita fue²²³:

“Tributos a asumir por parte del Concesionario:

1. Impuesto de renta:
Las uniones temporales ni los consorcios son contribuyentes ni declarantes de renta desde el año de 1995, en virtud del artículo 61 de la Ley 223 de 1995, incorporado en el artículo 18 del Estatuto Tributario, donde se establece que los consorcios y las uniones temporales no son contribuyentes del impuesto sobre la renta.
Los miembros del consorcio o de la Unión deben llevar en su contabilidad y declarar de manera independiente, los ingresos, costos y deducciones que le corresponda, de acuerdo con su participación en los ingresos costos y deducciones del consorcio. Esta norma estuvo vigente en el año 1999 y no ha sido modificada hasta la fecha.
2. Impuesto de renta de los concesionarios que ceden sus derechos económicos a una fiducia:
Si bien es cierto que el concesionario debe llevar en su contabilidad el detalle de los ingresos costos y gastos que le corresponden, en el presente caso el concesionario transfirió a un patrimonio autónomo todos los derechos económicos derivados del Contrato, sin desprenderse de las obligaciones a su cargo.
Por tal razón la contabilidad de la concesión la lleva la Fiduciaria y el concesionario solo registrará el resultado positivo o negativo que le certifique la fiduciaria, en la contabilidad del concesionario fideicomitente no se reflejan ingresos costos y gastos de la concesión.
Para efectos fiscales en cumplimiento del artículo 271-1 del Estatuto Tributario, la fiduciaria le certificará anualmente los rendimientos y/o pérdidas acumuladas al final del ejercicio, las cuales constituyen una renta bruta especial.
De acuerdo con las normas que regulan la fiducia, es necesario tener en cuenta los siguientes parámetros para efectos de establecer el impuesto de renta en cabeza del concesionario fideicomitente, en aplicación del artículo 102 del Estatuto Tributario:

²¹⁹ Fl. 717 rev del Cuaderno Principal No. 5

²²⁰ Página 101 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2015.

²²¹ Fl.752 del Cuaderno Principal No. 5

²²² Página 38 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

²²³ Páginas 117 a 119 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

- a) Opera el fenómeno de la transparencia fiscal, lo cual significa que las utilidades recibidas por el patrimonio autónomo, a quien se le cedieron los derechos económicos del contrato de concesión, tendrán la naturaleza de gravadas o no gravadas con el impuesto de renta, como si hubieran sido recibidas directamente por el fideicomitente.
- b) la Legislación del impuesto de renta en materia de fiducia mercantil tuvo un cambio importante en el año 2012 con la expedición de la Ley 1607 de 2012.
El artículo 127 de dicha ley modificó el numeral 2° del artículo 102 del Estatuto Tributario y permitió que los fideicomitentes pudiesen incluir en sus declaraciones no solo las utilidades obtenidas en los fideicomisos, sino también las pérdidas. Antes del año 2012 las pérdidas fiduciarias no eran deducibles.
- c) Las utilidades certificadas por la fiduciaria deben ser incluidas anualmente en las declaraciones de los fideicomitentes, independientemente de que la fiduciaria las haya repartido y pagado a los mismos.
Este punto es de vital importancia en la proyección del flujo de caja de los concesionarios fideicomitentes, porque deberán declarar utilidades y liquidar el impuesto de renta y de CREE sobre las mismas, independientemente a su flujo de caja, si la fiduciaria no les ha repartido dichas utilidades.
Este es un riesgo tributario que debe asumir el concesionario cuando cede sus derechos económicos a una fiducia.
- d) El impuesto de los concesionarios debe proyectarse con base en los resultados del patrimonio autónomo.
- e) Si el patrimonio autónomo realizó inversiones en activo fijos productivos durante los años 2007 a 2010, en virtud del artículo 158-3 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 8° de la Ley 1111 de 2006 y adicionado por el artículo 10° de la Ley 1370 de 2009 y 1° de la Ley 1430 de 2010, los concesionarios fideicomitentes tenían derecho a solicitar la deducción, facultad que podían utilizar o no.
Se transcribe el aparte del Concepto de la DIAN N°14873 del 20 de febrero de 2009, sobre el tema:
"A la luz del numeral 2 del artículo 102 del Estatuto Tributario, los activos fijos reales productivos adquiridos por el patrimonio autónomo, con el propósito de que sean utilizados en forma directa y permanente en la actividad que se desarrollará por medio del contrato de fiducia, y cuya renta tributará en cabeza del beneficiario, dan derecho al fideicomitente beneficiario a solicitar la deducción de que trata el artículo 158-3 del Estatuto Tributario, previo cumplimiento de las demás condiciones señaladas por la ley y el reglamento."
Los beneficios por la inversión en activos fijos reales productivos adquiridos fueron los siguientes:
Del 2007 al 2009: Una deducción del 40% del valor de las inversiones efectivas realizadas en activos fijos productivos, aún bajo la modalidad de leasing financiero con opción irrevocable de compra.
En el año 2010: La deducción se redujo al 30% del valor de las inversiones efectivas realizadas en activos fijos reales productivos.
A partir del año 2011: Ningún contribuyente pudo hacer uso de esta deducción, a menos que hubiesen suscrito un contrato de estabilidad jurídica que se incluya dicha deducción.
En todos los años gravables en que estuvo vigente la deducción no se generó utilidad gravada en cabeza de los socios, beneficio fiscal que debería tenerse presente al calcular el impuesto de renta de los concesionarios personas jurídicas.
3. Impuesto de Industria y Comercio de los concesionarios:
El impuesto de industria y comercio regulado por la Ley 14 de 1983 grava los ingresos brutos que provengan de la realización de actividades industriales, comerciales o de servicios en cada jurisdicción municipal.
El valor del impuesto de industria y comercio por la construcción rehabilitación y mantenimiento de las vías contratadas se determina sobre el valor de los ingresos que perciban los concesionarios. El valor del contrato se encuentra en la cláusula 16 del contrato de concesión cuyo texto se citó en la respuesta a la pregunta anterior.
4. El ICA en la fiducia:
De acuerdo con el artículo 54 de la Ley 1430 de 2010, los fideicomitentes son sujetos pasivos por las actividades gravadas que se realicen a través del patrimonio autónomo, por ello los fideicomitentes deberán tributar sobre los ingresos gravados que se perciban a través del **fideicomiso."**
Frente a lo anterior, el apoderado de la ANI formuló la siguiente solicitud²²⁴:
"Se sirva aclarar la respuesta a la pregunta No 4 que aparece en la página 117, en el sentido de precisar cuál es la razón para que en este evento al pronunciarse sobre el impuesto de renta no tuvo inconveniente en responderla tanto respecto de las uniones temporales y el consorcio como de los miembros de los mismos, y en cambio en las indagaciones formuladas por la parte actora sobre estos aspectos simplemente **eludió pronunciamiento por cuanto se limitó a sostener que las UT no son sujetos de declaración de renta."**
La perita en el escrito de aclaraciones y complementaciones contestó²²⁵:
"Para la pregunta No 4 que aparece en la página 117 del dictamen pericial, que indagaba: "Sirvase determinar, ¿cuáles han sido los tributos que ha tenido que asumir el concesionario, en virtud de la asignación de riesgos del contrato de concesión? En particular identifique cuáles fueron los inicialmente vigentes al momento de celebración del contrato, ¿cómo ha sido su evolución y cuáles son en la actualidad?"; la razón principal de la respuesta, es que la pregunta solicitaba su evolución."

²²⁴ Fl. 717 rev del Cuaderno Principal No.5

²²⁵ Página 102 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

La apoderada de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, también formuló una solicitud frente a la respuesta dada por la perita en el dictamen inicial²²⁶:

“La perita explica 3 tributos: el impuesto de renta, el impuesto de industria y comercio, el ICA y su relación con el contrato de fiducia mercantil, sin embargo no absuelve el interrogante formulado para explicar cuáles han sido los tributos efectivamente asumidos por el concesionario, cuáles estaban vigentes al momento de la celebración del Contrato, cuál era su tasa y cuáles son los que se encuentran vigentes en la actualidad.

Petición de adición al dictamen

Se solicita respetuosamente a la experta que conteste la pregunta 4 a cuyo efecto pedimos que relacione los documentos físicos e informáticos que revisó y el método de valoración utilizado. Es importante además que la perita informe **sobre los requerimientos que realizó para obtener la documentación completa.”**

La perita contestó a esta solicitud así²²⁷:

“La respuesta a la pregunta No.4, página 117 del dictamen pericial, atendió la solicitud planteada, en relación con lo indagado en el interrogante. Se aclara la respuesta indicando que para la fecha de suscripción del Contrato de Concesión No. 005 de 1999 de 29 de enero de 1999, los impuestos vigentes en Colombia, se muestran en el cuadro siguiente:

Conceptos / Año	1999
Tarifa Renta	35,00%
Tarifa sobretasa impuesto a la Renta	
Tarifa Timbre	1,50%
Tarifas Impuesto Industria y Comercio ICA	Varía s/ Municipio
Impuesto Transacciones Financieras	
Tarifa Impuesto sobre la Renta para la Equidad CREE	
Sobretasa del CREE	

Adicionalmente, se informa que los registros contables no discriminan si los importes de impuestos corresponden a el contrato básico y/o a cada uno de sus adicionales.

Con relación a los documentos base de los análisis para responder el dictamen con el alcance dado por las preguntas aprobadas y examen de los registros contables cuando la pregunta lo señalaba, como producto de las indagaciones en la Sociedad Concesionaria, en la Entidad Fiduciaria y en la Agencia Nacional de **Infraestructura “ANI”, como se informó y se soportó en los anexos del dictamen pericial**, se complementa la respuesta incluyendo relación de archivos magnéticos recibidos, en el Apéndice de estas aclaraciones y **complementaciones.”**

Pregunta 5:

“De acuerdo con el punto anterior, ¿cuál es la mejor estimación que podía hacer el Concesionario para mitigar el riesgo tributario que asumiría al momento de licitar para una concesión vial?”

La respuesta de la perita en su dictamen fue²²⁸:

“La estimación de impuestos para Colombia en cualquier proyección –es incierta- según mi concepto- no pudiéndose tomar en cuenta un histórico razonable y menos para un periodo amplio; solo se formulan incrementos a partir de la fecha de cálculo y/o un promedio de tasas que razonablemente cubra las variaciones o incrementos a presentarse y los nuevos impuestos según los requerimientos del país.”

La apodera de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado formuló la siguiente solicitud²²⁹:

“La perita no responde la pregunta formulada. A pesar de que considera que es incierta, explica que podría hacerse un cálculo o promedio de tasas que cubriría las variaciones o incrementos tributarios, pero no hace el ejercicio mencionado.

La estimación de impuestos para Colombia en cualquier proyección -es incierta- según mi concepto- no pudiéndose tomar en cuenta un histórico razonable y menos para un periodo amplio: solo se formulan Incrementos a partir de la fecha de cálculo y/o un promedio de tasas que razonablemente cubra las variaciones o incrementos a presentarse y los nuevos impuestos según los requerimientos del país.

Pág. 120)

Petición de adición al dictamen

Se solicita respetuosamente a la experta que conteste la pregunta 5 a cuyo efecto pedimos que relacione los documentos físicos e informáticos que revisó y el método de valoración utilizado. Es importante además que la perita informe **sobre los requerimientos que realizó para obtener la documentación completa.”**

A lo que la perita contestó²³⁰:

“La respuesta a la pregunta No.5, página 120 del dictamen pericial, atendió la solicitud planteada, en relación con lo indagado en el interrogante; se adiciona que se deben tomar en cuenta en la estimación rangos que no impliquen un desfase amplio o desviaciones considerables.

Con relación a los documentos base de los análisis para responder el dictamen con el alcance dado por las preguntas aprobadas y examen de los registros contables cuando la pregunta lo señalaba, como producto de las indagaciones en la Sociedad Concesionaria, en la Entidad Fiduciaria y en la Agencia Nacional de **Infraestructura “ANI”, como se informó y se soportó en los anexos del dictamen pericial**, se complementa la respuesta incluyendo relación de archivos magnéticos recibidos, en el Apéndice de estas aclaraciones y **complementaciones.”**

²²⁶ Fl. 752 del Cuaderno Principal No. 5

²²⁷ Página 39 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

²²⁸ Página 120 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

²²⁹ Fl. 753 del Cuaderno Principal No. 5

²³⁰ Página 40 de Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

Pregunta 6:

“Sírvese establecer, ¿cómo hizo la entidad concedente del contrato de concesión, para estimar, cuantificar y asignar el riesgo tributario a cargo del concesionario? ¿cuál fue el valor de la cuantificación del riesgo tributario?”

La respuesta dada por la perita en el dictamen fue²³¹:

“En los documentos tenidos a la vista no se evidencia lo solicitado en la pregunta, razón por la cual no se contesta según lo requerido.”

Frente a esta respuesta el apoderado de la ANI formuló la siguiente solicitud²³²:

“Se sirva aclarar las respuestas a las preguntas Nos 6 y 7 que aparecen en las páginas No 121 y 122, la perita se servirá indicar cuales fueron los documentos que tuvo a la vista que le impidieron contestar lo indagado.”

A lo que la perita contestó²³³:

“Para las preguntas No 6 y 7 que aparecen en las páginas 121 y 122 del dictamen pericial, que indagaba: “Sírvese establecer, ¿cómo hizo la entidad concedente del contrato de concesión, para estimar, cuantificar y asignar el riesgo tributario a cargo del concesionario? ¿Cuál fue el valor de la cuantificación del riesgo tributario?” y “Sírvese identificar ¿en qué términos, con qué efectos introdujo la entidad concedente al modelo financiero del contrato la asignación del riesgo tributario?”; se complementa la respuesta indicando que los documentos que se tuvieron a la vista no “impidieron contestar lo indagado”; por el contrario al no contar -entre otros- con los documentos de la estructuración del proyecto, de cuantificación y asignación de los riesgos y reiterándose que Contrato de Concesión No. 005 de 1999 no cuenta con modelo financiero, es lo que implica atender lo indagado con ese resultado.”

El agente del Ministerio Público delegado para este proceso también formuló una solicitud frente al dicho de la perita, en los siguientes términos²³⁴:

“En las preguntas que se señalan a continuación la perita manifiesta la imposibilidad de responder las solicitudes de las partes, en virtud de que no encontró la información necesaria para concretar las mismas, al respecto esta Agencia del Ministerio Público solicita como primera medida que se aclare las razones de dicha afirmación, esto es si se trata de información que no fue exhibida por las partes, o si dicha información es inexistente en el caso del contrato de concesión 005 de 1999:

Pregunta	Quien la hizo	RTA	Página
6	Parte Convocada-cuestionario presentado en la diligencia de la posesión de la perito-Hermanos Solarte	“No se evidencia lo solicitado en la pregunta, razón por la cual no contesta según lo requerido”	121

“En caso de que la aclaración solicitada en el numeral anterior corresponda a que dicha información es inexistente, que se complemente el dictamen en el sentido de indicar sí dicha inexistencia corresponde a que las partes no realizaron los documentos correspondientes, o a que los mismos no eran necesarios en el caso del contrato 005 de 1999.”

A lo que la perita contestó²³⁵:

“Pregunta No.6, página 121 del dictamen pericial, que indaga: “Sírvese establecer, ¿cómo hizo la entidad concedente (ANI) del contrato de concesión, para estimar, cuantificar y asignar el riesgo tributario a cargo del concesionario? ¿Cuál fue el valor de la cuantificación del riesgo tributario? ”, señalando que la respuesta corresponde a lo encontrado, producto de la exhibición e inspección de los documentos en las oficinas de la UNION TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA (UTDVCC), así: “no se cuenta con la información y datos al respecto, sino con valores globales en desarrollo y ejecución del Contrato de Concesión No.005 de 1999, de tal forma que la determinación requerida no es posible atenderla”, Las concesiones viales de 2da. Generación no contaban con la exigencia de presentar modelo financiero; sin calificar si la inexistencia proviene de alguna “acción u omisión” de las partes en discordia.”

Pregunta 7:

“Sírvese identificar ¿en qué términos, con qué efectos introdujo la entidad concedente al modelo financiero del contrato la asignación del riesgo tributario?”

La respuesta de la perita a esta pregunta fue²³⁶:

“En los documentos tenidos a la vista no se evidencia lo solicitado en la pregunta, razón por la cual no se contesta según lo requerido.”

Esta respuesta fue objeto de solicitudes por parte del apoderado de la ANI y del Procurador Delegado para este caso²³⁷. Las solicitudes y la respuesta dada por la perita a las mismas, son idénticas a las de la pregunta 6, antes transcrita.

Pregunta 8:

“Sírvese determinar, igualmente, si era potestativo del Concesionario hacer supuestos propios sobre las variables financieras y tributarias que impactarían la Concesión, en el marco de las Proyecciones Financieras que para la evaluación financiera del negocio éste construyó.”

²³¹ Página 121 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

²³² Fl. 717 rev del Cuaderno Principal No. 5

²³³ Página 103 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

²³⁴ Fl. 720 del Cuaderno Principal No. 5

²³⁵ Página 111 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

²³⁶ Página 122 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

²³⁷ Fl. 720 del Cuaderno Principal No. 5

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

La respuesta dada por la perita a este interrogante fue²³⁸:

“Los términos de las licitaciones definen los proyectos a los cuales van dirigidas e incluyen: parámetros, constantes y variables que permiten la cuantificación de una situación para la toma de decisiones; pero en las propuestas los márgenes de desfase no pueden estar en rangos considerables.

Sin entrar a emitir conceptos de orden jurídico, las licitaciones contemplan:

- Qué se va a hacer.
- Cómo se va a hacer.
- Con qué calidad se va a efectuar.
- Qué elementos o maquinaria se requiere utilizar.
- Cuánto tiempo se va a gastar o utilizar.
- Cuánto va a costar o cuál va a ser su valor.

Y las propuestas para ser tomadas en cuenta deben corresponder a lo solicitado y/o contar con los **requerimientos de la licitación.”**

Pregunta 9:

“Sírvasse determinar los tributos que se crearon y modificaron a partir de la firma del Contrato de Concesión No. 005 de 1999.”

La perita respondió a esta pregunta así²³⁹:

“Se indican las tarifas de los distintos impuestos:

1. Evolución de las tarifas del impuesto de Renta:

Período gravable	Tarifa persona jurídica nacional	Norma
2001	35,00%	Ley 383 de 1997 - Artículo 240
2002	35,00%	Ley 383 de 1997 - Artículo 240
2003	35,00%	Ley 383 de 1997 - Artículo 240
2004	35,00%	Ley 383 de 1997 - Artículo 240
2005	35,00%	Ley 383 de 1997 - Artículo 240
2006	35,00%	Ley 383 de 1997 - Artículo 240
2007	34,00%	Ley 1111 del 27 de diciembre de 2006 - Artículo 12
2008	33,00%	Ley 1111 del 27 de diciembre de 2006 - Artículo 12
2009	33,00%	Ley 1111 del 27 de diciembre de 2006 - Artículo 12
2010	33,00%	Ley 1111 del 27 de diciembre de 2006 - Artículo 12
2011	33,00%	Ley 1111 del 27 de diciembre de 2006 - Artículo 12
2012	33,00%	Ley 1111 del 27 de diciembre de 2006 - Artículo 12
2013	25,00%	Ley 1607 del 26 de diciembre de 2012 - Artículo 94
2014	25,00%	Ley 1607 del 26 de diciembre de 2012 - Artículo 94
2015	25,00%	Ley 1607 del 26 de diciembre de 2012 - Artículo 94

2. Evolución de las tarifas de la Sobretasa del Impuesto de Renta:

Período gravable	Tarifa Sobretasa Renta	Del 35%	Norma
2003	10,00%	3,50%	Ley 788 de 27 de diciembre de 2002 - Artículo 260-11
2004	10,00%	3,50%	Ley 863 de 29 de diciembre de 2003 - "Artículo 260-11
2005	10,00%	3,50%	Ley 863 de 29 de diciembre de 2003 - "Artículo 260-11
2006	10,00%	3,50%	Ley 863 de 29 de diciembre de 2003 - "Artículo 260-11

3. El impuesto sobre la Renta para la Equidad CREE

Período gravable	Sobretasa al Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE)
2015	9,00%
2016	9,00%
2017	9,00%
2018	9,00%

4. Evolución de las tarifas de la sobretasa al Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE):

Período gravable	Sobretasa
2015	5,00%
2016	6,00%
2017	8,00%
2018	9,00%
2019	

5. Evolución de las tarifas del impuesto de timbre:

Período gravable	Tarifa
------------------	--------

²³⁸ Página 123 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

²³⁹ Páginas 124 a 126 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

2001	1,50%
2002	1,50%
2003	1,50%
2004	1,50%
2005	1,50%
2006	1,50%
2007	1,50%
2008	1,00%
2009	0,50%

La evolución del Impuesto de Renta: "ET. TARIFA del IMPUESTO DE RENTA.

ARTÍCULO 240. TARIFA PARA SOCIEDADES NACIONALES y EXTRANJERAS (Artículo modificado por el Artículo 94 de Ley 1607 de diciembre de 2012).

Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones especiales de este Estatuto, la tarifa sobre la renta gravable de las sociedades anónimas, de las sociedades limitadas y de los demás entes asimilados a unas y otras, de conformidad con las normas pertinentes que tengan la calidad de Nacionales, incluidas las sociedades y otras entidades extranjeras de cualquier naturaleza que obtengan sus rentas a través de sucursales o de establecimientos permanentes, es del veinticinco por ciento (25%). Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones especiales de este Estatuto, las rentas obtenidas por las sociedades y entidades extranjeras, que no sean atribuibles a una sucursal o establecimiento permanente de dichas sociedades o entidades extranjeras, estarán sometidas a la tarifa del treinta y tres (33%).

PARÁGRAFO. Las referencias a la tarifa del treinta y tres por ciento (33%) contenidas en este Estatuto para las sociedades anónimas, sociedades limitadas y demás entes asimilados a unas y a otras, deben entenderse modificadas de acuerdo con la tarifa prevista en este artículo.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. (Parágrafo Transitorio adicionado por el artículo 28 de la Ley 1739 de 23 de diciembre de 2014). Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones especiales de este Estatuto, las rentas obtenidas por las sociedades y entidades extranjeras, que no sean atribuibles a una sucursal o establecimiento permanente de dichas sociedades o entidades extranjeras, por los años fiscales del 2015 al 2018, estarán sometidas a las siguientes tarifas:

"AÑO	TARIFA
2015	39%
2016	40%
2017	42%
2018	43% "

Al sumar el impuesto sobre la renta (25%), con el CREE (9%)y la sobretasa al CREE, la tasa nominal **positiva será del 39% en el 2015 y de 43% en 2018."**

Pregunta 10:

"A partir de la respuesta a la pregunta anterior, establezca los efectos económicos de dichos tributos sobre el proyecto."

La perita contestó esta pregunta así²⁴⁰:

"De contarse con el modelo económico correspondiente al Contrato de Concesión No.005 de 1999 con sus adiciones y modificaciones –y correspondiente a Concesiones de Segunda Generación-; se procedería sobre el mismo a calcular o "establecer los efectos económicos de dichos tributos sobre el proyecto"."

La respuesta dada por la perita fue objeto de una solicitud formulada por el apoderado de la ANI así²⁴¹:

"Se sirva aclarar la respuesta a la pregunta No 10 que aparece en la página 127, en el sentido de precisar si a pesar de que no se respondió lo indagado, en todo caso aun de haberse contado con el modelo financiero del contrato de concesión No 005 de 1999 el riesgo tributario corresponde asumirlo enteramente al Concesionario."

La perita en su escrito de aclaraciones y complementaciones respondió a lo anterior, en los siguientes términos²⁴²:

"Para la pregunta No 10 que aparece en la página 127 del dictamen pericial, que indagaba: "A partir de la respuesta a la pregunta anterior, establezca los efectos económicos de dichos tributos sobre el proyecto.", la respuesta fue: "De contarse con el modelo económico correspondiente al Contrato de Concesión No.005 de 1999 con sus adiciones y modificaciones –y correspondiente a Concesiones de Segunda Generación-; se procedería sobre el mismo a calcular o "establecer los efectos económicos de dichos tributos sobre el proyecto" y se precisa tomando en cuenta lo enunciado en esta solicitud de aclaración: "el riesgo tributario corresponde asumirlo enteramente al Concesionario"."

Pregunta 11:

"Sírvase determinar si el beneficio tributario por la inversión en Activos Fijos Productivos es de uso potestativo o no del contribuyente."

La respuesta de la perita en el dictamen del 26 de septiembre fue²⁴³:

²⁴⁰ Página 127 de Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

²⁴¹ Fl. 717 rev del Cuaderno Principal No. 5

²⁴² Página 104 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

²⁴³ Página 128 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

“Para precisar la respuesta se transcribe lo establecido en la Norma “E.T. ART.158-3.- MODIFICADO .L. 1111/2006, Art.8º. DEDUCCIÓN POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS. A partir del 1º de enero de 2007, las personas naturales y jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta, podrán deducir el cuarenta por ciento (49%) del valor de las inversiones efectivas realizadas solo en activos fijos reales productivos adquirido, aun bajo la modalidad de leasing financiero con opción irrevocable de compra, de acuerdo con la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional. Los contribuyentes que hagan uso de esta deducción no podrán acogerse al beneficio previsto en el artículo 689-1 de este estatuto.

La utilización de esta deducción no genera utilidad gravada en cabeza de los socios o accionistas.

La deducción por inversión en activos fijos solo podrá aplicarse con ocasión de aquellos activos fijos adquiridos que no hayan sido objeto de transacción alguna entre las demás empresas filiales o vinculadas accionariamente o con la misma composición mayoritaria de accionistas, y la declarante, en el evento en que las hubiere.

PAR.1º.- Los contribuyentes que adquieran activos fijos depreciables a partir del 1º de enero de 2007 y utilicen la deducción aquí establecida, solo podrán depreciar dichos activos por el sistema de línea recta de conformidad con lo establecido en este estatuto.

PAR. 2º.- Adicionado. L. 1370/2009, art. 10. A partir del período gravable 2010, la deducción a que se refiere este artículo será del treinta por ciento (30%) del valor de las inversiones efectivas realizadas sólo en activos fijos productivos.

PAR. 3º.- Adicionado. L. 1430/2010, art. 1º. A partir del año gravable 2011, ningún contribuyente del impuesto sobre la renta y complementarios podrá hacer uso de la deducción de que trata este artículo.

Quienes con anterioridad al 1º de noviembre de 2010 hayan presentado solicitud de contratos de estabilidad jurídica, incluyendo estabilizar la deducción por inversión en activos fijos a que se refiere el presente artículo y cuya prima sea fijada con base en el valor total de la inversión objeto de estabilidad, podrán suscribir contrato de estabilidad jurídica en el que se incluya dicha deducción. En estos casos, el término de la estabilidad jurídica de la deducción especial no podrá ser superior a tres (3) años.

En consecuencia, tal y como se estableció en la norma “[...] las personas naturales y jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta, podrán deducir [...]”.

Pregunta 12:

“Con base en el punto anterior, explique cuál sería el impacto en los flujos de caja del Concesionario, si hubiera incorporado el beneficio por la Inversión en Activos Fijos Productivos durante todo el horizonte de proyección y el impacto con el cambio legislativo del 2010 con la Ley 1430.”

La respuesta da la perita en el dictamen fue²⁴⁴:

“En primera instancia se precisa que según el Contrato de Concesión No.005 de 1999, el Concesionario es: UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA.-

En segundo lugar, según el “E.T. -.Decreto Extraordinario 624 de 1989 “ART. 18.MODIFICADO. L. 223/95, art. 61. RENTA de LOS CONSORCIOS y UNIONES TEMPORALES. Los Consorcios y las Uniones Temporales no son contribuyentes del impuesto sobre la renta [...]”. En consecuencia, según la precisión precedente, en las proyecciones del Concesionario no se reflejarían ni los beneficios tributarios por inversión en Activos fijos Productivos, ni el efecto por su cambio según Ley 1430 de 2010.”

El apoderado de la convocante formuló la siguiente solicitud respecto de la respuesta dada por la perita²⁴⁵:

“Se sirva aclarar la respuesta a la pregunta No 12 que aparece en la página No 129, en el sentido de precisar si tuvo a la vista o no los flujos de caja del Concesionario, como también si los estudió y analizó.”

La respuesta de la perita a este requerimiento fue²⁴⁶:

“Para la pregunta No 12 que aparece en la página 129 del dictamen pericial, que indagaba: “Con base en el punto anterior, explique cuál sería el impacto en los flujos de caja del Concesionario, si hubiera incorporado el beneficio por la Inversión en Activos Fijos Productivos durante todo el horizonte de proyección y el impacto con el cambio legislativo del 2010 con la Ley 1430.”, se reitera que del Contrato de Concesión No. 005 de 1999, no se tuvo a disposición modelo financieros y flujo de caja.”

Pregunta 13:

“Establezca, de acuerdo con la teoría financiera, la definición de TIR y mencione cuáles son las variables que intervienen en el cálculo de la TIR en un proyecto de Concesión.”

La respuesta dada por la perita en el dictamen presentado el 26 de septiembre de 2016 fue²⁴⁷

“Es importante definir que en toda operación o proyecto intervienen básicamente dos tipos de valores en el tiempo de su ejecución y estos son: ingresos y egresos y ellos se representan en el denominado “flujo de caja”, tomando en cuenta la cobertura o tiempo del proyecto, la fechas de entradas y salidas de recursos; la denominación de su representación gráfica es “diagrama de flujo de caja”

En el establecido “flujo de caja” de un proyecto se encuentra el valor presente equilibrado de los ingresos con los egresos y corresponde a una tasa denominada “tasa interna de retorno” (TIR) del flujo de caja del proyecto.

No se puede perder de vista que la TIR es uno de los índices que más se utiliza en la evaluación de alternativas de inversión y en algunas oportunidades es coincidente con la tasa de rentabilidad del proyecto y puede llevar a confusiones.

En cuanto a las variables que intervienen en el cálculo de la TIR en un proyecto de Concesión, depende fundamentalmente de la clase de proyecto y la relación y definición precisa de parámetros y variables que **simularán el desempeño del proyecto en un modelo.”**

Pregunta 14:

“Con base en la respuesta anterior, establezca, de acuerdo con la teoría financiera, si es correcto o no utilizar la TIR como tasa de descuento cuando se utiliza solo una de las variables establecidas en el punto

²⁴⁴ Página 129 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

²⁴⁵ Fl. 717 rev del Cuaderno Principal No. 5

²⁴⁶ Página 105 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

²⁴⁷ Página 130 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

anterior y no la totalidad de ellas, es decir cuando se toma en cuenta el análisis de solo una variable de las que **impactan el cálculo de la misma.**"

La respuesta de la perita fue²⁴⁸

"Si se parte de la base que un modelo representa o reproduce simbólicamente una situación o un proyecto; para que este se acerque más a la realidad debe contar con variables previas y acertadamente definidas; el conjunto es el que permite obtener resultados apropiados para la toma de decisiones.

Si un modelo financiero está compuesto por un conjunto de: parámetros, constantes, variables; para analizar se puede variar o suprimir alguna de ellas; pero en caso extremo llevaría a rediseñarlo.

Debe tenerse en cuenta que fundamentalmente la TIR es un índice utilizado en la evaluación de alternativas **de Inversión."**

Pregunta 15:

"Sírvasse determinar cuál era la rentabilidad mínima esperada para proyectos de Concesión similares²⁴⁹ a los de este proceso, con el fin de comparar con la TIR presentada en los considerandos de los contratos adicionales No. 6, No. 8, No. 13 y su correspondiente Otrosí No.2."

La perita respondió a este interrogante así²⁵⁰:

"Para concesiones viales de primera generación, se observa: TIR proyecto entre el 13% y el 17 %

Fuente: LA PRIMERA GENERACIÓN DE CONCESIONES VIALES EN COLOMBIA - DANIEL EDUARDO ALVAREZ / PILAR CELY ANDRADE / Ing. ANA LUISA FLECHAS."

Frente a lo anterior, el apoderado de la convocante manifestó²⁵¹:

"Se sirva aclarar la respuesta a la pregunta No 15 que aparece en la página 132, en el sentido de precisar si la rentabilidad mínima esperada para proyectos de concesión de segunda generación, son iguales a las de primera y tercera generación."

La perita respondió a esta solicitud así²⁵²:

"Para la pregunta No 15 que aparece en la página 132 del dictamen pericial, que indagaba: "Sírvasse determinar cuál era la rentabilidad mínima esperada para proyectos de Concesión similares²⁵³ a los de este proceso, con el fin de compararlas con la TIR presentada en los considerandos de los contratos adicionales No. 6, No. 8 No. 13 y su correspondiente Otrosí No.2.", se complementa la respuesta indicando que todos los proyectos de concesión vial sin tomar en cuenta la generación a la cual pertenezcan son diferentes y en consecuencia también su rentabilidad mínima."

La pregunta 16

"Sírvasse a determinar ¿si la ANI lleva una contabilidad en los términos de la ley vigente?"

Esta pregunta fue excluida del cuestionario a resolver por la perita, por las razones expuestas en la parte resolutive del auto del 27 de mayo de 2016²⁵⁴.

Pregunta 17:

"Sírvasse dictaminar ¿si la ANI tiene registrada en su contabilidad los perjuicios que se reclaman en este proceso de conformidad con la estimación juramentada de la cuantía de las pretensiones?"

Esta pregunta fue contestada por la perita así²⁵⁵:

"En la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–, se contó con la reproducción del comprobante de contabilidad No. SIIF 1024, respaldo de los registros contables por el valor de las pretensiones que se reclaman en el proceso que ocupa a este Tribunal Arbitral, por valor total de trescientos veinticinco mil setecientos cuarenta y cuatro millones de pesos = \$325.744 '000.000=, el cual se adjunta en los anexos de este informe."

Pregunta 18:

"De conformidad con la respuesta a su punto anterior, sírvase dictaminar bajo qué conceptos la ANI realizo los registros de dichos perjuicios en su contabilidad."

La respuesta dada por la perita fue²⁵⁶:

"El comprobante No. SIIF 1024, de la contabilidad de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI–, respaldo de los registros contables por el valor de las pretensiones que se reclaman en el proceso que ocupa a este Tribunal Arbitral, por valor \$325.744 '000.000,00 y conceptos y valores del informe citado en el documento anterior, elaborado y presentado por la empresa ERNST & YOUNG, por un valor total de trescientos veinticinco mil setecientos cuarenta y cuatro millones de pesos = \$325.744 '000.000=, se extracta, así:

		Valores en Millones de Pesos
Obras Sector No. 1	EY	
VP Programación de Obra Inicial	100.334	
VP Programación de Obra Real	68.427	
Diferencia VPN \$ diciembre 1997	31.907	
VPN (abril/2014)	263.301	263.301

Página 11
de 22

²⁴⁸ Página 131 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

²⁴⁹ Por proyectos similares, se entienden las concesiones viales de primera y tercera generación.

²⁵⁰ Página 132 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016

²⁵¹ Fl 717 rev del Cuaderno Principal No. 5

²⁵² Página 106 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016

²⁵³ Por proyectos similares, se entienden las concesiones viales de primera y tercera generación.

²⁵⁴ Fl. 798 del Cuaderno Principal No. 4

²⁵⁵ Página 134 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016

²⁵⁶ Página 135 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Obras Sector No. 2	EY
VP Programación de Obra Inicial	35.312
VP Programación de Obra Real	32.809
Diferencia VPN \$ diciembre 1997	2.504
VPN (abril/2014)	20.660

20.660

Página 12
de 22

Obras Sector No. 3	EY
VP Programación de Obra Inicial	40.851
VP Programación de Obra Real	35.787
Diferencia VPN \$ diciembre 1997	5.063
VPN (abril/2014)	41.783

41.783

Página 12
de 22

Texto referido como:

"Dinero de lo que el concesionario debería a la ANI por el desplazamiento de cronograma de inversiones." 325.744 Millones \$abril 2014

Al igual que la apoderada de Carlos Alberto Solarte Solarte y Luis Fernando Solarte Marcillo formuló preguntas en la contestación a la reforma de la demanda; los apoderados de Nelly Daza de Solarte y María Victoria Solarte Daza, también formularon preguntas que debían ser absueltas por un perito contable financiero²⁵⁷.

Las preguntas formuladas por los apoderados en mención y las respuestas de la perita se desarrollan a continuación.

Pregunta 1:

"Por favor dictamine quiénes participaron y tomaron las decisiones que originaron los modelos financieros del Contrato 5 de 1999, y de los Contratos Adicionales y Otrosies a los que se refiere la demanda y la reforma de la demanda de la ANI."

La respuesta de la perita en el dictamen del 26 de septiembre de 2016 fue²⁵⁸:

"En los documentos tenidos a disposición no se evidencia quienes participaron y tomaron decisiones que originaron los modelos financieros relacionados con la contratación en mención."

Frente al dicho de la perita el apoderado de la convocante formuló la siguiente solicitud²⁵⁹

"Se sirva aclarar las respuestas a las preguntas Nos 1 y 2 del cuestionario que le fuera propuesto por Nelly Daza de Solarte y María Victoria Solarte daza, en el sentido de indicar cuáles fueron los documentos que tuvieron a disposición, para efectos de responder lo indagado."

La solicitud anterior fue respondida así²⁶⁰:

"Para las preguntas Nos 1 y 2 que aparece en las páginas 136 y 137 del dictamen pericial, que indagaban: "Por favor dictamine quiénes participaron y tomaron las decisiones que originaron los modelos financieros del Contrato 5 de 1999, y de los Contratos Adicionales y Otrosies a los que se refiere la demanda y la reforma de la demanda de la ANI.", y "Por favor indique si las señoras NELLY DAZA DE SOLARTE y MARÍA VICTORIA SOLARTE DAZA tuvieron alguna injerencia o participación en las operaciones que dieron lugar a los modelos financieros del Contrato 5 de 1999, y de los Contratos Adicionales y Otrosies a los cuales se refiere la demanda y la reforma de la demanda de a ANI.", se complementa la respuesta indicando los documentos tenidos a disposición -entre otros- Actas de Junta del Fideicomiso y Actas del Comité del Fideicomiso y se recuerda que el Contrato No. 005 de 1999 – correspondiente a Contratos de Concesión Vial de Segunda Generación – no cuenta con modelo financiero."

El Procurador Delegado para este trámite arbitral formuló la siguiente solicitud frente a la respuesta dada por la perita²⁶¹:

"En las preguntas que se señalan a continuación la perita manifiesta la imposibilidad de responder las solicitudes de las partes, en virtud de que no encontró la información necesaria para concretar las mismas, al respecto esta Agencia del Ministerio Público solicita como primera medida que se aclare las razones de dicha afirmación, esto es si se trata de información que no fue exhibida por las partes, o si dicha información es inexistente en el caso del contrato de concesión 005 de 1999:

Pregunta	Quien la hizo	RTA	Página
1	Parte convocada-cuestionario presentado en la diligencia de la posesión del a perito-preguntas formuladas en la contestación de la reforma de la demanda	"En los documentos tenidos a disposición no se evidencia quienes participaron y tomaron decisiones que originaron modelos financieros relacionados"	136

²⁵⁷ Fls. 77 y 155 del Cuaderno Principal No. 4

²⁵⁸ Página 136 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

²⁵⁹ Fl. 717 rev del Cuaderno Principal No. 5

²⁶⁰ Página 107 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016

²⁶¹ Fl. 720 del Cuaderno Principal No. 5

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

	– Nelly Daza de Solarte y María Victoria Solarte		
--	---	--	--

“En caso de que la aclaración solicitada en el numeral anterior corresponda a que dicha información es inexistente, que se complemente el dictamen en el sentido de indicar sí dicha inexistencia corresponde a que las partes no realizaron los documentos correspondientes, o a que los mismos no eran necesarios en el caso del contrato 005 de 1999.”

La perita respondió a dicha solicitud así²⁶²:

“Pregunta No.1, página 136 del dictamen pericial, que indagaba: “Por favor dictamine quiénes participaron y tomaron las decisiones que originaron los modelos financieros del Contrato 5 de 1999, y de los Contratos Adicionales y Otrosías a los que se refiere la demanda y la reforma de la demanda de la ANI.”, señalando que la respuesta corresponde a lo encontrado, producto de la exhibición e inspección de los documentos en las oficinas de la UNION TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA (UTDVVCC), así: “En los documentos tenidos a disposición no se evidencia quienes participaron y tomaron decisiones que originaron los modelos financieros relacionados con la contratación en mención.”

Las concesiones viales de 2da. Generación no contaban con la exigencia de presentar modelo financiero; **sin calificar si la inexistencia proviene de alguna “acción u omisión” de las partes en discordia.”**

Pregunta 2:

“Por favor indique si las señores Nelly Daza de Solarte y María Victoria Solarte Daza tuvieron alguna injerencia o participación en las operaciones que dieron lugar a los modelos financieros del Contrato 5 de 1999, y de los Contratos Adicionales y Otrosías a los cuales se refiere la demanda y la reforma de la demanda de la ANI.”

La respuesta de la perita en el dictamen el 26 de septiembre de 2016 fue²⁶³:

“En los documentos tenidos a disposición no se evidencia si las señoras NELLY DAZA de SOLARTE y MARÍA VICTORIA SOLARTE DAZA tuvieron alguna injerencia o participación en las operaciones que dieron lugar a los modelos financieros de la contratación en mención.”

Las solicitudes de aclaración formuladas por el Procurador Delegado y el apoderado de la ANI, para esta pregunta, están contenidas en las solicitudes de la pregunta anterior, las cuales ya fueron transcritas.

Adicionalmente, revisadas una a una las respuestas a las preguntas formuladas en la audiencia la perita señala. **“Si usted me hubiera preguntado eso,...” Si la pregunta hubiere dicho eso” Usted no me preguntó eso” la hubiera podido contestar pero usted no me preguntó eso.**

En consecuencia, el Tribunal no puede desconocer que las pruebas periciales fueron solicitadas por las partes y que en desarrollo del señalado principio de la carga de la prueba, es al solicitante de la misma a quien le corresponde formular las preguntas encaminadas a probar los hechos en que sustenta sus pretensiones, con el objeto de formar el criterio del juez en punto de temas técnicos específicos que escapan a su conocimiento pero para los cuales precisamente tiene valor esa prueba.

En ese sentido, precisa señalar que la propia ley ha establecido las oportunidades procesales en las cuales cada parte tiene la posibilidad de formular las preguntas que debe contestar el experto, hasta la fecha de su posesión y que es a esas preguntas a las que se contrae el dictamen, precisamente en procura de garantizar el derecho a la contradicción de la prueba por la parte contra quien se aduce el dictamen.

Así las cosas, entiende el Tribunal que a la perita no le es dable interpretar las preguntas separarse de sus precisos términos ni hacer asunciones o extensiones a preguntas que no le han sido formuladas o

²⁶² Página 12 del Escrito de aclaraciones y complementaciones del 10 de octubre de 2016.

²⁶³ Página 137 del Dictamen Pericial del 26 de septiembre de 2016.

interpretar lo que la parte quiso preguntarle y que no aparece en el texto de su cuestionario. Tampoco encuentra pertinentes el Tribunal las peticiones de adicionar el dictamen a puntos que no fueron objeto de la solicitud inicial o de formular preguntas en la audiencia de contradicción encaminadas a obtener respuestas que fueron formuladas en forma diferente.

No puede perderse de vista que al Tribunal le corresponde valorar la prueba conforme a los términos en que fue solicitada y decretada con el fin de garantizar a las partes en igualdad de condiciones el ejercicio legítimo de su derecho a controvertir la prueba, en el marco y dentro del alcance en que fueron solicitadas.

Por las anteriores razones, el Tribunal a continuación ha señalado una a una las preguntas que fueron objeto de manifestación de la parte Convocante y la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, para señalar las razones por las cuales en su concepto y dentro de una valoración objetiva del análisis de la pregunta frente a la respuesta, considera que la perita si atendió a la solicitud inicial y a la solicitud de aclaraciones y complementaciones y que en ese sentido concluir que no existe razón alguna para desconocer la prueba.

4.3.5. La valoración de los dictámenes.

Para la valoración del dictamen el Tribunal se ha remitido a la norma general del artículo 232 del Código General del Proceso ha establecido:

"El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso"

Con base en dicha norma y en los señalamientos de la Corte Constitucional sobre la naturaleza de la prueba pericial, el Tribunal ha realizado tanto respecto de los dictámenes de parte como del practicado por la perita designada por el Tribunal y su contradicción, un examen minucioso de los tres elementos conjuntos que surgen del artículo citado: la idoneidad de cada perito, la metodología utilizada y la claridad de las conclusiones respecto de cada uno de los documentos y estudios presentados con el fin de ser tenidos como dictamen de parte para respaldar las pretensiones y las excepciones respectivamente así como del rendido por ANA MATILDE CEPEDA MANCILLA.

Tal y como se señaló respecto de cada documento, las conclusiones están basadas en un análisis objetivo del cumplimiento de los requisitos

formales frente a los exigidos por la ley vigente al tiempo en que fueron presentados o solicitados como prueba.

En el mismo sentido, ha analizado la experiencia, independencia y especialidad de cada uno de los profesionales, su idoneidad, trayectoria y su resultado, así como las manifestaciones de cada una de las partes en relación con la naturaleza y conclusiones de cada estudio.

Por lo anterior, el Tribunal le dará a cada uno el valor conforme a su ponderación objetiva del cumplimiento de los requisitos formales y el grado de certeza o convicción que le arrojen sus resultados.

En ese sentido y sin desconocer la importancia de los dictámenes de parte ni las condiciones de los profesionales que los suscriben, el análisis del Tribunal para decidir de fondo sobre el asunto se sustentará en el análisis conjunto del dictamen presentado y rendido por la perito financiera; en aquellos puntos respecto de los cuales requiera complementación o información adicional para formarse un criterio definitivo, consultará los dictámenes de las partes, en consideración a las falencias y defectos que observó respecto de los que fueron acompañados, los cuales en concepto del Tribunal no son ninguno de ellos suficiente para acoger sus conclusiones íntegramente. La labor del juez de valorar la prueba en su conjunto obliga al Tribunal a tomar aquellos aspectos de los dictámenes que le otorgan mayor grado de certidumbre en conjunto con los demás elementos de pruebas que fueron recaudados.

Respecto de la perita ANA MATILDE CEPEDA designada por el Tribunal, su idoneidad y hoja de vida, así como la ausencia de hechos constitutivos de impedimento o relación con las partes que pusieran en duda su imparcialidad e idoneidad, fueron objeto tanto del dicho del perito como de la manifestación expresa de las partes en cuanto a su independencia y experiencia, en la misma fecha en que fue designada.

4.3.6. Conclusión sobre si los dictámenes presentados por la ANI versan sobre el mismo punto.

No obstante las consideraciones expuestas anteriormente respecto del alcance de los estudios presentados por la Convocante y de la valoración que el Tribunal les dará al momento de apreciarlos como dictámenes, corresponde resolver las manifestaciones de algunas de las Convocadas en sus escritos presentados en la audiencia celebrada el 28 de enero de 2016 y el sentido de decidir, como lo señaló en el auto en el cual decretó las pruebas, si los dos documentos presentados por la ANI como dictámenes financieros son sobre un mismo punto y en consecuencia infringen el artículo 226 del C. G del P.

En términos generales puede señalarse que el alcance del dictamen dentro del proceso se contrae a probar los hechos que fundamentan las pretensiones de la parte que lo invoca como prueba. En el caso presente, se precisa que inicialmente se presentó la reforma de la demanda, a la cual se acompañó un estudio de Ernst & Young y con posterioridad, la demanda se reformó y dentro de la oportunidad procesal, se solicitó el plazo para acompañar un nuevo estudio para respaldar las pretensiones.

Así las cosas, el estudio presentado por Ernst & Young se denomina **“Análisis Concesión Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca (MVCC) Contrato de Concesión 005 de 2000 (sic)”** se refiere exclusivamente a los hechos 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 23, 25, y 28, y a las pretensiones 1, 2, 3, y 4 contenidos en la demanda arbitral presentada el 7 de marzo de 2014 y a soportar además, el juramento estimatorio inicial contenido en el escrito de subsanación de la demanda.

La parte Convocante en el escrito de reforma integral de la demanda **sostiene “que se tenga como prueba el dictamen pericial consistente en el estudio elaborado por la firma Ernst & Young sobre la valorización del modelo económico del contrato adicional No. 13 objeto de la demanda y de su adicional No. 2, acompañado con la demanda original, en el que se establece la tasa de renta, el impuesto de timbre, las amortizaciones y las depreciaciones que deben aplicarse al modelo financiero, y en el que además se desarrolla un modelo financiero para el contrato de concesión 005 de 1999, en el que se recogen las variables adecuadas tributariamente que deberían estar incluidos en el modelo para establecer el monto del nuevo ingreso esperado del contrato, y se define el impacto económico adverso para la ANI como consecuencia del desplazamiento del cronograma de obras e inversiones que ha debido realizar el concesionario dentro de la ejecución de la etapa de **Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación de los trayectos 1 al 6”** y en el escrito en el cual descurre el traslado de las excepciones expresamente reitera que ese documento se tenga como dictamen de parte.**

El documento presentado por la misma parte Convocante dentro del plazo para descurre el traslado de las excepciones elaborado por SAC **CONSULTING SAS se denomina “Dictamen pericial del proceso arbitral de la Agencia Nacional de Infraestructura contra la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, conformada por la sociedad PAVCOL S.A.S y los señores Carlos Alberto Solarte Solarte, Gabriel David Solarte Viveros, Luis Fernando Solarte Viveros y Diego Alejandro Solarte Viveros, Nelly Daza de Solarte, María Victoria Solarte Daza y Luis Fernando Solarte Marcillo “y se refiere en sus conclusiones a los hechos y pretensiones que fueron incluidas en la reforma integrada de la demanda, específicamente a los numerales 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, y 10.**

Si bien efectivamente en uno y otro caso, el ámbito general dentro del cual se desarrolla el proceso es la definición del alegado desequilibrio económico del contrato y los desplazamientos de la inversión en forma particular esta pretensión se concreta en tres aspectos centrales: el otrosí No. 13, el adicional no 2 al otro si no, 13 y los adicionales 6 y 8.

Para efectos de claridad, el Tribunal compara a continuación los dos estudios presentados por la ANI

<p>Ernst & Young</p> <p>"Ejercicio Adicional 13 Completo – Ingreso Esperado Actual</p> <p>Corrección Impuesto de Renta. Corrección y ajuste de los desplazamientos del cronograma de inversiones</p> <p>Corrección mantenimiento periódico MC – Loboquerrero Inclusión de depreciaciones por métodos de línea recta. Estas modificaciones generan un cambio en la TIR del proyecto pasando de 12,5% a 12,99% en términos nominales anuales.</p> <p>Para la cuantificación del valor que el concesionario debería a la ANI por el desplazamiento del cronograma de inversiones, se utilizó la TIR nominar resultante de los cambios mencionados, para traer a valor presente dicho valor y actualizarlo a pesos corrientes de abril de 2014. El resultado total a pesos corrientes de abril de 2014 es (Millones)</p> <table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <thead> <tr> <th style="text-align: left;">ANI</th> <th style="text-align: left;">EY</th> <th style="text-align: left;">Impacto en Dinero</th> <th style="text-align: right;">\$25.611</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td style="text-align: left;">\$168.419</td> <td style="text-align: left;">\$325.744</td> <td></td> <td></td> </tr> </tbody> </table>	ANI	EY	Impacto en Dinero	\$25.611	\$168.419	\$325.744			<p>SAC Consulting S.A.S.</p> <p>"Sobre los desplazamientos de las inversiones</p> <p>Con base en los análisis efectuados en cada uno de los distintos tramos que fueron objeto de nuestro examen pericial, podemos concluir que existió un desplazamiento financiero en el cual el CONCESIONARIO se vio beneficiado al aumentar su rentabilidad a través de obtener una ventaja económica por el retraso en los aportes de capital necesarios para cumplir con los cronogramas de inversión que fueron estipulados en el contrato de concesión No. 005/1999, adicionales 6 y 8 al contrato, modelo adicional No. 13 al contrato de concesión No. 005/1999 y del modelo del Otrosí No. 2 al adicional No. 13 al Contrato de concesión No. 005/1999; los cuales se relacionan y cuantifican a continuación:</p> <p>Analizados y cotejadas los supuestos de los cronogramas de las inversiones del contrato básico en los Tramos 1, 2, 3, 4, 5, y 6, podemos concluir que el desplazamiento financiero que se generó en los tramos anteriormente mencionados asciende a la suma de \$529.418 millones de pesos constantes de enero de 2016.</p> <p>De igual manera al realizar los análisis de los supuestos y cotejados los desplazamientos del cronograma de inversiones del adicional 6 en los Tramos 2, 3, 4 y 6 hemos obtenido la cuantificación en dinero de cada uno de los Tramos en los desplazamientos de las obras, objeto de este experticio en los cuales el valor total asciende a la suma de \$11.324 millones de pesos constantes de enero de 2016.</p> <p>Realizado el análisis y el examen anterior correspondiente al cálculo de los desplazamientos del cronograma de inversiones hemos obtenido la cuantificación en dinero de los desplazamientos de las obras del Contrato Adicional No. 13 MEDIACANOA – LOBOGUERRERO, la cual asciende a \$227.255 millones de pesos constantes de enero de 2016.</p> <p>En conclusión el CONCESIONARIO por el desplazamiento del cronograma de las obra en el TRAMO 7 del Otrosí No. 2 obtuvo un beneficio financiero por los ingresos que continua percibiendo por el recaudo de los peajes, el cual a pesos constantes de enero de 2016 ascendía a la suma de \$2.030 Millones.</p>
ANI	EY	Impacto en Dinero	\$25.611						
\$168.419	\$325.744								

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

	De lo anterior podemos colegir que el desplazamiento calculado teniendo en cuenta los supuestos descritos durante la proyección del informe pericial, nos lleva a una cifra total de \$770.027 Millones de pesos constantes de enero de 2016.						
<p>Análisis impacto Impuesto de Renta</p> <p>Una vez actualizados los ejercicios de acuerdo con nuestros comentarios anteriores, hemos evaluado el impacto que tendría sobre la concesión en términos de TIR y dinero el solo hecho de modificar la tasa de impuesto de renta del 38,5% al 35%.</p> <p>Ejercicio Adicional 13 Completo – Ingreso Esperado Actual</p> <table border="0" style="width: 100%;"> <tr> <td style="width: 50%;">Impuesto de Renta</td> <td style="width: 50%;">TIR anual nominal</td> </tr> <tr> <td>38,5%</td> <td>12,66%</td> </tr> <tr> <td>35%</td> <td>12,99%</td> </tr> </table>	Impuesto de Renta	TIR anual nominal	38,5%	12,66%	35%	12,99%	<p>Con relación al impuesto de renta:</p> <p>Con relación al impuesto de renta es claro que en el año 1999, fecha en la cual se suscribe el adicional No. 13 del contrato de Concesión 005, la tarifa del impuesto de renta se situaba en el 35%, de acuerdo con el artículo 99 de la Ley 223 de 1995, la cual modificó los artículos 240, 245 y del Estatuto Tributario, Y que de acuerdo con lo establecido en la Ley 863, se estableció para los años gravables 2004, 2005 y 2006 el pago de una sobretasa del 10% de dicha tarifa; es decir quedando para esos años la tarifa total en un 38,5%.</p> <p>No obstante lo anterior, a partir del año 2007, ya dicha sobretasa no es aplicable y adicionalmente, se debe tener en cuenta que la tarifa del impuesto de Renta disminuyó de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 de la Ley 1111 de 2006 para el año 2007 al 34% y para los años 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012 a una tarifa del 33% y de acuerdo con lo establecido en el artículo 94 de la Ley 1607 de 2012, disminuyó a una tarifa del 25% para los años 2013, 2014 y 2015 en adelante.</p> <p>Sin embargo el Concesionario proyecta en el flujo de Caja, el impuesto teniendo en cuenta la tarifa del 38,5%, afectando con ello los intereses económicos de la ANI.</p> <p>Como consecuencia de haber incluido en el Contrato adicional No. 13 y su otrosí No. 2 tarifas de impuestos por encima de las establecidas legalmente, se produce lesión en contra del INCO hoy ANI, por haber incluido tarifas de impuestos de renta mayor al que efectivamente debía liquidar y cancelar el concesionario.</p> <p>Con lo anterior la ANI le tocaba remunerar la suma de \$3.791.110 MM de diciembre de 1997, pero como la diferencia de tarifa en el impuesto de renta debió remunerar la suma de 4.881.679 MM.</p>
Impuesto de Renta	TIR anual nominal						
38,5%	12,66%						
35%	12,99%						
<p>Ejercicio Modelo Otrosí No. 2 Con Ingreso Esperado</p> <p>Corrección Impuesto de Renta</p> <p>Corrección y ajuste de los desplazamientos del cronograma de inversiones.</p> <p>Estas modificaciones generan un cambio en la TIR del proyecto, pasando de 12,98% a 20,58% en términos nominales anuales.</p> <p>Para la cuantificación del valor que el concesionario le debería a la ANI por el desplazamiento del cronograma de inversiones se utilizó la TIR nominal resultante de los cambios mencionados para traer a valor presente dicho valor actualizarlo a pesos corrientes de abril de 2014.</p>	<p>Con relación a las amortizaciones y depreciaciones:</p> <p>Con relación a la no aplicación de las Amortizaciones y Depreciaciones tanto en el contrato adicional No. 13, el concesionario no excluyó de las bases impositivas los gastos generados por las depreciaciones y amortizaciones en los activos fijos e inversiones en propiedades ajenas respectivamente, produciendo con ello un beneficio económico en la suma de \$921.691 Millones de Pesos a diciembre de 1997 en desmedro de los intereses de la ANI.</p> <p>Sobre de la deducción de activos fijos:</p>						

El resultado total a pesos corrientes de abril de 2014 es (Millones)”	Con relación a la deducción por Inversión de Activos Fijos Productivos, se observa que el concesionario no tuvo en cuenta dentro del flujo de caja del Otrosí No. 2, los valores a deducir equivalentes al 40% para los años 2008 y 2009; y 30% para el año 2010 del valor de los activos adquiridos para tal fin, beneficio que otorgo la ley 1111 de 2006. Sobre el impuesto de timbre: Con relación al impuesto de timbre, se observa que el concesionario liquidó con posterioridad al 2010, impuesto de timbre el cual a partir de dicho año no se generaba valor alguno por disposición legal. Con la situación planteada el concesionario generó mayores valor a los efectivamente a lugar en detrimento de los intereses del Instituto Nación de Vías (INCO) hoy Agencia Nacional de Infraestructura (ANI)				
<table border="1"><thead><tr><th>ANI</th><th>EY</th></tr></thead><tbody><tr><td>\$1.390</td><td>\$14.560</td></tr></tbody></table>	ANI	EY	\$1.390	\$14.560	
ANI	EY				
\$1.390	\$14.560				

El primer aspecto a considerar y reiterar es que para el Tribunal arbitral el documento de Ernst & Young no puede estrictamente considerarse ni será valorado como dictamen por los motivos indicados anteriormente.

En ese sentido resulta claro que el Tribunal no valorará dos dictámenes sobre el mismo punto de derecho y que con las manifestaciones que ya hizo anteriormente en cuanto al documento de SAC Consulting S.A.S., considera que de los dos documentos presentados por la Convocante solamente éste podría reunir las condiciones para ser considerado como dictamen.

Ahora bien, como el primer documento se limitaba a revisar aspectos contemplados en la demanda inicial y posteriormente se incluyeron nuevas pretensiones, el Tribunal ha valorado con mayor ponderación el último presentado por considerar que es más pertinente a la prueba de las pretensiones de la reforma integrada de la demanda y en cuanto resultan en el mismo cuantificaciones precisas para cada una de pretensiones.

4.4. Declaraciones de Terceros – Testimonios.

Las partes solicitaron la citación de terceros para que comparecieran a rendir su testimonio así:

- Agencia Nacional de Infraestructura –ANI. En la reforma integrada a la demanda

"Que declaren sobre los derechos relacionados con las causas de desequilibrio económico del contrato de concesión No.005 de 1999, su adicional No. 13 y el otrosí No. 2. sus adicionales 6 y 8, la forma de

restablecerlo, y en general para que declaren sobre lo que en cada caso particular se menciona respecto de cada declarante, y además para que depongan sobre los hechos que conozcan, bien porque les conste o porque los han oído decir, que se relacionen directa o indirectamente con los hechos de la demanda y las eventuales excepciones de mérito que lleguen a plantearse, solicito que mediante telegrama se cite a declarar en condición de terceros las siguientes personas:

- 1. Hernando Mereb Rodríguez Arana, exgerente financiero de la Vicepresidencia Ejecutiva de la Agencia Nacional de Infraestructura, quien además del objeto sucinto de la prueba testimonial descrito antes, declarará sobre los pormenores de la suscripción y ejecución del contrato de concesión y sus modificatorios, y la incidencia de ellos en el modelo financiero del contrato. El testigo puede ser citado a la siguiente dirección: Calle 98 No. 19A-45 apto. 704 - celular 3166940594, correo electrónico hernadomereb@hotmail.com*
 - 2. Alexandra Lozano Vergara, Gerente de Gestión Contractual 2 de la Agencia Nacional de Infraestructura, quien además del objeto sucinto de la prueba testimonial descrito antes, depondrá sobre los hechos denunciados ante los organismos de control y la Fiscalía General de la Nación. La testigo puede ser citada a la siguiente dirección Calle 26 No. 59-51, edificio T4, Torre B, piso 2 de esta ciudad.*
 - 3. Camilo Mendoza Roza, Vicepresidente de Planeación Riesgo y Entorno, antes Vicepresidente de Gestión Contractual de la Agencia Nacional de Infraestructura quien además del objeto sucinto de la pruebas testimonial descrito antes declarará sobre los pormenores de la suscripción y ejecución del contrato de concesión y las afectaciones que el modelo financiero del contrato reportan al patrimonio público. El testigo puede ser citado a la siguiente dirección Calle 26 No. 59-51, edificio T4, Torre B, piso 2 de esta ciudad.*
- Carlos Alberto Solarte Solarte - Integrante de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca

"Solicita citar como testigo al señor Juan Carlos Valenzuela, asesor ambiental del contrato de concesión No. 005 de 1999, para que relate las

circunstancias de hecho y de derecho que han acaecido con relación al trámite de las licencias ambientales del proyecto de concesión y en particular aquellas relacionadas con el adicional No. 13 del contrato, situaciones que han afectado el cronograma de ejecución de obras del contrato.

El testigo podrá ser citado en el correo electrónico gerencia@asesoriasvalenzuelam.com y en el teléfono 3102271117.”

- María Victoria Solarte Daza.

"Con fundamento en los artículos 208 y siguientes del Código General del Proceso, solicito que se ordene la recepción del testimonio de la Dra. Evamaría Uribe Tobón identificada con la cédula de ciudadanía No. 22.418.400 de Barranquilla, vecina y residente de Bogotá (calle 90 #19A -49, Edificio Bambú; teléfono 5305705), para que informe al Tribunal lo que le conste acerca de los hechos a los que se refiere la reforma de la demanda y su contestación.

La doctora Uribe Tobón, pese a ser delegada de la Srta. María Victoria Solarte Daza o de la Sra. Nelly Daza de Solarte en los órganos directivos de la UTE y de la Junta del Fideicomiso o del Comité fiduciario constituidos con ocasión del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración de Recursos y Garantía No. 3-4-405, celebrado 30 de agosto de 2002, no recibió allí la colaboración necesaria para participar en las decisiones que son competencia de tales órganos, ni para recibir información adecuada sobre ellos.

En particular, pide el testimonio para que la Dra. Uribe Tobón informe sobre la frecuencia con la que fue invitada a reuniones de integrantes de la UTE como delegada de la Srta. María Victoria Solarte Daza, o de la Sra. Nelly Daza de Solarte; en qué capacidad se le permitió actuar, si se le reconoció derecho a voz y voto; y si en tales reuniones se discutieron, y en qué términos, las eventuales modificaciones al modelo económico del Contrato 5 de 1999, y sus Contratos adicionales y Otrosíes, y otros aspectos relacionados con la ejecución de dicho Contrato; y qué sabe acerca de otras reuniones de integrantes de la UTE. Debe informar también si sabe si a tales reuniones se invitó para que asistieran, directamente o por medio de

apoderados, a las mencionadas señoras Solarte Daza y Daza de Solarte.

De la misma manera, solicitó que la testigo Uribe Tobón informe sobre la frecuencia con la que se la invitó como delegada de la Srta. María Victoria Solarte Daza o de la Sra. Nelly Daza de Solarte, a reuniones de la Junta del Fideicomiso o del Comité Fiduciario, creados por virtud del contrato de Fiducia Mercantil de Administración de Recursos y Garantía No. 3-4-405, celebrado entre la UTE y la Fiduciaria de Occidente S.A. el 30 de agosto de 2002; en qué capacidad se le permitió actuar, y si se le reconoció derecho a voz y voto; y si en tales reuniones se discutieron, y en qué términos, las eventuales modificaciones al modelo económico del Contrato 5 de 1999 y otros aspectos relacionados con su ejecución; y qué sabe acerca de otras reuniones de integrantes de la Junta Fiduciaria o del Comité Fiduciario. Debe informar también si sabe si a tales reuniones se invitó para que asistieran, directamente o por medio de apoderados, a las mencionadas señoras Solarte Daza y Daza de Solarte.”

- Nelly Daza de Solarte.

“Con fundamento en los artículos 208 y siguientes del Código General del Proceso, solicito que se ordene la recepción del testimonio de la Dra. Evamaría Uribe Tobón identificada con la cédula de ciudadanía No. 22.418.400 de Barranquilla, vecina y residente de Bogotá (calle 90 #19A -49, Edificio Bambú; teléfono 5305705), para que informe al Tribunal lo que le conste acerca de los hechos a los que se refiere la reforma de la demanda y su contestación.

La doctora Uribe Tobón, pese a ser delegada de la Srta. María Victoria Solarte Daza o de la Sra. Nelly Daza de Solarte en los órganos directivos de la UTE y de la Junta del Fideicomiso o del Comité fiduciario constituidos con ocasión del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración de Recursos y Garantía No. 3-4-405, celebrado 30 de agosto de 2002, no recibió allí la colaboración necesaria para participar en las decisiones que son competencia de tales órganos, ni para recibir información adecuada sobre ellos.

En particular, pide el testimonio para que la Dra. Uribe Tobón informe sobre la frecuencia con la que fue

invitada a reuniones de integrantes de la UTE como delegada de la Srta. María Victoria Solarte Daza, o de la Sra. Nelly Daza de Solarte; en qué capacidad se le permitió actuar, si se le reconoció derecho a voz y voto; y si en tales reuniones se discutieron, y en qué términos, las eventuales modificaciones al modelo económico del Contrato 5 de 1999, y sus Contratos adicionales y Otrosíes, y otros aspectos relacionados con la ejecución de dicho Contrato; y qué sabe acerca de otras reuniones de integrantes de la UTE. Debe informar también si sabe si a tales reuniones se invitó para que asistieran, directamente o por medio de apoderados, a las mencionadas señoras Solarte Daza y Daza de Solarte.

De la misma manera, solicitó que la testigo Uribe Tobón informe sobre la frecuencia con la que se la invitó como delegada de la Srta. María Victoria Solarte Daza o de la Sra. Nelly Daza de Solarte, a reuniones de la Junta del Fideicomiso o del Comité Fiduciario, creados por virtud del contrato de Fiducia Mercantil de Administración de Recursos y Garantía No. 3-4-405, celebrado entre la UTE y la Fiduciaria de Occidente S.A. el 30 de agosto de 2002; en qué capacidad se le permitió actuar, y si se le reconoció derecho a voz y voto; y si en tales reuniones se discutieron, y en qué términos, las eventuales modificaciones al modelo económico del Contrato 5 de 1999 y otros aspectos relacionados con su ejecución; y qué sabe acerca de otras reuniones de integrantes de la Junta Fiduciaria o del Comité Fiduciario. Debe informar también si sabe si a tales reuniones se invitó para que asistieran, directamente o por medio de apoderados, a las mencionadas señoras Solarte Daza y Daza de Solarte.”

- Luis Fernando Solarte Marcillo.

“Solicita al Honorable Tribunal citar como testigo al presente proceso al señor Juan Carlos Valenzuela, asesor ambiental del contrato de Concesión No. 005 de 1999, para que relate las circunstancias de hecho y de derecho que han acaecido con relación al trámite de las licencias ambientales del proyecto de concesión y en particular aquellas relacionadas con el Adicional No. 13 del contrato, situaciones que han afectado al cronograma de ejecución de obras del contrato.”

- Pavimentos de Colombia S.A.S. y los Herederos Gabriel David Solarte Viveros, Luis Fernando Solarte Viveros y Diego Alejandro Solarte Viveros

"En los términos del Código General del Proceso y para que atestigüen sobre los hechos de la reforma de la demanda presentada por la ANI así como sobre las alegaciones y hechos aquí incorporados, solicita sean ordenados los siguientes testimonios:

1. *Sr. Antonio Esteban Sánchez Torres quien ocupara el cargo de representante legal de la Interventoría del contrato, Consorcio Intervalle y quien firmó el concepto técnico y financiero que requirió la entidad acerca de la propuesta presentada por el concesionario para el contrato adicional No. 13
Manifiesto bajo la gravedad de juramento que desconozco su lugar de residencia y que por tanto, nos encargaremos de su notificación en los términos establecidos en el estatuto procesal.*
2. *Sra. Sandra Mc Collins Garvin quien trabaja como asesora externa del INCO conceptuando sobre la viabilidad de adicionar el contrato de concesión para el caso del otrosí No. 13.
Manifiesto bajo la gravedad de juramento que desconozco su lugar de residencia y que por tanto, nos encargaremos de su notificación en los términos establecidos en el estatuto procesal.*
3. *Sr. Andrés Juyar quien trabajó como asesor de gerencia del INCO durante la fase precontractual del adicional No. 13.
Manifiesto bajo la gravedad de juramento que desconozco su lugar de residencia y que por tanto, nos encargaremos de su notificación en los términos establecidos en el estatuto procesal.*
4. *Sra. Patricia Cortes, quien trabaja como gerente de la Unión Temporal Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca durante parte de la ejecución del contrato adicional No. 13.
El testigo podrá ser notificado en la Calle 99 #9A -45 piso 7.*
5. *Sr. Carlos Alberto Solarte, en su calidad de Gerente General de una de las sociedades constructoras que ha ejecutado el Adicional No. 13.
El testigo podrá ser notificado en la Calle 99 #9A – 45 piso 7.*
6. *Sr. Héctor Ulloa quien participó en los estudios previos del contrato adicional No. 13 de Profesionales de Bolsa*

y elaboró el análisis financiero para el INCO/ANI y quien podrá ser notificado en la Calle 93B No. 12-18 piso 2, 4 y 5 de Bogotá.

7. *El ingeniero civil Ernesto Riascos, quien se desempeña en CSS Constructoras S.A.*

Este testigo podrá ser ubicado y notificado para su citatorio a testimoniar en la Autopista Norte, kilómetro 21, interior Olímpica, Chía, Cundinamarca.”

- Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca.

“Se solicita al Honorable Tribunal de Arbitramento, con el fin de garantizar el principio de economía procesal, se sirva a decretar los mismos testimonios solicitados por las apoderadas de Pavcol Colombia S.A.S y Luis Héctor Solarte (en sucesión), Doctora Ana María Ruan Perdomo, y la apoderada de Carlos Alberto Solarte Solarte, Doctora Patricia Mier Barros, en la contestación de la demanda inicial.”

4.4.1 Decreto, práctica y Normas aplicables.

Si bien algunos de los testimonios se solicitaron desde la demanda inicial y las normas del Código de Procedimiento Civil en cuanto al decreto y práctica de la prueba testimonial tienen algunas diferencias específicas por cuanto la nueva regulación resulta ser más estricta en algunos aspectos, el Tribunal decidió decretar todos los testimonios solicitados.

Sin embargo, comoquiera que todos los testimonios se decretaron y practicaron bajo la vigencia del Código General del Proceso el Tribunal aplicó íntegramente la ley 1564 de 2012 vigente en la materia.

En el curso del trámite, las diligencias de recepción de testimonios se adelantaron, previa citación de cada testigo, en presencia del panel arbitral, conforme a lo señalado en el Código General del Proceso, con la oportunidad de la parte solicitante de la prueba de preguntar y contra preguntar como lo prevé el artículo 221 del C G del P y con las garantías los derechos de defensa y contradicción, respectiva.

Las preguntas que en su momento fueron objetadas por alguna de las partes, luego de la deliberación y decisión del panel arbitral, fueron modificadas o reformuladas a instancias del Tribunal o retiradas por la propia parte.

Conforme a las fechas señaladas en el auto de pruebas y tras aceptar en algunos casos las excusas presentadas por algunos de los testigos, la práctica de las diligencias se llevaron a cabo tal como se mencionó anteriormente.

4.4.2. Tacha de testigos Valoración y procedencia.

Al concluir la diligencia de testimonio de la señora Patricia Cortes, la parte Convocante en aplicación de lo dispuesto por el artículo 211 del Código General del Proceso presentó tacha de esta testigo con base en los siguientes argumentos:

"(...) la testigo no es imparcial, o puede ser imparcial, ella lleva 16 años trabajando en el Unión Temporal, ha manifestado inclusive que salvo, cuando ella llegó en diciembre de 1999 de ahí en adelante ha estado en permanentemente en la ejecución de este contrato, ha participado de todas las decisiones.

Ella en realidad de verdad tiene un conocimiento parcializado y de su exposición ello quedó rastro, fue permanentemente diciervo (sic) que la ANI había incumplido, por ejemplo lo dijo en varias oportunidades, que había incumplido el contrato, que le había impedido la ejecución del contrato, llegó a decir por ejemplo que el tema predial es un tema de medio y no de resultado, ella aventurando allí conceptos jurídicos sobre ese tema y es evidente que toda su disertación está hecha es en función, no de contar una realidad sino de sustentar una cauda, su imparcialidad es ninguna, su parcialidad es absoluta, ella depende en todos los sentidos de las personas que integran la Unión temporal y obviamente así además lo ha reconocido.

De manera que como la tacha es una advertencia para que el Tribunal. La tenga al final, yo lo hago en este momento porque realmente nunca acostumbro hacerlo, pero lo he hecho en esta ocasión porque me parece evidente, es notoria, inclusive una coincidencia que me parece bastante dicente es que cuando le preguntaba por un documento ella curiosamente lo tenía allí entre sus documentos, entre los miles de documento (sic) que deben ser los de este asunto, lo que obviamente me indica a mí que es un motivo más para pensar que ello no puede ser parcial, como no pudo serlo.

Yo en ese orden de ideas, además seguramente cuando vayamos a las inspecciones judiciales de la ANI y en la exhibición, vamos a encontrar una cantidad de documentos que van a terminar de pronto

*evidenciado unas cosas (sic) que aquí con su testimonio no se pudieron evidenciar, por ejemplo, esto que o le acabo de preguntar últimamente sobre las mesas de trabajo y las comunicaciones que esta vez no recordó la doctora Patricia, de manera que yo hago uso de esa disposición del Artículo 211 del Código General del Proceso y formulo tacha para que al momento de proferirse el laudo el Tribunal advierta estas circunstancias y evalúe bajo esa óptica el **testimonio de la señora Patricia.**"*

Sobre el particular el Tribunal ha analizado tanto los argumentos de la parte Convocante como el testimonio de la señora Cortés y ha concluido que el conocimiento que tiene la señora Cortés sobre el Contrato 005 y sus adicionales y específicamente respecto de las diferencias que hoy resuelve este Tribunal son útiles para formarse un criterio respecto de las preguntas y contrapreguntas que le fueron formuladas durante la diligencia y que en ese sentido no considera procedente desconocerlo íntegramente ni aceptar totalmente la tacha formulada, por cuanto la descripción de los hechos que rodearon algunos de los puntos de la controversia pueden ser útiles al proceso y a la formación del criterio del juzgador.

El Tribunal entiende que las respuestas de la Señora Cortés están dotadas de un alto grado de subjetividad propia de su vinculación a la parte convocada y por la naturaleza humana de cualquier persona en situación similar en el sentido de querer defender o sostener actuaciones propias o de la parte en conflicto.

Entiende también que la Señora Cortes recibe una remuneración de la convocada y que en esa medida su declaración no puede ser independiente ni equilibrada porque sus respuestas están necesariamente condicionadas por una relación profesional con una de las partes.

Por las anteriores razones, para valorar la declaración de la señora Cortes el Tribunal ha ponderado solamente aquellos aspectos objetivos **que se contraen como lo señala la ley, "a los hechos que le consten"**, y ha dejado a un lado cualquier manifestación que implica una calificación, opinión o concepto derivado de su interpretación subjetiva del mencionado hecho.

Igualmente, al concluir la diligencia del testimonio del Señor Camilo Mendoza fue tachado por el apoderado de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca:

"(...) pero al final del ejercicio de mis colegios (sic) solo me falta proceder y acudir al Artículo 211 sobre la imparcialidad del testigo y tacharlo y las razones por

las cuales procedo a tacha a el mismo son fundamentalmente las siguientes, primero la norma hace dos exigencias, una primera relativa, aquel concepto genérico que comprometa la imparcialidad y claramente aquí se trata de un tema de dependencia y de interés directo por parte del testigo frente al proceso como tal, ya me explico.

En segundo lugar la norma obviamente exige que esa tacha se den las razones en las cuales se fundan, la jurisprudencia además ha dicho que se necesario de las pruebas correspondientes pruebas que obviamente van a estar en el expediente de acuerdo a lo que voy a explicar.

Me explico, si uno mira la demanda de la ANI en concordancia con lo que ha dicho el testigo, el testigo fundamentalmente ha insistido en que en sus términos hay un desequilibrio económico del contrato y de manera reiterativa ha hecho caso omiso o no ha entrado explicar las razones por las cuales en materia de desplazamiento de inversiones se originaron esas modificaciones al cronograma de obra que llo llaman que condujo al desplazamiento de las inversiones.

Ello que es un claro incumplimiento de la NI como se va a probar en el proceso, es decir, las causas que motivaron los denominados desplazamientos por razones ambientales y por razones prediales entre otras, si bien es un incumplimiento de la entidad como tal, detrás de ello lo que hay es por acción o por omisión un incumplimiento de los deberes funcionales de los funcionarios públicos, entre ellos el doctor Mendoza es su calidad o en ambas calidades que ha expresado actuó y actúa hoy en día en la ANI frente a este contrato.

*De tal manera que a su responsabilidad personal en materia disciplinaria, fiscal entre otras está directamente vinculado al proceso desde la perspectiva que acabo de indicar, en ese sentido le solito (SIC) al Tribunal que en su momento como lo determina la Ley, valore la solicitud y si ella es procedente entre a juzgar con mayor detenimiento lo afirmado por el testigo que ocupó nuestra atención el **día de hoy.**"*

(...)

"Yo quiero convalidar la tacha de sospecha o la tacha del testigo realizada por el doctor Huberto, agregando lo siguiente, tacho adicionalmente al testigo porque es claro que lo dicho el día de hoy no fue espontáneo y así deber ser valorado por el Tribunal, pero además no resulta creíble y así debe ser valorado por el Tribunal, por las siguientes razones.

El testigo es una persona de categoría jurídica especial, como bien lo dijo el testigo, tiene títulos de maestría, es decir, segundo nivel de especialización en estos asuntos, adicionalmente lleva un tiempo suficiente en la ANI para conocer los detalles de sus funciones y conocer los detalle de los contratos que dice haber supervisado.

Sorprende entonces que frente a preguntas concretas que le hace la contraparte a la ANI por los distintos apoderados aquí presentes, el testigo siempre contestó en la mayor parte de las respuestas que no recordaba, incluso dijo que conocía el contrato parcialmente.

Como yo sí conozco al doctor Camilo quiero manifestarles que es una persona de categoría jurídica, también humana, por lo que sus expresiones de no recuerdo en las respuestas que nos dio o que conozco solo parcialmente un texto contractual que él como funcionario tenía la obligación de conocer y sí es importante hacer mención a ello, simplemente acredita que lo dicho por él el día de hoy no es creíble, no creíble para un testigo de esta categoría y con esas funciones al interior de la ANI.

*Quisiera que en el laudo como corresponde se valorara de manera debida el dicho del testigo para ver cómo se realizó esta audiencia y procedan a definir **si tenemos nosotros o no la razón.**"*

En el mismo sentido, el Tribunal considera que el profesional ha estado vinculado a la ANI y ha participado en la revisión de algunas de las controversias que se ventilan en ese Tribunal, pero que su conocimiento de los hechos también resulta útil al proceso, por lo que lo valorará conforme a esa situación particular, conforme a un análisis objetivo de **su dicho, que no puede per se calificarse de "no creíble" porque manifestó que no recordaba algunas respuestas.**

Para adoptar esa decisión, el Tribunal ha revisado no solamente la norma pertinente en cuanto a la tacha de testigos sino la jurisprudencia

del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia²⁶⁴ sobre el particular en la cual se ha manifestado reiteradamente sobre la tacha del testigo que:

"(...) la sola tacha por sospecha no es suficiente para menguar la fuerza demostrativa de un testimonio, ya que de esa circunstancia no cabe inferir sin más, que el testigo faltó a la verdad. Como lo advirtió el fallador, cuando la persona que declara se encuentra en situación que haga desconfiar de su veracidad e imparcialidad, lo que se impone no es la descalificación de su exposición, sino un análisis más celoso de sus manifestaciones, a través del cual sea permisible establecer si intrínsecamente consideradas disipan o ratifican la prevención que en principio infunden, y en fin, si encuentran corroboración o no en otros elementos persuasivos, criterios que en definitiva son los que han de guiar la definición del mérito que se les debe otorgar"

"Sobre el particular la Sala precisa que conforme a lo previsto en el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, la tacha de un testigo por sospecha debe cumplir con ciertos presupuestos formales y materiales, a saber: respecto de los primeros que se formule por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente durante de ella y que se presenten o soliciten las pruebas que demuestren los hechos que fundamentan la sospecha las cuales se practicarán allí mismo y solo se prescindirá de prueba si el testigo acepta los hechos; en relación con los segundos, que tanto los motivos como las pruebas se aprecien en la sentencia, si la tacha no se ha propuesto dentro de un incidente. De lo anterior se advierte que ésta no impide la recepción del testimonio sino que impone que la valoración del juez sea más severa para determinar el grado de alteración de la verdad contenida en su dicho y así establecer su alcance probatorio al punto de resistir el más riguroso análisis y salir avante para merecer toda credibilidad."

"La Sala tiene definido que "si lo que en último resultado decrece el valor de un testimonio no es la sospecha en sí misma sino el cariz intrínseco de su declaración, relacionada con el resto de pruebas, el

²⁶⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de septiembre de 2004 MP: Jaime Alberto Arrubla Paucar. Exp: 11001-31-03-000-1996-7147-01.

*eventual error que se plantee no puede ser de derecho, toda vez que es inevitable acudir entonces a la materialidad misma de la probanza. Ya esta dicho por la Corte que cuando de lo que se trata es de cuestionar la credibilidad del testigo sospechoso, el yerro probatorio que cabría es de hecho, cosa que ha **explicado en los siguientes términos; 'Doctrina que por igual, o tanto más si se quiere, es aplicable al testigo sospechoso, o sea el rendido por aquellas personas en quienes concurre un factor especial que afecta su credibilidad o imparcialidad (art. 217 del C. de P.C.). Habida cuenta que si se trata de personas en cuya conciencia puede perfectamente ofrecerse el conflicto entre el deber genérico de declarar y el interés que tienen en el juicio particular en el que declaran, siendo razonable presumir que en un momento dado cobre en su ánimo mayor fuerza esta situación de cointerés que el respeto por la verdad; si, subsecuentemente, la credibilidad que les pueda caber en principio arranca estigmatizada por la duda; y si de este modo se recomienda al juez que examine sus dichos diligentemente y ejerza su dirección apreciativa con el máximo de escrúpulo, aflora inevitable que la mácula con que se mira tal linaje de testigos sólo se desvanecerá, y por qué no hasta desaparecerá, en la medida en que brinden un relato preciso, responsivo, exacto y cabal, esto es, en síntesis, razonado y particularizado en todo cuanto dieran noticia, y que, aun así, encuentren respaldo en otros elementos probativos, todo analizado, cual lo dice la norma en cuestión, 'de acuerdo con las circunstancias de cada caso'; será entonces cuando nada justifica que el juzgador continúe desconfiando de sus relatos, y les suministre el valor demostrativo que verdaderamente ostenten. Refluidrá así el estado habitual del hombre y su inclinación a creer en los demás, del cual había salido por razón de una sospecha que a la postre fue disipada'.***

Por las anteriores razones, para valorar la declaración del señor Mendoza el Tribunal ha ponderado solamente aquellos aspectos **objetivos que se contraen como lo señala la ley, "a los hechos que le consten", y ha dejado a un lado cualquier manifestación que implica una calificación, opinión o concepto derivado de su interpretación subjetiva del mencionado hecho.**

4.5. INTERROGATORIOS DE PARTE.

En el auto de pruebas el Tribunal dispuso;

"Decretase la práctica de los interrogatorios de parte de:

- *El representante de la Unión Temporal Desarrollo Vial Del Valle Del Cauca Y Cauca.*
- *El representante legal de Pavimentos de Colombia S.A.S PAVCOL*
- *El señor Carlos Alberto Solarte Solarte.*
- *El señor Luis Hernando Solarte.*
- *El señor Gabriel Solarte Viveros.*
- *El señor Diego Solarte Viveros.*
- *La señora María Victoria Solarte Daza*
- *El señor Luis Fernando Solarte Marcillo.*
- *La señora Nelly Daza de Solarte."*

En la audiencia realizada el 20 de junio de 2016 se aceptó el desistimiento de todos los interrogatorios de parte excepción del de Carlos Alberto Solarte, el cual fue practicado en dicha fecha.

4.6. INSPECCIONES JUDICIALES CON EXHIBICION DE DOCUMENTOS E INTERVENCIÓN DE PERITOS Y DE LAS DILIGENCIAS DE EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS.

Tal y como se señaló en el acápite relacionado con los dictámenes periciales solicitados, la práctica de esta prueba se llevó cabo en el marco de las diligencias de inspección judicial con exhibición de documentos, que fueron solicitadas y decretadas por el Tribunal.

-Diligencia en la Sede de la Unión Temporal.

La diligencia se decretó para que fuera practicada en la sede de la Unión Temporal conforme a lo manifestado en la dirección de notificación, en la ciudad de Bogotá.

El Tribunal con fundamento en las normas del Código de Comercio respecto del lugar de exhibición de los libros y papeles del comerciante ordenó a la UT que trasladara a esta ciudad todos los documentos objeto de exhibición y ante la solicitud de la UT accedió a que fueran digitalizados para facilitar la práctica de la prueba en cuanto consideró que no había norma legal que así lo impidiera.²⁶⁵

En efecto, existen normas que respaldan el valor probatorio de los documentos digitalizados y en cuanto estos no fueren tachados ni en el

²⁶⁵ Acta No. 35.

curso del proceso se cuestionó su autenticidad, fueron debidamente incorporados al proceso, acompañados de una certificación sobre su veracidad. Vale la pena señalar que en desarrollo del principio de igualdad de las partes, a la ANI también se le permitió exhibir los documentos en un disco duro que fue aportado al expediente.

Las diligencias de practicaron así:

1. El día 20 de junio de 2016 (Acta 35), se dio inicio a la inspección judicial con exhibición de documentos con intervención de perito decretada por solicitud de la parte Convocante y de NELLY DAZA DE SOLARTE y MARÍA VICTORIA DAZA DE SOLARTE, la cual se realizó en la sede de la UT, en la cual se exhibieron los documentos que constan en el acta referida y se fijó como fecha para continuarla el día 12 de julio de 2016.
2. El día 12 de julio de 2016 (Acta No. 46), se realizó la continuación de dicha diligencia en la sede de la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DE CAUCA, la cual se suspendió y se fijó como fecha para continuarla el día 2 de agosto de 2016. Posteriormente mediante auto de fecha 1 de agosto de 2016 y se fijó como fecha para continuarlas el día 17 de agosto de 2016.
3. El día 17 de agosto de 2016 (Acta No. 57), se realizó la continuación de la diligencia en la sede de la U.T., y se fijó como fecha para su continuación para el día 31 de agosto de 2016 en la sede del Tribunal.
4. El día 31 de agosto de 2016 (Acta No. 58), se surtió la continuación de la diligencia y se fijó el día 6 de septiembre como fecha para continuarla el día 6 de septiembre de 2016.
5. El día 6 de septiembre de 2016 (Acta No. 59), se adelantó la continuación de dicha diligencia y se fijó como fecha para continuarla el día 12 de septiembre de 2016.
6. El día 12 de septiembre de 2016 (Acta No. 60), se realizó la continuación de la diligencia de exhibición de documentos fijándose como fecha para audiencia el día 15 de septiembre de 2016, la cual por solicitud de las partes se modificó para el día 23 de septiembre de 2016.

El Tribunal con el fin de obtener y recaudar todo el material probatorio que las partes consideraron necesario incorporar al expediente, concedió en varias oportunidades la suspensión de la diligencia.

Esta conducta garantista del Tribunal que fue necesaria para concluir no solamente la diligencia practicada en la UT sino la practicada en la

ANI, ha sido objeto de múltiples cuestionamientos de algunas de las Partes.

No obstante que las diligencias tomaron más del tiempo que hubiere sido necesario, por la decisión consciente del Tribunal de garantizar el derecho a probar y a contradecir la prueba derivados del principio general del derecho al debido proceso, es pertinente hacer las siguientes manifestaciones en cuanto a la conducta de las partes en la práctica de esas diligencias, frente al deber de colaboración en la consecución y práctica de las pruebas que conforme al numeral 8 del artículo 78 del Código General del Proceso les asiste a las partes.

- Documentos reservados

En el curso de la diligencia de exhibición de documentos en la ANI se suscitó la discusión respecto de la obligación de exhibir los conceptos de los abogados frente a la protección constitucional de la reserva profesional.

El Tribunal para este propósito, profirió el auto que obra en el Acta No. 41 y sin desconocer el derecho a la reserva profesional, ordenó exhibir los conceptos de los abogados externos para que fueran archivados en un cuaderno especial sujeto a reserva, como lo permiten las normas vigentes en la materia.

El auto en el cual el Tribunal resolvió la solicitud de aclaración y el recurso de reposición interpuesto contra la providencia que ordenó la exhibición, dice lo siguiente:

"En relación con la solicitud de aclaración presentada por el apoderado de la parte Convocante, respecto a la reserva de los documentos elaborados abogados internos, el Tribunal considera que los documentos emitidos por los abogados internos tienen el carácter de documentos públicos expedidos en ejercicio de las funciones del respectivo funcionario si hacen parte del expediente administrativo. Por el contrario, para el Tribunal los conceptos emitidos por los abogados externos están protegidos por el secreto profesional, derecho que en concepto del Tribunal estaría excluido del artículo 27 del CPCA por cuanto como lo señala el Ministerio Público el Tribunal considera que se trata del equilibrio entre dos derechos constitucionalmente protegidos y en consecuencia busca conservar su reserva para mantener dicho privilegio.

El Tribunal solicitó a la parte que debería exhibir que clasifique la información que conforme a la ley 1712

está sujeta a dicha reserva para abrir un cuaderno separado, por cuanto en concepto del Tribunal el hecho de que se solicite su exhibición conforme al artículo 27 del CPACA no le hace perder su privilegio legal y en este sentido tomará las medidas necesarias para mantener dicho carácter. En consecuencia el Tribunal acoge la manifestación del Ministerio Público, en el sentido de indicar que los documentos sujetos a reserva mantendrán dicho carácter y en consecuencia no serán reproducidos.

Respecto a la solicitud presentada por la apoderada de CARLOS SOLARTE SOLARTE y LUIS FERNANDO SOLARTE MARCILLO, el Tribunal considera que respecto de los documentos que contienen conceptos elaborados por abogados externos que fueron puestos en conocimiento de las partes o que fueron entregados por quien lo elaboró, no están sujetos a reserva y en consecuencia serán objeto de exhibición.

*En relación con el recurso de reposición presentado por la apoderada de GABRIEL SOLARTE VIVEROS, LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS, DIEGO ALEJANDRO SOLARTE VIVEROS y PAVIMENTOS DE COLOMBIA S.A.S., además de las razones antes expuesta en el presente auto, el Tribunal reitera que no está privando a las partes del acceso a la información que resulta necesaria para resolver las diferencias objeto del presente trámite ni violando la reserva protegida que para ciertos documentos establece la Constitución y la ley. Razón por la cual se **deniega el recurso presentado.***

En desarrollo del principio de igualdad el mismo criterio se aplicó respecto de los conceptos de los abogados de cada una de las partes, tanto Convocante como convocada y los respectivos documentos se custodiaron por el Tribunal para proteger la reserva.

En efecto, para el Tribunal por principio constitucional desarrollado por las normas vigentes, la reserva de la que está dotado un documento se levanta para efectos judiciales y por tal razón, en consideración a la existencia de dos derechos igualmente protegidos como son la reserva y el derecho a recaudar las pruebas, decidió conforme a lo señalado.

- La conducta de la Unión Temporal.

El Tribunal considera pertinente señalar que resulta claro y evidente que la señora Patricia Cortés, encargada de atender las diligencias de

inspección y exhibición de la Unión Temporal, desde la primera audiencia abierta para ese propósito y hasta el cierre de la diligencia, mantuvo una actitud hostil y evasiva frente a la diligencia, que se reflejó en la dificultad y demora en su práctica y cierre definitivo.

Así, consta en el plenario que en la audiencia de junio 20 de 2016 la Unión Temporal no tenía a disposición todo los documentos atinentes al trámite.

Consta también en comunicaciones de la señora Cortés y de algunos apoderados de las Partes que por sus ocupaciones solo disponía de horas y fechas limitadas para atender la diligencia con los apoderados de las partes y que en varias oportunidades en las mismas audiencias intervino para cuestionar las decisiones del Tribunal en cuanto a la pertinencia, procedencia u oportunidad de lo solicitado.²⁶⁶

Consta adicionalmente su negativa a entregar oportunamente los documentos que le fueron solicitados en audiencia de fecha 31 de agosto de 2016 y la forma como presentó una parte de esos documentos sin siquiera una comunicación en la cual los relacionara.

Su actitud fue igual en cuanto a la práctica de la diligencia para facilitar el dictamen informático.

Por las razones anteriores, el Tribunal ha tenido en cuenta esa conducta al momento en la valoración conjunta de las pruebas y si bien no considera procedente dar aplicación la imposición de una multa, en cuanto lo considere procedente, tendrá en cuenta la solicitud de la Convocante en el sentido de que "se presumirán ciertos los hechos que **la otra parte pretendía demostrar con ella**" siempre que en el plenario no aparezca prueba fehaciente para desvirtuar esa presunción.

- La conducta de la ANI en el trámite de la exhibición de documentos.

La señora CARMEN JANETH RODRÍGUEZ MORA encargada de atender la diligencia de Exhibición de documentos la ANI desde la primera audiencia tuvo una actitud de colaboración en la práctica de la diligencia. Esta conclusión del Tribunal está además respaldada por las manifestaciones de la perita financiera designada por el Tribunal.

No obstante la actitud y colaboración de la funcionaria de la Entidad, la dificultad en la práctica de la diligencia en la ANI obedeció principalmente a la circunstancia de que los archivos relacionados con el Contrato habían sido entregados de Entidad en Entidad Pública como consecuencia de que el INVIAS posteriormente se transformó en el INCO que a su vez se transformó en la ANI y por la época en que se celebró gran parte de los documentos estaban en un archivo muerto

²⁶⁶ Audiencias de inspección judicial.

por fuera de las instalaciones de la Entidad, por lo cual tuvo que posponerse la diligencia en varias oportunidades ante la manifestación de las convocadas de documentos que debiendo estar en la Entidad Estatal (antecedentes del Contrato en el expediente administrativo) no habían sido exhibidos.

En consideración a que la funcionaria encargada del archivo manifestó que algunos de los documentos solicitados aún estaban en el INVIAS, mediante auto de fecha 12 de septiembre de 2016 se ofició a esa Entidad para que remitiera las carpetas faltantes, a lo cual la funcionaria encargada manifestó:

"(...) me permito informarle que el citado contrato fue entregado al INCO hoy ANI, mediante Acta No. 005 del 19 de diciembre de 2003 y mediante Resolución No. 003791 del 26 de septiembre de 2003, fue cedido y subrogado al Instituto Nacional de Concesiones INCO"

En conclusión, se observa en la ANI una actitud de colaboración y ánimo de contribuir a la práctica de la diligencia, no obstante que finalmente no fue posible recaudar todos los documentos inicialmente solicitados.

Esta conducta de las partes es contraria a los deberes contenidos en el numeral 8 del artículo 78 del Código General del Proceso y en las normas que regulan los aspectos sobre archivo y conservación de documentos y específicamente los expedientes administrativos de los contratos de la administración y si bien no es responsabilidad de quienes atendieron la diligencia, no puede perderse de vista que en las normas en las cuales una entidad fue sustituyendo a la otra, se señaló que habían sido entregados a partir de la fecha 19 de diciembre de 2003 y por ende no hay causa justificada para no exhibir todos los documentos que fueron solicitados.

- Fiduciaria de Occidente.

En las instalaciones de Fiduciaria de Occidente se practicó la diligencia los días 5 de julio de 2016, 28 de julio de 2016, 16 de agosto de 2016 y 31 de agosto de 2016.

El funcionario encargado de atender la diligencia prestó toda su colaboración en la práctica de la diligencia y ante las diversas solicitudes de las partes de que se exhibieran documentos y se completaran o precisaran sus fechas.

Consta en varias manifestaciones de la perita que las partes le entregaron los documentos recaudados en las inspecciones y los que ella requirió para la elaboración de su experticia.

Obran igualmente en el expediente las siguientes certificaciones suscritas por los representantes legales o funcionarios encargados de las partes en las cuales bajo juramento certifican que, respecto de ciertos documentos puntuales que fueron requeridos en el curso de las exhibiciones, no fue posible ubicarlos o no existían.

Por tal razón, en el auto en el cual se decretó el cierre de las diligencias el Tribunal dispuso:

"Teniendo en cuenta lo anterior y que el Tribunal cuenta con un término fijado en la ley para resolver las controversias surgidas entre las partes de la referencia, además que el Tribunal ha otorgado a las partes todas oportunidades y garantías y que ha solicitado que sean aportados la totalidad de los documentos que están han requerido en el desarrollo del proceso, y una vez revisados los documentos que han sido aportados por las partes, el Tribunal considera que de conformidad con el artículo 42 del Código General del Proceso, uno de los deberes del juez:

"Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, presidir las audiencias, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y dilación del proceso y procurar la mayor economía procesal."

Teniendo en cuenta lo anterior el Tribunal procederá a decretar el cierre de la presente diligencia, reiterando que en el momento procesal correspondiente procederá a resolver sobre el comportamiento de las partes al momento de analizar y valorar las pruebas practicadas dentro del presente proceso.

Y en la audiencia de contradicción del dictamen la señora perita respondió la siguiente pregunta de la Presidente del Tribunal:

"DRA. MESA: Doctora Matilde usted atendió las preguntas en el dictamen de aclaraciones y ha atendido las preguntas que le han hecho las partes, quiero preguntarle si usted, con la información que le fue suministrada por las partes en el curso de las inspecciones y de las exhibiciones, considera que esa información era suficiente para atender las preguntas tal y como fueron formuladas las preguntas?"

SRA. CEPEDA: Sí señora, confirmo, ratifico que la información que fue producto de exhibición e inspección, en la que fui invitada de la que no que fui

a la ANI y la pedí por escrito, fueron las suficientes y necesarias para atender mi encargo financiero, sí señora.”

Adicionalmente, precisa señalar que, en el ámbito del Código General **del Proceso, le corresponde a cada parte** “Prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias obligación a la que no pueden sustraerse por el hecho de que se hubieren decretado diligencias de inspección con exhibición de documentos.

En este sentido, también manifiesta el Tribunal que las partes tenían la doble carga respecto de los documentos: aportar todos los que tuvieran en su poder relativos a la controversia y exhibir aquellos que se les solicitaron o que el Tribunal específicamente le ordenó aportar.

5. EL CONTRATO DE CONCESIÓN EN GENERAL Y EL CONTRATO NO. 005 DE 1999.

5.1. Antecedentes.

El Contrato No. 005 de 1999 se firmó entre la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y el INVIAS el día 29 de enero de 1999. Dicho Contrato fue cedido inicialmente al INCO y posteriormente a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI.

Previo a la celebración del Contrato, el día 20 de febrero de 1998, la Entidad Pública abrió proceso de licitación pública No. SCO-L01 de 1998 **con el objeto “de seleccionar la OFERTA más favorable para la celebración de un CONTRATO DE CONCESIÓN, cuyo objeto será el otorgamiento de una concesión para que el CONCESIONARIO realice, por su cuenta riesgo, los estudios y diseños definitivos, la construcción, rehabilitación y mejoramiento, la operación y el mantenimiento, la prestación de servicios y el uso de los bienes de propiedad del INVIAS dados en concesión, para la cabal ejecución del PROYECTO denominado, “Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca”.**

Este proyecto “incluye un alcance físico básico definido en las Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento, que se incluyen como Anexo 8 a este Pliego. Adicionalmente, los PROPONENTES podrán ofrecer la ejecución de Obras Complementarias, las cuales están especificadas también en el anexo citado. Dentro del alcance físico se han incorporado algunas vías del orden departamental, previa suscripción del convenio interadministrativo 424 del 24 de diciembre de 1998 celebrado entre el INVIAS y el Departamento del Valle del Cauca, convenio interadministrativo que tiene por objeto: “...adelantar conjuntamente el proyecto vial denominado “MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y

CAUCA” a través del otorgamiento de una concesión, que incluye además de los tramos pertenecientes a la infraestructura vial nacional, los tramos de carretera: 1) CERRITO-ROZO-PLAMASECA de una longitud aproximada de 26 kilómetros. 2) CENCAR-AEROPUERTO-INTERSECCIÓN RECTA CALI-PALMIRA de una longitud aproximada de 13 kilómetros y 3) ROZO-PASO DE LA TORRE en la nueva variante de Yumbo, de una longitud aproximada de 27 kilómetros, pertenecientes a la infraestructura de transporte del Departamento del Valle del Cauca.”

En desarrollo y cumplimiento de las normas establecidas en la Ley 80 de 1993, el INVIAS preparó el pliego de condiciones para invitar a contratar a particulares en el desarrollo del proyecto vial denominado MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA.

La finalidad de la contratación estatal está enmarcada por los principios que garantizan que efectivamente la relación con el concesionario, como verdadero colaborador del Estado, resulte en el cumplimiento de dichos fines con el objeto de garantizar la prestación del servicio público de transporte, para cuyo concurso ha invitado a que los particulares participen a cambio del derecho a recibir una remuneración.

En consonancia con lo anterior y tratándose específicamente de obras de infraestructura de transporte vial, las entidades encargadas del desarrollo de los planes de infraestructura vial deben ceñirse a las políticas públicas señaladas por el Gobierno Nacional en la materia.

En efecto, corresponde al Gobierno Nacional definir los planes de expansión, la priorización de los desarrollos conforme a las necesidades del país, los mecanismos de financiación o vinculación de particulares al proyecto y la distribución de los riesgos entre las partes.

En la búsqueda de que la contratación esté encaminada dentro de las condiciones más favorables para el Estado, la entidad pública, que representa los intereses de la sociedad en general, debe adelantar sus procesos contractuales con sujeción a las normas imperativas que protegen dichos intereses supremos y que buscan garantizar la consecución de sus fines.

Por esa razón, los principios establecidos por la ley 80 de 1993 y el marco conceptual de la legislación contractual constituyen desarrollo de

las disposiciones contenidas en los artículos 209²⁶⁷ 333²⁶⁸ y 365²⁶⁹ de la Constitución Política.

El principio de planeación, previo a la celebración del contrato busca que las partes del contrato adelanten con buena fe, con diligencia y con profesionalismo, los estudios técnicos y económicos necesarios para realizar un proceso de contratación en el cual estén previamente establecidos como elementos esenciales del negocio jurídico a celebrarse, respecto de los cuales precisamente se va a expresar el consentimiento mutuo de las partes, todo con miras al logro de los fines de la contratación estatal.

Con el principio de la libre concurrencia el Estado cumple dos propósitos: el primero, permitir a los particulares el libre y efectivo derecho de la libertad de empresa que le garantiza la Constitución Política a los particulares de adelantar actividades económicas en el marco de la ley y acceder en condiciones similares a la posibilidad de celebrar contratos con el Estado; el segundo, las ventajas que representa la concurrencia de varios oferentes a un mismo proceso en cuanto a la eficiencia económica que significa la competencia.

Conforme con los términos de la licitación inicial, la adjudicación del contrato se haría teniendo en cuenta la ponderación de varios criterios así:

"5.3.3.1. Requisitos Legales:

²⁶⁷ "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá **en los términos que señale la ley."**

²⁶⁸ La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

²⁶⁹ "Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

El cumplimiento de todos los requisitos legales no se considera como un factor de calificación y únicamente dará lugar a la no elegibilidad del PROPONENTE y su PROPUESTA cuando la omisión de la documentación exigida impida la comparación objetiva de las PROPUESTAS.

5.3.3.2. Experiencia y Capacidad Financiera:

La evaluación de los requisitos de experiencia y capacidad financiera establecidos en el presente PLIEGO se efectuará como sigue:

*La PROPUESTA correspondiente será calificada como **"aceptable"**, si los requisitos fueron acreditados en la forma y con el contenido exigido, o como **"inaceptable"** si no lo fueron.*

*Será necesario que en esta evaluación las PROPUESTAS hayan obtenido la calificación de **"aceptable"** para poder objeto de adjudicación de la LICITACIÓN.*

5.3.3.3. Evaluación Económica

*Entre aquellas PROPUESTAS que reúnan los requisitos **legales y posean la calificación de "aceptable"**, en cuanto a la experiencia y la capacidad económica exigida en el PLIEGO, se elegirá la PROPUESTA ganadora, mediante el empleo de la metodología descrita aquí.*

Cada PROPONENTE formulará su propuesta económica en el formulario contenido en el anexo 1 del PLIEGO. Para solucionar las inconsistencias y errores matemáticos que puedan presentarse en el diligenciamiento de ese formulario se aplicarán las siguientes reglas:

Si existe cualquier inconsistencia o diferencia entre lo escrito en el formulario y cualquier otra información contenida en otro aparte de la PROPUESTA prevalecerá lo señalado en el formulario anexo 1.

*Si existe cualquier error aritmético en la operación de obtener los factores de calificación, F1, F2 y F3, según se definen en los numerales 4.4.1., 4.4.2 y 4.4.3 de este PLIEGO, el INVIAS corregirá este error, rehaciendo las sumas de los valores ofrecidos, para **obtener los resultados correctos."***

El concepto de Ingreso Esperado que constituye la remuneración del Concesionario, conforme con el Anexo No. 4 tenía un factor de ponderación que equivalía al 40% del total del puntaje.

En desarrollo de esos principios, se adjudicó la Concesión Malla Vial de Valle del Cauca y Cauca con el propósito de desarrollar el Proyecto Malla vial del valle del Cauca y Cauca como una obra que conforme al Decreto

2171 de 1992 y a las directivas del Ministerio de Transporte hacia parte de la estructura vial del Valle del Cauca y de una política pública definida previamente por el legislador y reglamentada por el gobierno nacional a través de los órganos que conforman el sector transporte y fijan la política económica y social del Estado.

Evaluada la Propuesta del Concesionario mediante Resolución No. 006023 del 23 de noviembre de 1998 se adjudicó el Contrato a la Unión Temporal MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, conformada por Sideco Americana, Pavimentos de Colombia Ltda., Mario Huertas Cotes, Luis Héctor Solarte Solarte y Carlos Alberto Solarte Solarte, conforme al Convenio de Unión Temporal fechado el 5 de octubre de 1998 celebrado entre Sideco Americana, Pavimentos de Colombia Ltda, Mario Huertas Cotes, Luis Héctor Solarte Solarte y Carlos Alberto Solarte Solarte. (artículo 6 Ley 80 de 1993)²⁷⁰

Los miembros de la UT, debidamente autorizados por la Entidad Pública, se modificaron como consecuencia de la cesión de la participación de sus integrantes iniciales, así:

La primera consta en comunicación del INVIAS con fecha 14 de junio de 2000 en la que se autoriza la salida de Mario Huertas de la UT²⁷¹ y la segunda, la cesión de participación de Sideco Americana S.A en comunicación fechada el 19 de noviembre de 2009²⁷².

La participación se distribuyó entre los otros miembros y la composición final de la UT así:

Pavimentos Colombia S.A. 26,2/3%
Carlos Alberto Solarte Solarte 36,2/3%
Luis Héctor Solarte Solarte 36,2/3%

Tal y como se explicó en el capítulo anterior en las Consideraciones del Laudo, el Señor Luis Hector Solarte falleció en el curso del mes de mayo del año 2012 y sus herederos han solicitado a la ANI su reconocimiento como miembros de la UT, solicitud que fue despachada desfavorablemente en comunicación de fecha de 2015.²⁷³

5.2. Naturaleza del Contrato de Concesión en General. Disposiciones Aplicables.

El contrato de concesión está regulado por la ley 80 de 1993 en cuyo artículo 32 se define como

²⁷⁰ Contrato de UT Folio 396 a 406 Cuaderno de pruebas No. 1.

²⁷¹ (folio 407 del cuaderno 1 de pruebas)

²⁷² (folio 409 del cuaderno 1 de pruebas)

²⁷³ Folios 340 a 350 Cuaderno de Pruebas No. 3

*"Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden"*²⁷⁴

En desarrollo de las normas constitucionales que rigen la función administrativa, la libre concurrencia de los particulares y el deber del Estado de garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos, el contrato de concesión desde tiempo atrás se ha considerado como un instrumento eficiente para que los particulares contribuyan con el Estado en alcanzar sus fines dentro de la función administrativa que cumplen.

En efecto, respecto del contrato de Concesión el Estado ha señalado en sentencia proferida en el año 2006:

"El artículo 32 numeral 4º de la ley 80 de 1993 define el contrato de concesión en los siguientes términos:

"Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la

²⁷⁴ Numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993

*entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de **contraprestación que las partes acuerden.***”

En otras palabras, y como en otra ocasión lo ha expresado la Sala, puede definirse la concesión como el procedimiento por medio del cual una entidad de derecho público, llamada concedente, entrega a una persona natural o jurídica, llamada concesionario, el cumplimiento de uno de los siguientes objetivos: Prestación de un servicio público, o la construcción de una obra pública, o la explotación de un bien estatal²⁷⁵.

Inacabable sería referir las nociones que de esta modalidad contractual ha formulado la doctrina. Entre ellas puede hacerse alusión a la que ofrece Gastón Jèze, para quien «por el contrato de concesión de un servicio público, el concesionario se compromete a hacer funcionar este servicio en la forma establecida por la administración en el acto de concesión»²⁷⁶, o la que al referirse al tema propone Georges Vedel, quien sostiene que

«(E)l término "concesión" es uno de los más vagos del derecho administrativo. Se emplea para designar operaciones que no tienen gran cosa de común entre ellas, excepto la de tener como base una autorización, un permiso de la Administración. De este modo se hablará de concesiones en los cementerios, de concesiones de tierras en los territorios de ultramar, de concesiones de construcción de diques, o de "incrementos futuros" que son simplemente ventas de materiales.

La expresión "concesión de servicio público" que se abrevia a veces con el término "concesión", tiene, por el contrario, un sentido mucho más preciso. Se trata de un procedimiento mediante el cual una persona pública, llamada autoridad otorgante, confía a una persona física o moral, llamada concesionario, la misión de gestionar un servicio público bajo el control de la autoridad concedente, a cambio de una

²⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, sentencia de diecinueve (19) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998), Radicación número: 10217, Actor: Alberto Antonio Mendoza Daza, Demandado: Beneficencia del Cesar Lotería "La Vallenata".

²⁷⁶ JÉZE, Gastón, Principios generales del Derecho Administrativo, Tomo IV (Teoría General de los contratos de la Administración), Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 347.

remuneración que consiste, en la mayoría de los casos, en las tarifas que el concesionario percibirá de los usuarios del servicio».²⁷⁷

Prácticamente todas las definiciones al uso hacen referencia al menos a dos elementos como integrantes del tipo contractual que nos ocupa: de un lado, la existencia de un régimen legal —en sentido amplio— que de manera previa regula el funcionamiento del servicio concesionado, régimen que puede ser delineado, alterado o definido por la administración; y, de otro, las condiciones en que ésta última conviene con el particular la prestación del servicio, la construcción, el mantenimiento, la explotación de la obra, etc. En otros términos, se trata de una modalidad contractual por la que «sólo en virtud de una normativa previa y expresa, la Administración del Estado puede entregar o cometer a un particular la construcción y/o mantenimiento de una obra (...) y concederle su explotación ulterior, facultándolo temporalmente para cobrar determinadas sumas a quienes la utilicen como medio de financiar el costo de aquella»²⁷⁸.

También puede evidenciarse la presencia de los dos mencionados elementos, en la caracterización que del contrato de concesión ha efectuado la Sala, con base en la definición del mismo contenida en el más atrás citado artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993, que permite identificar este tipo contractual a través de las siguientes particularidades:

«a. La entidad estatal asume el carácter de cedente y otorga a un particular quien ostenta la calidad de concesionario, la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública.

b. O el particular asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado sustituyendo a este en el cumplimiento de dicha carga.

²⁷⁷ VEDEL, Georges, Derecho administrativo, 8ª edición, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 470.

²⁷⁸ RUFÍAN LIZANA, Dolores, Manual de concesiones de obras públicas, Fondo de Cultura Económica de Chile, Santiago, 1999, p. 23. Esta autora —p. 26— refiere otra noción —elaborada por VARGAS FRITZ, J.L., La concesión de obras públicas, La Ley, Ediciones Jurídicas, Santiago, 1997, pp. 117-118— en la cual son igualmente identificables los dos elementos del contrato que en esta sede nos interesa destacar: se trata, la concesión, de «un contrato administrativo celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y un particular Concesionario, en virtud del cual este último asume, a su cuenta y riesgo, la ejecución, conservación o reparación de una Obra pública Fiscal, a cambio del derecho a explotar dicha Obra y a obtener la tarifa o peaje pactados, dentro del plazo y de acuerdo a las condiciones legales y reglamentarias contenidas en el Decreto Supremo de Adjudicación».

c. El particular asume la construcción y/o mantenimiento de una obra pública.

d. El particular obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público.

e. La entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario.

f. El particular a cambio de la operación, explotación, construcción o mantenimiento de la actividad concedida recibe una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o en general en cualquier otra modalidad de contraprestación.

g. El concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.

Como lo ha sostenido la doctrina, esta definición es omnicomprendiva, puesto que abarca una gran cantidad de diferentes opciones y actividades, tal y como quedó señalado. Además, en este contrato y a diferencia de lo que ocurre con el contrato de obra pública se confiere amplia facultad a las partes para pactar la remuneración que se considera elemento esencial del contrato»²⁷⁹.

A juicio de la Sala, la existencia de tales dos componentes en el tipo de contrato estatal que se comenta está fuera de toda discusión. Cosa distinta es la manera como esos dos elementos se articulan dentro del contrato de concesión mismo —si es que se admite que dicha articulación ocurre efectivamente— que es, precisamente, el punto que ha dado lugar a la polémica doctrinal en cuanto a la naturaleza jurídica del plurimencionado contrato.

Sin ánimo de exhaustividad, y solo en la medida que este extremo resulta indispensable para dilucidar si la naturaleza jurídica del contrato de concesión se corresponde con el reconocimiento a terceras personas ajenas a la formalización de la relación contractual propiamente dicha —entidad pública concedente y particular concesionario—de la posibilidad de accionar judicialmente contra actos

²⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra, sentencia de diciembre nueve (9) de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921), Actor: EPTISA Proyectos Internacionales S.A. y otros, Demandado: Instituto Nacional de Vías.

administrativos proferidos con ocasión de aquella, menester resulta hacer alusión a que, en la doctrina, pueden encontrarse desde las tesis conforme a las cuales el contrato de concesión es un acto unilateral de la administración—de escasa acogida en la actualidad—, pasando por las que lo catalogan como un contrato de derecho privado, hasta llegar a las dos más ampliamente difundidas por los días que corren, de acuerdo con las cuales o bien se trata de un acto mixto —contractual y reglamentario—, ora de un contrato administrativo strictu sensu²⁸⁰.

Para los partidarios de la tesis de acuerdo con la cual la concesión no es más que un acto unilateral de la administración pública, del que emanan las obligaciones, derechos y prerrogativas de que será titular el concesionario, carece de toda importancia la voluntad de éste, lo cual parte de negar la posibilidad de que existan contratos celebrados entre la administración pública²⁸¹. Por su parte, la concepción de acuerdo con la cual el de concesión es un contrato exclusivamente de derecho privado, arranca por reconocer en él un verdadero acuerdo de voluntades, una verdadera relación contractual, pero enteramente regulada por el derecho privado. Paulatinamente, en la medida que la categoría de los contratos administrativos —o contratos estatales— se fue abriendo paso históricamente, esta tesis también fue perdiendo consistencia, entre otras cosas porque además de pretender someter al ius commune toda una serie de relaciones de indudable carácter público, nunca pudo explicar satisfactoriamente por qué el contrato de concesión no sólo afecta a las partes celebrantes —entidad concedente y concesionario—, sino que sus efectos también se extienden a terceros, esto es, a los usuarios del servicio, que no han intervenido en su formalización²⁸².

²⁸⁰ Esta interesante aglutinación de las diversas posturas doctrinales desde las cuales históricamente se ha abordado el asunto de la naturaleza jurídica del contrato de concesión, es efectuada por los profesores ESCOLA, Héctor Jorge, Tratado integral de los contratos administrativos, Volumen II, Parte especial, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, pp. 20-33, y MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III – B (contratos administrativos), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 596-604. En similar sentido también puede verse a RUFÍAN LIZANA, Dolores, Manual de concesiones de obras públicas, cit., pp. 139-141.

²⁸¹ Ello explica la franca decadencia de esta postura en la actualidad. Entre sus exponentes, Mayer consideró que los derechos del concesionario derivaban de un acto unilateral de los gobernantes, mientras que sus obligaciones «...nacen de su sumisión voluntaria, que resulta de la petición de la concesión, la que aparece así como un acto administrativo». También se cuentan entre los defensores de esta postura, hoy en franco abandono, autores como Zanobini, Romano, Raneletti, Cameo y Vitta. Cfr. ESCOLA, Héctor Jorge, Tratado integral..., cit., pp. 20-21; MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, cit., pp. 596-597.

²⁸² Cfr. ESCOLA, Héctor Jorge, Tratado integral..., cit., pp. 23-25; MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, cit., p. 598.

De ahí que se hayan consolidado las tesis, hoy en día mayoritarias, de acuerdo con las cuales la naturaleza jurídica del contrato de concesión es la de un instrumento de derecho público, pero en el que puede advertirse la presencia de dos categorías de cláusulas claramente diferenciables: unas de naturaleza legal o reglamentaria, y otras de estirpe puramente contractual. Al decir de Duguit, en la concesión existe, de un lado, una «“convención” que establece, sobre la base del acuerdo existente entre la administración pública y el concesionario, la aplicación de un conjunto normativo reglamentario, y por el otro, un verdadero contrato que rige el resto de las condiciones y situaciones de la concesión»²⁸³. En esa misma dirección, Hauriou sostenía que en el contrato de concesión se combinan los dos elementos reseñados, vale decir, una situación reglamentaria, referida a la organización y explotación del servicio y al otorgamiento de algunas prerrogativas de poder público de que será investido el concesionario, de un lado; y, de otro, una situación contractual, basada en el pliego de condiciones, que comprende las obligaciones que se deriven de la precedente situación reglamentaria, las condiciones financieras de la explotación, etc²⁸⁴.

En España, Garrido Falla igualmente se decanta por esta posición y sostiene que «la situación jurídica del concesionario se regula, tanto por las cláusulas específicas de la concesión, cuanto por los preceptos reglamentarios unilateralmente dictados por la Administración para la regulación del servicio concedido»²⁸⁵.

²⁸³ DUGUIT, Leon, *Traité de droit constitutionnel*, París, 1923, t. III, pp. 446-447, apud ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral...*, cit., p. 26.

²⁸⁴ HAURIUO, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, París, 1933, pp. 1014-1015, apud ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral...*, cit., p. 27. Este último autor —también en p. 27— refiere que, para algunos —como DIEZ, M., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1967, t. III, pp. 267 y ss.—, «la existencia de la situación reglamentaria es resultado de un acto-condición, por el cual el concesionario acepta hacer funcionar el servicio conforme a dichas normas reglamentarias, que la administración pública puede variar, con obligación de indemnizar al concesionario si se afecta el equilibrio financiero de la prestación». También puede incluirse entre los muchos autores que mantienen esta postura, a Gastón Jèze —respecto de cuyos planteamientos se harán algunas anotaciones más adelante— o Rafael BIELSA, para quien «la concesión presupone dos situaciones jurídicas: a) una legal o reglamentaria, que es la más importante y domina toda la operación; b) otra contractual, pero que no es, naturalmente, de derecho civil, sino de derecho administrativo, y que atribuye derechos e impone obligaciones al concesionario» (cursivas en el texto original). Cfr. su *Derecho administrativo*, sexta edición, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 1964, pp. 259-260.

²⁸⁵ Sin embargo, nótese que para este autor el aludido carácter mixto de la concesión debe predicarse, más que del contrato en sí, de la situación en la que el concesionario se encuentra. Es más, Garrido incluso no desconoce que resulta discutible esa calificación, en la medida que «la denominada situación reglamentaria del concesionario no deriva de ningún título jurídico especial, sino del estado de sumisión en que se encuentra frente al ejercicio por la Administración de su potestad reglamentaria en materia de organización de los servicios públicos». Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen II (Parte general. Conclusión), undécima edición, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 418-420. Por similar dirección marchan los planteamientos de PAREJO ALFONSO, Luciano, et. al., *Manual de Derecho Administrativo*, volumen 1, quinta edición, Ariel Derecho, Madrid, 1998, p. 797.

Más allá de las doctrinas francesa y española, en la que estas ideas han encontrado amplio asidero, bien vale la pena hacer alusión a los planteamientos que, en latitudes más próximas a la nuestra, formula Dolores Rufián Lizama para explicitar la tesis que, se reitera, hoy en día disfruta de más vasta acogida en torno al punto que aquí nos ocupa:

«Es evidente que ambas características confluyen en el contrato de concesión que, si bien tiene naturaleza contractual al concurrir a su formación la voluntad de las partes, está regido por normas de derecho público que sitúan a los contratantes en un plano de desigualdad

La parte reglamentaria se refiere a todo lo que concierne a la organización y funcionamiento del servicio y a las potestades de intervención de la Administración en función del interés público. Por consiguiente este tipo de cláusulas reglamentarias no son objeto de debate entre las partes sino impuestas en bloque y unilateralmente al concesionario, lo que no es óbice para que opere la conjunción de voluntades entre la Administración y el concesionario; además algunas normas pueden ser modificadas unilateralmente por la administración, compensando adecuadamente al concesionario, pero éste no puede, por un acuerdo especial con el usuario, derogar alguna de estas disposiciones. En este sentido la calificación contractual de la concesión no obsta a que sobre cada uno de los determinados servicios públicos que pueden ser llevados a cabo, gestionados a través de la concesión, exista una determinada normativa de carácter reglamentario aplicable con anterioridad a la concesión del servicio y la Administración podrá intervenir en el mismo en función de ese contenido reglamentario.

*La parte contractual comprende la duración de la concesión y las ventajas financieras que la administración otorga al concesionario; además el derecho al equilibrio financiero del concesionario. Estos elementos, puesto que son contractuales, son garantizados al concesionario por el contrato. A su vez, en lo que respecta a este contenido contractual, confluyen en el contrato de concesión tanto normas del Derecho Público como del Derecho Privado... »
(todas las cursivas son de la Sala)²⁸⁶*

Tal y como el propio Escola —uno de los detractores de los planteamientos recién expuestos— lo

²⁸⁶ Cfr. RUFÍAN LIZANA, Dolores, Manual de concesiones de obras públicas, cit., pp. 24- 26.

*admite²⁸⁷, la principal ventaja de esta teoría radica en la circunstancia de explicar fácil y coherentemente la situación jurídica de los usuarios de los servicios públicos, quienes a pesar de no ser parte en la celebración del contrato de concesión, innegablemente acaban viéndose concernidos por sus cláusulas, en especial por las que les son directamente aplicables —concretamente las que tienen que ver con la utilización de los servicios y el régimen tarifario—, lo que conduce a que puedan invocarlas tanto para usar el correspondiente servicio, como para obligar al concesionario a prestarlo en la **forma debida.**²⁸⁸*

A este respecto ha señalado la Corte Constitucional para definir la naturaleza del Contrato lo siguiente:

"Elementos del contrato

El artículo 32.4 de la ley 80 de 1993 define los contratos de concesión así:

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

Los contratos de concesión son entonces instrumentos a través de los cuales el Estado promueve el concurso de la inversión privada para el cumplimiento de sus fines. Estos contratos adquieren especial importancia en

²⁸⁷ ESCOLA, Héctor Jorge, Tratado integral..., cit., p. 28.

²⁸⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, expediente 13074.

contextos en los que existen restricciones presupuestales, pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura (vial, energética, de transporte, de telecomunicaciones, etc.) con el apoyo de los recursos y conocimientos privados; de este modo facilitan que los recursos públicos se enfoquen en otras necesidades de la actuación estatal. La doctrina expresa que una de las principales motivaciones de la participación privada en proyectos de concesión – especialmente de infraestructura- es obtener mayor valor por el dinero, es decir, mayores servicios por la misma cantidad de dinero, lo que hace que este tipo de proyectos redunde en ahorros para la entidad contratante y prácticas más eficientes.²⁸⁹

*El objeto de estos contratos, a grandes rasgos y según el artículo 32.4 de la ley 80, es delegar a una persona –concesionario- "(...) [i] la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o [ii] la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o [iii] bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o **funcionamiento de la obra o servicio**". Sin embargo, la determinación del objeto en cada caso concreto depende de la manera cómo se estructuran las respectivas prestaciones en el contrato, todo ello en el marco de los parámetros legales*

*La remuneración puede consistir "(...) en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue [al concesionario] en la explotación del bien, o en **una suma periódica, única o porcentual**", entre otras posibilidades.*

El plazo debe corresponder a un término razonable que concilie, de un lado, la expectativa del concesionario de amortizar la inversión y obtener una remuneración justa, y

²⁸⁹ Ver GRIMSEY, Darrin y LEWIS K, Mervin. "Are Public Private Partnerships value for money? Evaluating alternative approaches and comparing academic and practitioner views" Accounting Forum Vol. 29 (2005).

de otro, la obligación del Estado de no imponer restricciones a la competencia más allá de lo necesario.²⁹⁰

El concesionario se compromete a desarrollar el objeto del contrato por su cuenta y riesgo, lo que comprende usualmente la asunción de la responsabilidad de las inversiones y el desarrollo de las obras, pero bajo la vigilancia y control de la entidad contratante.

*La jurisprudencia constitucional ha entendido que el concepto "bajo la vigilancia de la entidad contratante" se refiere a la facultad que conserva la entidad de dar instrucciones en torno a la ejecución del contrato, particularmente sobre cómo se debe prestar el respectivo servicio público, construir la obra o explotar el bien.²⁹¹ Como se indicó en la sentencia C-250 de 1996²⁹², esta facultad, que tiene fundamento en el artículo 365 superior, **exige diferenciar entre "(...) los aspectos puramente contractuales (que son objeto del acuerdo de las partes), de los normativos del servicio (que corresponden siempre a la entidad pública)."** La facultad de vigilancia se refiere solamente al primer aspecto. Adicionalmente, la vigilancia estatal debe dirigirse a impedir que el concesionario abuse de su posición dominante frente a los usuarios de la obra, bien o servicio.*

De otro lado, sobre el concepto de desarrollo del objeto por el concesionario "bajo su cuenta y riesgo", la Corte ha señalado que hace referencia a la asunción del riesgo del fracaso o éxito por el concesionario, sin perjuicio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, de conformidad con los principios generales de la contratación estatal.²⁹³ Es por ello que bajo este tipo de transacciones, el contratista asume la mayor parte de la inversión que requiere la ejecución de la concesión, con la expectativa de amortizar la

²⁹⁰ Ver Comunicación Interpretativa 2000/C121/02 del 29 de abril sobre concesiones en el derecho comunitario europeo, citada por FERNÁNDEZ ROMERO, Francisco José y LÓPEZ JIMÉNEZ, Jesús. El contrato de concesión de obras públicas. En "Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública". Sevilla: Ed. Hispalex, 2005. P. 40.

²⁹¹ Ver sentencia C-250 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara.

²⁹² M.P. Hernando Herrera Vergara.

²⁹³ Ver sentencia C-250 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara.

inversión y obtener su remuneración en el plazo del contrato.

Finalmente, la jurisprudencia constitucional ha precisado que el contrato de concesión, por su finalidad, involucra la cláusula de reversión, así las partes no la pacten.²⁹⁴ Según esta cláusula, al finalizar el contrato, los elementos y bienes afectados para su desarrollo, se vuelven de propiedad de la entidad contratante, sin necesidad de remuneración adicional (artículos 14.2 y 19 de la ley 80). Por el contrario, antes de que termine el contrato, el concesionario mantiene el control y el derecho de uso de los bienes afectados por el contrato.

*Recientemente, la ley 1508 de 2012 se ocupó nuevamente de la materia al introducir la **denominación de las "asociaciones público privadas" proveniente de la literatura internacional**²⁹⁵. Su artículo 1° define estas **asociaciones como "(...) un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio."** A continuación, el artículo 2° precisa que las concesiones -artículo 32.4 de la ley 80- son una modalidad de asociación público privada y que, por tanto, según el artículo 3 ibídem, se deben regir de forma específica por esta ley cuando su precio exceda los 6.000 smmlv.*

En relación con la regulación del contrato, vale la pena destacar las siguientes disposiciones:

²⁹⁴ Ibidem. En este fallo, la Corte la Corte declaró la exequibilidad del artículo 19 de la ley 80, pues concluyó que (i) la cláusula de reversión es de la esencia del contrato de concesión y (ii) no es una expropiación sin indemnización porque el precio de esos bienes es pagado por el Estado en el precio del contrato. Al respecto, **la Corporación sostuvo: "(...) la eficacia jurídica del plazo pactado de duración del contrato permite la amortización de la inversión, por cuanto como es de la naturaleza del contrato, todo concesionario actúa por cuenta y riesgo propio, y como quiera que ha destinado un conjunto de bienes y elementos para llevar a cabo el objeto del contrato, tiene que amortizar el capital durante el término de la concesión o incluso antes, según ocurra la reversión o la transferencia. || Jurídicamente la transferencia se justifica en la medida en que ella obedece a que el valor de tales bienes está totalmente amortizado, siempre y cuando se encuentren satisfechos los presupuestos del vencimiento del término. Ese valor de los bienes que se utilicen para el desarrollo y ejecución del contrato de concesión, se paga por el Estado al momento de perfeccionar la concesión."**

²⁹⁵ Ver GRAEME A. Hodge & CARSTEN Greve "Public-Private Partnerships: An International Performance Review", "Public Administration Review" **Volume 67, Issue 3**, (May|June) 2007.

Respecto a la remuneración, el artículo 3 prevé que “[e]n estos contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera.” Luego, el artículo 5 agrega que “[e]l derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, (...) estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento”, con lo que se buscó incluir indicadores de calidad para evaluar el desempeño del contratista.

En materia de distribución de riesgos, el artículo 4 dispone que uno de los principios que debe guiar estas asociaciones es que los riesgos se repartan de forma eficiente, “(...) atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio”.

Por último, sobre el plazo del contrato y las prórrogas, el artículo 6 zanjó la discusión mediante la fijación de un plazo máximo de 30 años, incluidas prórrogas, sin perjuicio de que se puedan establecer términos mayores, previo concepto favorable del CONPES.²⁹⁶

A partir de estas definiciones, es posible deducir tres tipos de contratos de concesión: el de servicios, el de obra pública y el de explotación de bienes públicos. En esta oportunidad la Sala se enfocará en el contrato de concesión de obra pública.

Este contrato tiene por objeto, en términos generales y de conformidad con el artículo 32.4 de la ley 80: (i) la construcción de una obra

²⁹⁶ La ley 1508 también se ocupa del proceso de selección del contratista en las asociaciones público privadas –sistema de precalificación, autoriza la estructuración de proyectos de esta naturaleza por iniciativa privada, ordena que la administración de los recursos de estos proyectos se realice por medio de patrimonios autónomos y crea un Registro Único de Asociaciones Público Privadas para priorizar los proyectos que demanda el desarrollo nacional, entre otros aspectos.

pública destinada al uso público o a la prestación de un servicio público, (ii) y las actividades necesarias para el adecuado funcionamiento de la obra o para hacerla útil, incluido su mantenimiento durante el término de la concesión. Estas últimas actividades son llamadas por algunas legislaciones y doctrinantes "obras accesorias" y pueden comprender la proyección, ejecución, conservación, reposición y reparación (a) de obras complementarias necesarias para que la obra principal cumpla su finalidad y sea debidamente aprovechada, (b) de obras necesarias para adaptar y modernizar la obra principal a nuevas exigencias técnicas y funcionales; (c) de obras para la reparación y reposición de la obra principal, cuando sea necesario.

*En este sentido, por ejemplo, el artículo 7 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de España prevé que en el **contrato de concesión de obra: "(...) podrá también prever que el concesionario esté obligado a proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y que sean necesarias para que ésta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación, así como a efectuar las actuaciones ambientales relacionadas con las mismas que en ellos se prevean. En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, éstos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos."***

*En concordancia, algunos doctrinantes españoles señalan que **el contenido "necesario" de un contrato de obra pública es: "a) La explotación de las obras públicas conforme a su naturaleza y finalidad. || b) La conservación de las obras. || c) La adecuación, reforma y modernización de las obras para adaptarlas a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios y actividades a los que aquéllas sirven***

*de soporte material. // d) Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquéllas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales”.*²⁹⁷

Esta descripción general del objeto por su puesto no desconoce las especificidades que se establezcan en el respectivo contrato; en otras palabras, el objeto del acuerdo depende de los documentos que integran el contrato, el cual en todo caso debe ajustarse en términos generales a los parámetros del artículo 32.4 de la ley 80.

Por otra parte, los riesgos de ejecución del objeto son en su mayoría asumidos por el concesionario. Estos comprenden usualmente aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra.²⁹⁸ Como el concesionario se obliga a soportar la mayor parte de los riesgos, se crean incentivos para que obre de manera eficiente e invierta en innovaciones que le permitan reducir sus costos.²⁹⁹

El contrato también se caracteriza por que la remuneración del concesionario usualmente se obtiene a partir de la explotación de la obra³⁰⁰, mediante el cobro de peajes y/o contribución por valorización a los usuarios o beneficiarios de la misma. En el caso de los peajes, la autorización de cobro se extiende regularmente hasta que el contratista recupere la inversión y obtenga la remuneración en los términos pactados. Es de acuerdo con este criterio con que se fija entonces el plazo del contrato.³⁰¹ En

²⁹⁷ Ver FERNÁNDEZ ROMERO, Francisco José y LÓPEZ JIMÉNEZ, Jesús. El contrato de concesión de obras públicas. En “Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública”. Sevilla: Ed. Hispalex, 2005. P. 41.

²⁹⁸ Fernández Romero y López Jiménez ilustran esta afirmación con los siguientes ejemplos: “Es al concesionario a quien incumbe, por ejemplo, la tarea de realizar inversiones necesarias para que su obra pueda, de forma útil, ponerse a disposición de los usuarios. También recae sobre él la carga de amortización de la obra. Por otra parte, el concesionario no sólo asume los riesgos vinculados cualquier construcción, sino que deberá también soportar los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento.” Cfr. FERNÁNDEZ ROMERO, Francisco José y LÓPEZ JIMÉNEZ, Jesús. El contrato de concesión de obras públicas. En “Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública”. Sevilla: Ed. Hispalex, 2005. P. 30.

²⁹⁹ Ver HART Oliver, SCHLEIFER Andrei and VISHNY Robert. “The Proper Scope of Government: Theory and Application to Prisons”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol.112, No 4. (1997).

³⁰⁰ Ver FERNÁNDEZ ROMERO, Francisco José y LÓPEZ JIMÉNEZ, Jesús. El contrato de concesión de obras públicas. En “Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública”. Sevilla: Ed. Hispalex, 2005. P. 29.

³⁰¹ En este punto radica la principal diferencia del contrato de concesión de obra pública con el contrato de obra, pues mientras en el primero usualmente la remuneración es pagada por los usuarios de la obra por

suma, la remuneración del concesionario es regularmente fruto de la explotación de la obra y de los servicios derivados de ella.

En este orden de ideas, esta modalidad de contrato, además de atraer a la creación de infraestructura pública, la inversión, el conocimiento privado y los incentivos para la introducción de innovaciones que generen reducciones de costos, permite diluir en el tiempo el esfuerzo fiscal necesario para la realización de las obras.

Finalmente, en materia de garantías, este contrato se caracteriza por la posibilidad de dividir la garantía según las etapas en las que se estructure el contrato y por la obligación del concesionario de prorrogar las garantías en cada una de las etapas subsiguientes (artículo 9 del decreto 2474 de 2008, modificado por el decreto 2493 de 2009).

Existen a su vez diferentes modalidades del contrato de concesión de obra pública. Por ejemplo, la ley 105 de 1993 "por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones" regula específicamente el contrato de concesión de obra de infraestructura de transporte."

En efecto, el artículo 30 de la ley 105 dispone:

"ARTÍCULO 30. DEL CONTRATO DE CONCESIÓN. *La Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.*

Para la recuperación de la inversión, la Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de

medio de peajes o contribución por valorización, en el contrato de obra la entidad contratante paga un precio con cargo a sus propios recursos. Sin embargo, esta no es una diferencia estructural –sino de la práctica, pues la ley 80 permite otros tipos de remuneración en el contrato de concesión.

peajes se regula para las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes.

La variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario, implicará responsabilidad civil para la Entidad quien a su vez, podrá repetir contra el funcionario responsable.

En los contratos que por concesión celebre el Instituto Nacional de Vías, se podrán incluir los accesos viales que hacen parte de la infraestructura Distrital o Municipal de transporte.

PARÁGRAFO 1o. Los Municipios, los Departamentos, los Distritos y la Nación podrán aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado.

PARÁGRAFO 2o. Los contratos a que se refiere en inciso 2o. del artículo 81 de la Ley 80 de 1993, que a partir de la promulgación de esa Ley se celebren, se sujetarán en su formación a lo dispuesto en la misma. Sin embargo, estos no estarán sujetos a lo previsto en el numeral 4o. del artículo 44 y el inciso 2o. del artículo 45 de la citada Ley. En el Pliego de Condiciones se señalarán los criterios de adjudicación.

*PARÁGRAFO 3o. Bajo el esquema de Concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retomo al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez **culminado el período de concesión.**”*

"Adicionalmente, el artículo 31 permite la titularización de los proyectos junto con la administración de los recursos mediante patrimonios autónomos, con el fin de asegurar las inversiones necesarias para su financiación. Por su parte, el artículo 32 ibídem establece que en estos contratos solamente se puede hacer uso de las cláusulas excepcionales de modificación, interpretación y terminación unilaterales, y únicamente mientras el concesionario cumple la obligación de realizar las inversiones de construcción o rehabilitación. Por último, el artículo 33 dispone, en materia de remuneración, que la entidad concedente

*puede establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad, o acordar que cuando los ingresos de la concesión sobrepasen cierto tope, los excedentes se trasladen a la entidad contratante, se empleen para reducir el plazo de la concesión o se utilicen para financiar obras adicionales dentro del mismo sistema vial.*³⁰²

En sentencia del magistrado Hernando Herrera Vergara³⁰³ señala cuatro (4) condiciones de las concesiones en general:

"En primer lugar, es del caso señalar que como lo ha venido sosteniendo la doctrina, los contratos de concesión son aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

"De acuerdo con la anterior definición, el citado contrato presenta las siguientes características: Implica una convención entre un ente estatal -concedente- y otra persona -concesionario-; Se refiere a un servicio público o a una obra destinada al servicio público.

Puede tener por objeto la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra destinada al servicio o uso público;

En dicho contrato existe la permanente vigilancia del ente estatal, lo cual se justifica por cuanto se trata de prestar un servicio público o construir o explotar un bien de uso público. Según la ley, se actúa bajo el control del ente concedente, lo que implica que

³⁰² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C- 300 de abril 25 de 2012 MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

³⁰³ C-250 de 1996

siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio.

Esta facultad es de origen constitucional, por cuanto según el artículo 365 de la Carta, el Estado tendrá siempre el control y la regulación de los servicios públicos. Esto implica que, en el contrato de concesión, deben distinguirse los aspectos puramente contractuales (que son objeto del acuerdo de las partes), de los normativos del servicio (corresponden siempre a la entidad pública).

El concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo. Al respecto, v.gr., la Ley 105 de 1993 dispone que, para recuperar la inversión en un contrato de concesión, se podrán establecer peajes o valorización.

Según la misma ley, los ingresos que produzca la obra dada en concesión serán en su totalidad del concesionario, hasta tanto obtenga del plazo establecido en el contrato, el retorno del capital invertido.

En los contratos de concesión, deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad.

*Dada la naturaleza especial del contrato de concesión, existen, unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la de reversión que, aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse ínsitas en **el mismo contrato.***

Asimismo, la Sentencia C-350 de 1997, agrega:

"La concesión de un servicio público se otorga, previo un proceso de selección que bien puede ser por invitación para efectuar una contratación directa, o por licitación, a través de la celebración de un contrato administrativo del Estado, "... por el cual el Estado encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública, la organización y el funcionamiento de un servicio público por un determinado lapso. Esta persona "concesionario", actúa por su propia costa y riesgo. La labor se retribuye con el precio pagado por los usuarios o con subvenciones o garantías otorgadas por el Estado, o con ambos medios a la vez."

La concesión implica en favor del concesionario una delegación de las respectivas facultades por parte de

la Administración Pública, quien conserva la dirección y el control. La delegación convencional de atribuciones no significa un traspaso definitivo de las mismas.”

Coincide con las definiciones anteriores el profesor Marienhoff quien ha sostenido.

“Es el acto mediante el cual el Estado encomienda a una persona individual o jurídica, pública o privada por tiempo determinado la organización y funcionamiento de un servicio público dicha persona llamada concesionario actúa a su propia costa y riesgo percibiendo por su labor la retribución correspondiente que puede consistir en el precio pagado por los usuarios o en subvenciones o garantías otorgadas por el Estado, o en ambas cosas a la vez”

Dentro de la abundante jurisprudencia sobre el Contrato de Concesión, el Tribunal ha seleccionado los anteriores apartes en cuanto considera que comprenden con claridad y amplitud los puntos necesarios para identificar los elementos del Contrato objeto de la presente controversia y sus características.

Ahora bien, se precisa que el artículo 32 de la ley 80 de 1993 fue modificado para regular las concesiones de obras de la infraestructura de transporte mediante el artículo 30 de la ley 105 de 1993 cuyo texto reza:

“Artículo 30º.- *Del contrato de concesión. La Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.*

Para la recuperación de la inversión, la Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes.

La variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario, implicará responsabilidad civil para la

Entidad quien a su vez, podrá repetir contra el funcionario responsable.

En los contratos que por concesión celebre el Instituto Nacional de Vías, se podrán incluir los accesos viales que hacen parte de la infraestructura Distrital o Municipal de transporte.

Parágrafo 1º.- Los Municipios, los Departamentos, los Distritos y la Nación, podrán aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado.

Parágrafo 2º.- Los contratos a que se refiere el inciso 2 del artículo 81 de la Ley 80 de 1993, que a partir de la promulgación de esa Ley se celebren, se sujetarán en su formación a lo dispuesto en la misma. Sin embargo, estos no estarán sujetos a lo previsto en el numeral 4 del artículo 44 y el inciso 2 del artículo 45 de la citada Ley. En el Pliego de Condiciones se señalarán los criterios de adjudicación.

*Parágrafo 3º.- Bajo el esquema de Concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez **culminado el período de concesión.**"*

Así, pueden identificarse como elementos esenciales del Contrato de Concesión en general y de aquellos que tienen por objeto otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial las siguientes:

El objeto: El Estado se asocia con uno o varios particulares para que éstos realicen los estudios, construyan, rehabiliten, conserven y den mantenimiento a proyectos de infraestructura vial.

En forma precisa, el Objeto del Contrato 005 se define en la cláusula 2 así:

"El objeto del presente Contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 4, de la Ley 80 de 1993 y la Ley 105 del mismo año, es el otorgamiento al Concesionario de una concesión para que realice, por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, las obras de construcción, y rehabilitación y mejoramiento, la operación y el mantenimiento, las prestación de servicios y el uso de

los bienes de propiedad del INVIAS dados en concesión, para la cabal ejecución del Proyecto Vial denominado MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, bajo el control y vigilancia de INVIAS.

El INVIAS otorga por medio de este Contrato de Concesión el uso y la explotación del proyecto por el tiempo de vigencia del Contrato, para que sea destinado al servicio público de transporte, a cambio de una remuneración que consiste en la cesión de los derechos sobre el recaudo de Peaje en los sitios y con las tarifas que sean aplicables de conformidad con este Contrato.

La remuneración del Concesionario no incluye los derechos de usar para fines comerciales o publicitarios las áreas incluidas en las franjas de derechos de vía del Proyecto. El uso comercial y publicitario de estas áreas es prerrogativa del INVIAS.

El Concesionario realizará todas aquellas actividades necesarias para la adecuada y oportuna prestación del servicio y el correcto funcionamiento del Proyecto Vial, cumpliendo los requisitos mínimos establecidos en el presente Contrato y siempre bajo el contrato y vigilancia de INVIAS.

*El alcance físico del Proyecto Vial se indica en las Especificaciones Técnicas de Construcción, y **Rehabilitación y Mejoramiento.***

Conforme a la definición del propio Contrato, el Proyecto Vial objeto de la Concesión es el conjunto de todas las actividades, obras, servicios, bienes, obligaciones y derechos necesarios para su ejecución, en especial las requeridas para la construcción, la rehabilitación, mejoramiento operación y mantenimiento de los Tramos 1,2,3,4,5 y 6.

El concepto de Tramo conforme al Capítulo de Definiciones del Contrato corresponde a :

"Tramo(s)

Cada uno de los sectores físicos en que se ha dividido la ejecución del Proyecto, según se determina en las Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento.

Tramo 1

Es el sector comprendido entre Popayán y Santander de Quilichao, según se precisa en las Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento.

Tramo 2

Es el sector comprendido entre Santander de Quilichao y Palmira, y entre Y de Villarrica y Jamundí,

según se precisa en las Especificaciones Técnicas de Construcción y Rehabilitación y Mejoramiento.

Tramo 3

Es el sector comprendido entre Palmira y Buga, según se precisa en las Especificaciones Técnicas de Construcción y Rehabilitación y Mejoramiento.

Tramo 4

Es el sector comprendido entre Cali y Palmira, según se precisa en las Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento.

Tramo 5

Es el sector comprendido entre Cali y Mediacanoa, según se precisa en las Especificaciones Técnicas de Construcción y Rehabilitación y Mejoramiento.

Tramo 6

*Es el sector comprendido entre: i) Cencar-Aeropuerto-Recta Cali/Palmira, ii) Palmaseca y Cerrito, y iii) Rozo y Paso de la Torre, según se precisa en las Especificaciones Técnicas de Construcción, y **Rehabilitación y Mejoramiento.**³⁰⁴*

Para mayor ilustración, en la página siguiente se adjunta el mapa que ubica cada uno de los Tramos en el departamento del Valle del Cauca.

En primer lugar, se pone de presente que la interpretación de los aspectos relativos a este objeto debe enmarcarse en las normas de la Constitución Política y las leyes que han desarrollado tanto el concepto de servicio público en general, como el alcance de proyecto de infraestructura vial en particular y dentro de ese concepto general se encuentran los principios rectores del transporte señalados en la ley 105 de 1993 y en particular el servicio de transporte terrestre

En efecto, la Constitución Política en su artículo 365 señala:

"Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado directa o indirectamente por comunidades organizadas o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios".

El desarrollo de la norma anterior, el artículo 3 de la ley 80 señala:

³⁰⁴ Cláusula 1 del Contrato de Concesión 005 de 1999.

"Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones."

Con el propósito de resolver los asuntos sometidos a este Tribunal, se hace especial énfasis en el literal a) del artículo 2 de la ley 105 de 1993 en cuanto señala:

"La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo ejerce en forma directa por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece. Corresponde al Estado garantizar la soberanía completa y exclusiva sobre el territorio, el espacio aéreo y el mar territorial"

Y en concordancia con la naturaleza del servicio en si mismo considerado el literal b) continúa señalando:

B "De la intervención del Estado: Corresponde al Estado la planeación, el control, la regulación y la vigilancia del transporte y de las actividades a él vinculadas."

Adicionalmente, el numeral 2 del artículo 3 de la misma Ley 105 establece que:

2. "La operación del transporte público en Colombia es un servicio público bajo la regulación del Estado, quien ejercerá el control y la vigilancia necesarios para su adecuada prestación, en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad. Excepcionalmente la Nación, las Entidades Territoriales, los Establecimientos Públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de cualquier orden, podrán prestar el servicio público de transporte, cuando este no sea prestado por los particulares, o se presenten prácticas monopolísticas u oligopolísticas que afecten los intereses de los usuarios, en todo caso el servicio prestado por las

entidades públicas estará sometido a las mismas condiciones y regulaciones de los particulares. Existirá un servicio básico de Transporte accesible a todos los usuarios. Se permitirá de acuerdo con la regulación o normatividad el transporte de lujo, turísticos y especiales, que no compitan deslealmente con el sistema básico."

En el artículo 12 de la misma Ley 105 se define el concepto de infraestructura de transporte así:

"Se entiende por infraestructura del transporte a cargo de la Nación, aquella de su propiedad que cumple la función básica de integración de las principales zonas de producción y de consumo del País, y de éste con los demás países. Esta infraestructura está constituida por:

1. La red nacional de carreteras, con sus zonas, facilidades, y su señalización, que se define de acuerdo con los siguientes criterios:

a. Las carreteras cuyos volúmenes de tránsito sean superiores a aquellas que sirven hasta un 80% del total de la red vial de carreteras.

b. Las carreteras con dirección predominante sur - norte, denominadas Troncales, que inician su recorrido en las fronteras internacionales y terminan en los puertos del Atlántico o en fronteras internacionales.

c. Las carreteras que unen las Troncales anteriores entre sí, denominadas Transversales, cuyo volumen de tránsito esté justificado, según el contenido del literal a, que comuniquen con los Países limítrofes o con los puertos de comercio internacional.

d. Las carreteras que unen las capitales de Departamento con la red conformada con los anteriores criterios, de acuerdo con su factibilidad técnica y económica; esta conexión puede ser de carácter intermodal.

e. Las vías para cuya constitución se ha comprometido el Gobierno Nacional con Gobiernos Extranjeros mediante convenios o pactos internacionales.

Con el propósito de que se promueva la transferencia de las vías que están hoy a cargo de la Nación hacia los Departamentos, el Ministerio de Transporte adoptará los mecanismos necesarios para que la administración, conservación y rehabilitación de esas vías, se pueda adelantar por contrato.

Las carreteras nacionales podrán convertirse en departamentales a petición del Departamento

respectivo, si este demuestra la capacidad para su rehabilitación y conservación.

(...) 7. Los puentes construidos sobre los accesos viales en zonas de frontera.

8. Los viaductos, túneles, puentes y accesos en general a las capitales de departamentos, distritos y municipios."

En desarrollo de su facultad de dirigir las políticas en materia de infraestructura vial el artículo 15 de la ley 105 prescribe:

"El Ministerio de Transporte presentará al Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES para su aprobación, cada dos (2) años, los planes de expansión vial, que deberán contener como mínimo lo siguiente:

La conveniencia de hacer inversiones en nueva infraestructura vial Nacional, de acuerdo con las prioridades del Plan Nacional de Desarrollo.

Las inversiones públicas que deben efectuarse en infraestructura vial, y las privadas que deben estimularse.

Las metodologías que deben aplicarse de modo general al establecer contraprestaciones por concesiones e infraestructura vial nacional.

Los planes de expansión vial podrán modificar la red Nacional de transporte, incorporando o excluyendo vías específicas.

Las inversiones públicas que se hagan en materia de infraestructura vial nacional se ceñirán a lo expuesto en los planes de expansión vial y en el Plan Nacional de Desarrollo.

Los planes de expansión vial se expedirán por medio de decretos reglamentarios del Plan Nacional de Desarrollo y esta Ley.

El Ministerio de Transporte presentará en un término no mayor a dos (2) meses contados a partir de la vigencia de la presente Ley, para consideración y aprobación del Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES, el proyecto de integración de la Red Nacional de Transporte, de acuerdo con los criterios previstos en esta Ley."

A su vez, el Artículo 20 prescribe:

"Corresponde al ministerio de Transporte, a las entidades del orden nacional con responsabilidad en la infraestructura de transporte y a las entidades territoriales la planeación de la infraestructura de

transporte, determinando las prioridades para su conservación y construcción. Para estos efectos, la Nación y las Entidades Territoriales harán las apropiaciones presupuestales con recursos propios y con aquellos que determine la Ley.”

Interpretando armónica y sistemáticamente de las disposiciones transcritas se encuentran elementos comunes que enmarcan las concesiones viales.

Se señala que se trata de un servicio público a cargo del Estado y en este sentido, el alcance de la regulación debe encaminarse hacia la consecución del fin perseguido por la Constitución Política de garantizar su prestación efectiva; es una actividad reglada por la propia Constitución y por la Ley, y, su planeación obedece a políticas públicas de planeación y prioridad que, en desarrollo del Plan Nacional de Desarrollo, reglamente el gobierno nacional para identificar aquellas estrategias de largo plazo encaminadas al desarrollo de la infraestructura.

El Decreto 2770 de 1953 reemplazado por la ley 1228 de 2008 determina que las vías que conforman el Sistema Nacional de Carreteras o Red Vial Nacional se denominan arteriales o de primer orden, intermunicipales o de segundo orden y veredales o de tercer orden. Estas categorías podrán corresponder a carreteras a cargo de la Nación, **los departamentos, los distritos especiales y los municipios”**

Esta norma señala que las vías que se identificaban como de primera, segunda y tercera categoría en el Decreto 2770 de 1953 corresponden respectivamente a las de primero, segundo y tercer orden.

En conclusión, en desarrollo de los planes y políticas públicas de largo plazo, corresponde al Ministerio de Transporte definir el alcance y prioridad de los proyectos de infraestructura vial que son entregados mediante el sistema de concesión de proyectos a los particulares.

Adicionalmente se pone de presente que la actividad del concesionario está enmarcada en la realización de los estudios definitivos, las obras de construcción y rehabilitación, mejoramiento, la operación y el mantenimiento, la prestación de servicios de los bienes de propiedad del INVIAS dados en concesión para la ejecución del Proyecto Vial.

De otra parte las actividades del concesionario como lo ha señalado el Consejo de Estado implican el desarrollo conjunto de actividades que hacen parte del concepto de actos de comercio.

“Ahora bien, entre las actividades que señala el artículo 32-4 de la Ley 80 de 1994, las que

atañen al caso concreto, esto es, las actividades de "construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra", conforme se precisó anteriormente, califican como actividades mercantiles y de servicio porque se enmarcan como tal, dentro' de las actividades que regula el Código de Comercio.

En efecto, la actividad de construcción implica la creación de una obra de arquitectura o de ingeniería, y esas actividades las desarrollan profesionales que prestan sus servicios generalmente a cambio de una remuneración.

La actividad de explotación, por su parte, conlleva "obtener utilidad de un negocio o industria en provecho propio'

Conservar, a su vez, es mantener "una cosa en su ser, darle permanencia a en un periodo de tiempo a una cosa o un bien. Esto implica continuidad de la obra, del bien o de la estructura; es proseguir en lo que se está ejecutando". De ahí que "Se entiende por obras de mantenimiento aquellas obras civiles, mecánicas, eléctricas y del sistema de control de carácter periódico, necesarias para optimizar las condiciones de operación de la infraestructura o servicio, que permitan al concesionario garantizar la operación eficiente de la infraestructura concesionaria, y la prestación continua y adecuada del servicio público. "

Bajo los anteriores presupuestos, quienes realizan las actividades de construcción, explotación y mantenimientos, ejecutan actividades de carácter mercantil y de servicios y, en consecuencia, son sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio. Por lo tanto, es claro que la calidad de empresa dedicada a la construcción, a la explotación o a las mejoras de obras públicas no se pierde por el hecho de suscribir contratos de concesión.

Ahora bien, como el objeto de los contratos de concesión no necesariamente se circunscribe a la actividad de construcción sino que también puede incluir la de explotación y la de conservación de la obra pública, la Sala, en

sentencia del 9 de julio de 2009 , precisó que cuando se ejecutan estas actividades, en su conjunto, se deben enmarcar como actividades de servicio y, por lo tanto, se gravan como tal, con el impuesto de industria y comercio. Por otra parte, toda actividad mercantil, cuando un concesionario construye una obra, la explota o ejecuta las obras necesarias para su conservación, percibe a cambio una remuneración que conforme el artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993 " (...) puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.³⁰⁵ "

Esta precisión resulta importante en cuanto reafirma que por tratarse de actividades mercantiles realizadas por los particulares, los sujetos que las desarrollan encuadran en el concepto de comerciantes y los actos realizados llevan implícito el concepto de lucro. Por las mismas razones, su conducta debe estar encuadrada dentro de los deberes propios de profesionalismo y la diligencia que impone la ley a dichos comerciantes.

La remuneración

El precio o remuneración es elemento esencial del contrato de concesión. En tal sentido, como acto jurídico bilateral y conmutativo, la manifestación de la voluntad de las partes debe reflejarse en la determinación de esa remuneración, mediante su consentimiento recíproco.

En efecto, señalan los artículos 32 y 28 de las leyes 80 y 105 respectivamente, que el concesionario tiene derecho a recibir una remuneración como contraprestación económica por el desarrollo del proyecto y especifica que esa remuneración puede revestir diferentes modalidades.

Específicamente para las concesiones de infraestructura, la ley 105 de 1993 establece que: "La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes.

³⁰⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Consejero Ponente Hugo Fernando Bastidas. Expediente 16730.

La variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario, implicará responsabilidad civil para la Entidad quien a su vez, podrá repetir contra el funcionario responsable.”

Ha señalado la Corte Constitucional que:

“El contrato de concesión es, pues, un contrato del Estado cuya finalidad es el uso de un bien público o la prestación de servicios públicos, que en principio, como así lo dispone el estatuto superior, le corresponde prestar al Estado. Su objeto está directamente relacionado por tanto, con el interés general, el cual está representado en una eficiente y continua prestación de los servicios y en la más oportuna y productiva explotación de los bienes estatales.

Derivado de su naturaleza eminentemente administrativa, el contrato de concesión lleva implícitos beneficios contractuales para el Estado, los cuales se originan en la necesidad de otorgar medios jurídicos que le aseguren al Estado la ausencia de intervalos, por ejemplo, en la prestación de un servicio público, que afecte los derechos de la colectividad o de los usuarios de los bienes.

Cabe destacar, como ya se indicó, que una particularidad del contrato de concesión, es que debe contener obligatoriamente la cláusula de reversión - que constituye una prerrogativa exorbitante de obligatoria inclusión en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado-, en cuya virtud los bienes y demás elementos directamente afectados a la concesión o explotación de los bienes estatales pasan a ser de propiedad de la entidad contratante, una vez terminado el plazo contractual -que es el término o período que las partes estiman suficiente para recuperar los costos del proyecto, intereses de capital empleado y demás gastos financieros y operativos-, sin compensación alguna.

Como lo ha anotado la doctrina que existe sobre la materia, la eficacia jurídica del plazo pactado de duración del contrato permite la amortización de la inversión, por cuanto como es de la naturaleza del contrato, todo concesionario actúa por cuenta y riesgo propio, y como quiera que ha destinado un conjunto de bienes y elementos para llevar a cabo el objeto del contrato, tiene que amortizar el capital durante el

*término de la concesión o incluso antes, según ocurra la reversión o la transferencia. Jurídicamente la transferencia se justifica en la medida en que ella obedece a que el valor de tales bienes está totalmente amortizado, siempre y cuando se encuentren satisfechos los presupuestos del vencimiento del término. Ese valor de los bienes que se utilicen para el desarrollo y ejecución del contrato de concesión, se paga por el Estado al momento de perfeccionar la concesión.*³⁰⁶”

Así las cosas, el concepto de remuneración tiene una relación directa y se determina con base en la inversión del particular.

Desde la perspectiva económica el experto Benavides en estudio para Fedesarrollo en **el año 2008 sostuvo: “El activo revierte al Estado al finalizar la vigencia del contrato. La inversión privada en una concesión se efectúa ante la expectativa de recibir flujos de caja que remuneran el costo del capital y el desempeño eficaz del operador durante el periodo de la misma”**

Antes de señalar específicamente el alcance del concepto de cesión del derecho al recaudo de los peajes, como uno de los mecanismos de remunerar al particular, es preciso puntualizar que cualquiera que sea la forma de retribución, los recursos utilizados para ese pago conservan la naturaleza de recursos públicos; en efecto, pueden provenir del presupuesto general de la nación o pueden tener origen en valorizaciones, tasas, peajes o derechos de uso cuya fuente y naturaleza encuadran dentro del concepto de recurso público.

Así, por ejemplo, la valorización por obras públicas nacionales es una contribución a cargo del propietario de un bien inmueble que se beneficia de la ejecución de la obra; el peaje es una tasa que paga el usuario de la infraestructura vial y la tarifa es una contribución, conceptos comprendidos dentro del concepto general del tributo.

Por tal razón, los principios generales aplicables a la contratación estatal y las disposiciones que los regulan, hacen especial énfasis en la protección y defensa de esos recursos públicos que lejos de ser de la Entidad como tal, le corresponden y le pertenecen a la Sociedad en general.

En concreto, la tasa es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva y potencial de un servicio público individualizado en el contribuyente. Su producto no debe tener un

³⁰⁶ Corte Constitucional sentencia C-250 de 1996.

destino ajeno al servicio que contribuye al presupuesto de la obligación.³⁰⁷

Así las cosas, cuando la remuneración consiste en la cesión temporal al derecho a recaudar el monto de los peajes y en cuanto éstos se han **definido como una tasa, se explica que “en la concesión de obra pública,** donde el concesionario tiene derecho a percibir de las personas legalmente imputables (es decir de las que se considera directamente favorecidas por la obra-**el importe correspondiente”**³⁰⁸.

Dicho lo anterior, se concluye que la remuneración es el monto que tiene derecho a percibir el concesionario, como consecuencia de una decisión conjunta de las partes contratantes y que incluye no solamente los costos y gastos de quien ejecuta la obra, sino una suma que le compensa además su desempeño profesional y la utilidad a la que tiene derecho dada la naturaleza mercantil de la actividad.

Con base en el anterior marco legal, procede el Tribunal al análisis detallado de las cláusulas que en el Contrato 005 hacen referencia a esa remuneración.

Ingreso Esperado Concepto. Cláusulas contractuales.

En la cláusula 1 del Contrato de Concesión, bajo el acápite de Definiciones se describen los siguientes términos:

"Ingreso Esperado

Es el valor en \$COP de diciembre de 1997 presentado por el Concesionario en su Propuesta, siguiendo el formulario incluido en el Anexo 1 del Pliego de Condiciones .

Ingreso Generado

Será la sumatoria acumulada de los ingresos recibidos por el Concesionario, o cuyo pago ya haya sido causado a favor del Concesionario -según corresponda-, por concepto de:

- i. Peajes,*
- ii. Nota: El contenido de este ordinal, que correspondía a las compensaciones que se habrían derivado de la garantía de ingresos ofrecida por el INVIAS en el Pliego, fue eliminado dado que la garantía de ingresos no fue solicitada por el Concesionario en su Propuesta.*

³⁰⁷ Corte Constitucional C 594 de 1994

³⁰⁸³⁰⁸ Marienhoff op cit. Pag.

iii. Compensaciones derivadas del mantenimiento del valor de las tarifas de Peajes de acuerdo con lo previsto en la cláusula 20 de este Contrato, siempre que la cuenta correspondiente haya sido aprobada por el INVIAS, aunque el pago efectivo aun no haya sido recibido por el Concesionario. Este concepto incluye los intereses que eventualmente deben reconocerse al Concesionario durante el plazo de pago de la compensación, ni los intereses de mora por retardo en dicho pago.(...)

"Cláusula 17. Forma de pago

Como contraprestación por la celebración y ejecución del Contrato, el INVIAS hará la cesión al Concesionario de los derechos de recaudo de Peaje de las siguientes estaciones:

Estación Tunia con cobro en doble sentido, ubicada en el Tramo 1.

Estación Villarrica con cobro en doble sentido, ubicada en el Tramo 2.

Estación cerrito con cobro en doble sentido, ubicada en el Tramo 3.

Estación CIAT con cobro en sentido este-oeste y estación Estambul con cobro en sentido oeste-este ubicadas en el Tramo 4.

Estación Mediacanoa con cobro en doble sentido, ubicada en el Tramo 5.

*Estación Palmaseca, que incluye dos casetas, una con cobro en sentido occidente-oriente y otra con cobro en sentido norte-sur; y estación Paso de la Torre con cobro en doble sentido, **ubicadas en el Tramo 6.**"*

La interpretación armónica de las cláusulas contractuales con la naturaleza del contrato indican sin lugar a dubitación alguna, que el concesionario recibirá como compensación económica por sus labores una suma igual al ingreso esperado, suma que se atenderá con los Ingresos Generados.

El denominado Ingreso Esperado que tiene origen en una estimación elaborada por el Concesionario como la suma que considera necesaria para cubrir los costos, gastos, riesgos, utilidad e imprevistos y por tal razón cualquier proyección del concesionario elaborada para alcanzar ese ingreso esperado debe reflejar una estimación de cada una de las variables que conforman esa remuneración.

Como quiera que el término del Contrato será el equivalente al plazo necesario para que el Concesionario reciba la suma fijada como Ingreso Esperado, en el Contrato No. 005 no hay lugar a sostener que habrá ingresos adicionales ni que el concesionario durante la vigencia del

contrato, va a percibir una suma inferior a ese ingreso esperado. Es esta precisamente, como lo señaló el Consejo de Estado, la característica principal de los contratos que, como el 005, hacen parte de la segunda generación de concesiones.

En efecto, de conformidad con la cláusula 16 del Contrato 005, la remuneración a la que tendría derecho el concesionario incluye:

"CLÁUSULA 16. VALOR EFECTIVO DEL CONTRATO:

El valor efectivo de este Contrato, corresponderá a: i) los recaudos de Peaje que serán cedidos al Concesionario por el INVIAS, ii) las compensaciones derivadas del mantenimiento del valor de las tarifas de Peajes de acuerdo con lo previsto en el numeral 20.2. de la cláusula 20 de este Contrato y iii) las demás compensaciones a favor del Concesionario expresamente previstas en este Contrato. Este valor efectivo remunera todos los costos y gastos-directos e indirectos-en que incurra el Concesionario por la preparación y celebración del Contrato, así como por la ejecución y terminación del Proyecto, los impuestos, tasas y contribuciones que se causen por la ejecución del presente Contrato, los costos financieros, la remuneración del capital invertido, las utilidades del Concesionario y en general incluye el valor de la contraprestación por todas las obligaciones que adquiere el Concesionario en virtud del presente Contrato.

El valor efectivo de este Contrato remunera también la asunción de riesgos que se desprenden de las obligaciones del Concesionario o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de este Contrato. En tal sentido, las partes declaran que no habrá lugar al restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando quiera que ese presenten circunstancias que sean previsibles durante la ejecución del Contrato. En consecuencia, sólo habrá lugar a solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, por cualquiera de las partes, cuando surjan hechos extraordinarios e imprevisibles-aleas anormales-no imputables a la parte que solicita el restablecimiento, que afecten la economía del Contrato y generen una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales: Lo anterior sin perjuicio del pago de las compensaciones e indemnizaciones que se causen por el ejercicio-por parte del INVIAS-de las potestades excepcionales al

*derecho común, en los términos del art. 14 de la ley
80 de 1993."*

Revisados los antecedentes del Contrato y la correspondencia agregada al expediente se observa que ni el estudio previo de factibilidad y evaluación financiera elaborado por el INVIAS ni las variables que sirvieron de base para la propuesta del concesionario, se reflejan en el texto del contrato como elementos determinantes del consentimiento. Tampoco se encuentran ni en el texto del Contrato Principal ni en sus modificaciones, u otrosíes, referencias o definiciones de modelo financiero contractual con carácter vinculante.

Por tal razón, la remuneración reflejada en el contrato es el resultado de la estimación y ponderación de una serie de factores como la experiencia, la propuesta económica que contiene unos cálculos o proyecciones elaborados por el concesionario y analizados por el INVIAS que le permitieron a la entidad seleccionar objetivamente a la UT como su contratista.

Ahora bien, por la naturaleza del contrato, catalogado como contrato de concesión de **"segunda generación"**, **el Estado no le garantiza al** concesionario ningún ingreso derivado del tráfico ni garantías o ajustes de precios derivados de la verificación de los supuestos de la propuesta con la realidad de los hechos. La remuneración pactada reconoce en favor del concesionario no solamente la recuperación de los costos y gastos en que incurrió para adelantar el proyecto en los términos en que le fue concesionado, sino el derecho a recibir una utilidad que es inherente a los negocios comerciales, los cuales llevan implícito un ánimo de lucro y un beneficio que usualmente además está relacionado con el nivel de riesgo que se asume.

Es precisamente por ello que esa remuneración debe establecerse con base en criterios objetivos y el análisis de la rentabilidad propuesta por el concesionario es determinante en la evaluación que la Entidad Estatal efectúa para la adjudicación y para la formación del consentimiento recíproco de las partes, como elemento del contrato.

Se resalta que la ley 105 de 1993 establece que en los contratos de concesión el concesionario tiene derecho a la remuneración que se establezca y que en el respectivo contrato se deberá señalar la base que sirvió de base para calcular esa remuneración.

Así las cosas, el hecho de que esa suma pactada en el Contrato 005 como consecuencia de la adjudicación en un proceso de licitación pública hubiere sido resultante de un análisis comparativo de las propuestas evaluadas permite suponer que, no obstante no conocer ni los supuestos del modelo inicial de la entidad estatal ni el del concesionario. el monto del ingreso esperado y la remuneración pactada junto con los otros factores de evaluación, responden a las condiciones

de contratación más favorables para la prestación del servicio público y de la sociedad en general, en cuanto claramente se cumplieron los principios de planeación y libre concurrencia.

Como señaló el Tribunal, en el texto del Contrato 005 de 1999 no se hace referencia alguna a modelo financiero ni el Tribunal pudo establecer con certeza una vez analizadas las pruebas que fueron aportadas y practicadas en desarrollo del proceso, cuáles fueron las bases que sirvieron para determinar el concepto de ingreso esperado inicial.

Tampoco se hace referencia alguna a la TIR o a la expectativa de utilidad a la que tendría derecho el concesionario. En consecuencia, no sería válido concluir la presencia de un modelo financiero contractual con carácter vinculante.

Si bien resulta evidente para el Tribunal que los contratos de segunda generación no le garantizan al concesionario una TIR, no puede perderse de vista que conforme a lo dispuesto por la ley 105 de 1993 y a los pronunciamientos del CONPES esa TIR se constituye en la base para convenir la remuneración.

Ingreso Generado. El recaudo de los peajes.

Tal y como se señaló anteriormente la fuente de pago del Ingreso Esperado es el derecho que tiene el concesionario de recaudar los peajes que pagan los usuarios por concepto del uso y tránsito por las vías objeto de la concesión y que forman parte del Proyecto de infraestructura.

El artículo 21 de la ley 105 de 1993, modificado parcialmente por el artículo 1 de la ley 787 de 2002 dispone:

"Artículo 21º. - Modificado parcialmente por el art. 1, Ley 787 de 2002. *Tasas, tarifas y peajes en la infraestructura de transporte a cargo de la Nación. Para la construcción y conservación de la infraestructura de transporte a cargo de la Nación, ésta contará con los recursos que se apropien en el Presupuesto Nacional y además cobrará el uso de las obras de infraestructura de transporte a los usuarios, buscando garantizar su adecuado mantenimiento, operación y desarrollo. Para estos efectos, la Nación establecerá peajes, tarifas y tasas sobre el uso de la infraestructura nacional de transporte y los recursos provenientes de su cobro se usarán exclusivamente para ese modo de transporte.*

Todos los servicios que la Nación o sus Entidades descentralizadas presten a los usuarios accesoriamente a la utilización de la infraestructura Nacional de transporte, estarán sujetos al cobro de tasas o tarifas.

Para la fijación y cobro de tasas, tarifas y peajes, se observarán los siguientes principios:

a. Los ingresos provenientes de la utilización de la infraestructura de transporte, deberán garantizar su adecuado mantenimiento, operación y desarrollo.

b. Deberá cobrarse a todos los usuarios, con excepción de las motocicletas y bicicletas.

[Ver la Resolución del Ministerio de Transporte 5675 de 2003](#)

c. El valor de las tasas o tarifas será determinado por la autoridad competente; su recaudo estará a cargo de las entidades públicas o privadas, responsables de la prestación del servicio.

d. Las tasas de peajes serán diferenciales, es decir, se fijarán en proporción a las distancias recorridas, las características vehiculares y sus respectivos costos de operación.

e. Para la determinación del valor del peaje y de las tasas de valorización, en las vías nacionales, se tendrá en cuenta un criterio de equidad fiscal.

Parágrafo. - La Nación podrá en caso de necesidad y previo concepto del Ministerio de Transporte, apropiar recursos del presupuesto Nacional para el mantenimiento, operación y desarrollo de la infraestructura de transporte.

Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-482 de 1996](#) "

"Artículo 22º. - Destino de los recursos del peaje. En la asignación de los recursos del Instituto Nacional de Vías, recaudados por peajes, como mínimo será invertido el 50%, para construcción, rehabilitación y conservación de vías en el respectivo departamento donde se recaude y el excedente en la respectiva zona de influencia.

Artículo 23º. - Valorización. La Nación y las Entidades Territoriales podrán financiar total o parcialmente la construcción de infraestructura de transporte a través del cobro de la contribución de **valorización.**"

En el capítulo de las definiciones del Contrato se define Peaje como:
"Las tasas aplicables durante la ejecución del Contrato a cada una de las categorías de vehículos. Siempre que en este Contrato se haga

referencia a lo efectiva o realmente recibido o a lo recibido por concepto de Peajes se entenderá como la multiplicación de las Tarifas Vigentes multiplicado por el número de vehículos que hayan pasado por las estaciones de peaje independientemente de que los usuarios hayan o no pagado por las estaciones de peajes puesto que la responsabilidad y riesgo del cobro y el control es de cargo del concesionario”.

Según se transcribió en aparte anterior el concepto de ingreso generado es la sumatoria acumulada de los ingresos recibidos por el Concesionario por concepto de Peajes.

En concordancia con los anteriores conceptos las cláusulas 15, 16 y 17 del contrato expresan que:

"Cláusula 15. Valor estimado del Contrato

El valor del presente Contrato se estima en la suma agregada de \$366.919.000.000.00, correspondiente a la inversión del Concesionario en el Proyecto, es decir, la sumatoria de los siguientes conceptos:

Valor de diseño, construcción y rehabilitación y mejoramiento, incluido el valor la instalación, montaje y prueba de los equipos necesarios para la infraestructura de operación, calculada en la Propuesta del Concesionario: \$344.250.000.000.00.

Valor a pagar por el Concesionario al Departamento del Valle del Cauca, según el valor determinado en la cláusula 42 de este Contrato: \$7.859.000.000.00.

Costo estimado de la Interventoría durante la Etapa de Preconstrucción y durante la Etapa de Construcción según el valor predeterminado en el numeral 61.7.1 de la cláusula 61 de este Contrato: \$9.579.000.000.00.

Valor de los montos aportados por el Concesionario al Fideicomiso 1 con destino a la compra de predios, según el valor determinado en el numeral 26.3 de la cláusula 26 de este Contrato: \$20.601.000.000.00

(sumatoria de i) COL\$14.377'000.000.00, monto señalado en el primer inciso del numeral 26.3, mas ii) COL\$6.224'000.000.00, valor de los predios correspondientes a las Obras Complementarias ofrecidas por el Concesionario en su Propuesta, según el inciso penúltimo del numeral 26.3 de este Contrato).

Valor de los montos aportados por el Concesionario al Fideicomiso 3 para cubrir los costos y gastos adicionales que -de acuerdo con el numeral 26.3 de la cláusula 26 del presente Contrato- sean necesarios para que el Concesionario cumpla con las obligaciones que emanen de la(s) Licencia(s) Ambiental(es) y/o de

los Documentos de Evaluación y Manejo Ambiental, según el valor determinado en el numeral 28.4 de la cláusula 28 de este Contrato: \$3.600.000.000.00.

Valor de los montos aportados por el Concesionario al Fideicomiso 4 con destino al cubrimiento de los costos del Plan de Gestión Social (numeral 6 del Anexo 12 del Pliego), según el valor determinado en el numeral 28.7 de la cláusula 26 de este Contrato: \$1.030.000.000.

Los anteriores valores están calculados en Pesos de diciembre de 1997.

*Para efectos fiscales el valor de este Contrato es **indeterminado,***

Cláusula 17. Forma de pago

Como contraprestación por la celebración y ejecución del Contrato, el INVIAS hará la cesión al Concesionario de los derechos de recaudo de Peaje de las siguientes estaciones:

Estación Tunia con cobro en doble sentido, ubicada en el Tramo 1

Estación Villarrica con cobro en doble sentido, ubicada en el Tramo 2

Estación Cerrito con cobro en doble sentido, ubicada en el Tramo 3.

Estación CIAT con cobro en sentido este-oeste y estación Estambul con cobro en sentido oeste-este ubicadas en el Tramo 4.

Estación Mediacanoa con cobro en doble sentido, ubicada en el Tramo 5

Estación Palmaseca, que incluye dos casetas una con cobro en sentido occidente-oriente y otra con cobro en sentido norte-sur; y estación Paso de La torre con cobro en doble sentido, ubicadas en el Tramo 6.

Con base en las anteriores consideraciones y en la naturaleza misma del Contrato de Concesión de Segunda Generación, concluye el Tribunal que la remuneración del Concesionario está conformada por el monto de los ingresos provenientes de los Peajes ubicados en cada uno de los Tramos en el Proyecto Vial bajo el concepto de Ingreso Generado hasta alcanzar el monto de Ingreso Esperado señalado en el Contrato. Como quiera que el plazo del contrato termina cuando el Concesionario obtenga el Ingreso Esperado, se concluye que en el horizonte de tiempo del contrato, la remuneración del concesionarios será el monto total del ingreso esperado.

El plazo.

Es claro que el contrato de concesión debe establecer un plazo determinado o determinable, porque la naturaleza del servicio público a cargo del Estado, cuyos estudios, construcción u operación se transfieren al particular, revisten un carácter eminentemente temporal porque el Estado no se desprende de la titularidad del bien objeto de la concesión, al cabo de la expiración del plazo, el proyecto concedido el bien o el servicio revierten al Estado y como consecuencia de ello, recupera el derecho que había cedido temporalmente a recibir las tasas que se ocasionan con su utilización.

En proyectos que requieren altos montos de inversión de capital y específicamente en los contratos de concesión de infraestructura, usualmente el plazo del contrato está directamente relacionado con la remuneración, en función de que el particular colaborador alcance a obtener un precio justo como contraprestación, como contraprestación de sus actividades.

Según la naturaleza del contrato y la generación a la que pertenece, ese plazo puede ser determinado desde el principio cuando el particular tiene un ingreso garantizado por el Estado aun cuando los ingresos que son fuente de pago no se hubieren obtenido al vencimiento del plazo o determinable cuando se establece en función de un hecho futuro y cierto: cuando los ingresos generados alcancen el monto del ingreso esperado, tal y como ocurre en los contratos de segunda generación.

Ley aplicable

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 38 de la ley 153 de 1887 los contratos se rigen por las normas vigentes al tiempo de su celebración, de tal suerte que el Contrato No. 005 de 1999 se rige por la norma especial del artículo 30 de la ley 105 de 1993 y por las normas de la ley 80 de 1993.

Adicionalmente, por tratarse de un contrato Estatal típico, su interpretación debe adecuarse a los principios generales de la contratación administrativa, sin perder de vista además que en este tipo de negocios está directamente involucrado el interés público y la prestación eficiente del servicio público a cargo del Estado que en desarrollo de un principio constitucional consagrado en el artículo 365, sin que por esta delegación el estado se desprenda de su deber de vigilar y hacer seguimiento a la ejecución contractual.

El Consejo de Estado en este sentido ha señalado:

(...) 5.3. Dentro del anterior marco jurídico, los diferentes estatutos de contratación pública han dispuesto, mediante normas especiales, el tránsito de legislación, así:

(i) En el Decreto Ley 150 de 1976: **"Artículo 203. De los contratos que se están perfeccionando. Los contratos que a la fecha de vigencia de este decreto se estuvieren perfeccionando, podrán continuar su tramitación de acuerdo con las normas antes vigentes o acogerse a las reglas del presente estatuto..."**

(ii) En el Decreto Ley 222 de 1983: **"Artículo 300. De los contratos que se están perfeccionando. Los contratos que a la fecha de vigencia de este estatuto se estuvieren tramitando continuarán dicho procedimiento conforme a las normas antes vigentes"**.

(iii) En la Ley 80 de 1993 (actualmente vigente): **"Artículo 78. De los contratos, procedimientos y procesos en curso. Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación."**³⁰⁹

Cabe advertir que en el Decreto Ley 150 de 1976 se dio la posibilidad de escoger entre el régimen anterior y el nuevo para efectos exclusivos del trámite de perfeccionamiento del contrato, facultad que fue suprimida por el Decreto Ley 222 de 1983, para en cambio ordenar la aplicación en esta misma materia - procedimiento- de la ley anterior vigente y precedente al nuevo estatuto; mientras que en la Ley 80 de 1993, se amplió la regla al disponer que los contratos (régimen sustantivo), los procedimientos de selección y procesos judiciales en curso, se regirán por las normas vigentes al momento de su celebración o iniciación, según el caso.

Así las cosas, conviene mencionar que el régimen aplicable a los contratos adicionales suscritos en vigencia de la Ley 80 de 1993, pero que adicionan un contrato principal celebrado bajo la vigencia del Decreto ley 222 de 1983 -o incluso otra normativa-, es aquel vigente al momento de la celebración del contrato principal del cual derivan su existencia, tal y como lo explicó la Sala en el siguiente pronunciamiento:

³⁰⁹ La lectura de este artículo debe realizarse conjuntamente con lo prescrito en el inciso segundo del artículo 81 ibídem, en virtud del cual, a partir de su promulgación, la cual tuvo lugar el 28 de octubre de 1993 en el Diario Oficial No. 41.094, entraron a regir varias de sus normas relacionadas -entre otras materias- con el contrato de concesión, la fiducia pública, el encargo fiduciario y los servicios y actividades relacionadas **con telecomunicaciones; Dispone el precepto: "A partir de la promulgación de la presente ley, entrarán a regir el parágrafo del artículo 2o.; el literal l) del numeral 1o. y el numeral 9o. del artículo 24; las normas de este estatuto relacionadas con el contrato de concesión; el numeral 8o. del artículo 25; el numeral 5o., del artículo 32 sobre fiducia pública y encargo fiduciario; y los artículos 33, 34, 35, 36, 37 y 38, sobre servicios y actividades de telecomunicaciones." A su vez, el inciso tercero de esta última norma, estableció que las demás disposiciones de la Ley 80 de 1993, entrarían a regir el 1º de enero de 1994, salvo las disposiciones relativas a registro, clasificación y calificación de proponentes, cuya vigencia se iniciaría un año después de la promulgación de esta ley.**

"...¿cuál es el régimen contractual aplicable a esos contratos adicionales si éste se concibe como un nuevo contrato? (...) La respuesta a dichos interrogantes la suministran las mismas disposiciones de los distintos estatutos contractuales precitados porque ambos ordenamientos claramente disponen y coinciden en que los contratos que se estuvieren tramitando continuarían contractualmente sometidos a la norma anterior vigente o que los contratos en curso continuarían sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación.

*Queda claro entonces que frente a los contratos adicionales, sin perjuicio de su independencia frente al contrato principal, se rigen por el estatuto contractual vigente al momento de la celebración del contrato principal del cual derivan su existencia -mas no su validez- como contratos adicionales a aquel que se encuentra en curso o en trámite; por lo tanto, como se observa en materia de existencia y regulación contractual es obvio que los contratos adicionales deben ir bajo la misma norma que reguló el inicial, con mayor razón si se tiene en cuenta que por regla general el contrato adicional se sigue por las estipulaciones del contrato principal en aquellas **cláusulas en las cuales no se adicionó...**"³¹⁰ (negrilla por fuera del texto original).*

En este orden de ideas, la regla de acuerdo con la cual se entienden incorporadas las normas existentes al tiempo de celebración del contrato, tiene por efecto que ellas se aplican durante toda la vida del contrato, es decir, hasta su terminación por agotamiento del plazo acordado y el de sus prórrogas celebradas, regla de carácter general que admite excepciones, de acuerdo con la Constitución y la ley."

Riesgos.

Desde la Constitución del año 1991 se ha promovido la vinculación de los particulares al desarrollo de la infraestructura y la figura de la concesión se considera financieramente el mecanismo más eficiente para que el capital privado se involucre en la construcción de obras de diversas naturalezas, a cambio de una remuneración que usualmente consiste en la cesión de los derechos a percibir y recaudar los peajes o tasas que pagan los usuarios por el uso de la infraestructura o el derecho a una remuneración como en el caso de las concesiones portuarias.

³¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 30 de octubre de 2003, exp. 17.213, C.P. María Elena Giraldo Gómez..

Así lo han señalado constante y reiteradamente los planes de desarrollo adoptados a partir de 1999.

Con base en los criterios básicos señalados y en cumplimiento de las normas que condicionan la ampliación de planes viales al concepto y autorización previa del CONPES, Consejo que desde el año 1994 ha emitido pronunciamientos en los cuales se señalan las características generales que enmarcan la relación Estado particular en el desarrollo de concesiones viales, en diferentes etapas que se han denominados generaciones de concesiones viales.

Por la importancia de este tema en la naturaleza del contrato 005 objeto de las diferencias que se ventilan en este Tribunal, se transcriben a continuación los apartes principales que en concepto del tribunal permiten delimitar las diferencias específicas entre cada una de las tres olas de generaciones viales.

"CONPES 2765 DE 1995

"El proceso de concesiones en vías será revisado. Primero, se identificarán de manera clara para cada proyecto los elementos de riesgo controlables y no controlables, tanto por el inversionista privado como por el Estado. Una vez identificados los riesgos y los efectos de su impacto, estos serán cuantificados.

Posteriormente se asignarán las responsabilidades, a través de los pliegos y contratos de cada elemento de riesgo, de manera acorde con las posibilidades de control de cada uno de los agentes públicos y privados. Esta asignación debe llevarse a cabo en cada una de las etapas de los proyectos. Durante la preparación se debe adelantar los estudios hasta un nivel en el cual el proponente quede en capacidad de cuantificar los riesgos reales de construcción, diseño y proyecciones de demanda.

Durante la licitación, el plazo deberá ser suficiente para que, con base en los estudios suministrados, el proponente pueda precisar los costos de obra con los cuales podrá competir en la adjudicación disminuyendo así, los sobrecostos que los inversionistas usualmente aplican por incertidumbre.

Respecto a lo anterior, se han identificado aspectos de conflicto que se deben resolver, ya que podrían aumentar el costo para el proponente o incluso desincentivar su participación en la licitación. Entre otros, se encuentra la definición de responsabilidades alrededor de: a) la negociación y pago de los predios, b) la realización de estudios ambientales, c) la

obtención de la licencia respectiva, y d) el esquema de liquidación del contrato en caso de incumplimiento. Con base en lo anterior, se buscará eliminar el exceso de garantías que está asumiendo la Nación y que reduce las ventajas inherentes a la participación privada. Así mismo, con un agresivo programa de promoción nacional e internacional, se mejorará el nivel de competencia en las licitaciones, contribuyendo a minimizar aún más los costos. Por último, el INVIAS, con el apoyo del Ministerio de Hacienda y el DNP, estudiará mecanismos para modificar la estructura de los proyectos de concesión, buscando principalmente los siguientes objetivos: (a) minimizar las tarifas y la participación de los aportes de la Nación, (b) atraer la inversión extranjera, (c) desarrollar el mercado de capitales local, y (d) garantizar la consistencia global del sistema tarifario. Para la revisión mencionada, se establecerá un grupo interinstitucional con asesoría externa que evalúe el proceso y que formule las recomendaciones pertinentes. Los elementos concretos del sistema de concesiones serán puestos a consideración del CONPES a más tardar el 30 de mayo de 1995.”

CONPES 2775 DE 1995

"III. Lineamientos de Política Propuesta para la Participación Privada

La definición y estructuración de los esquemas de participación privada debe motivar a capitales privados, tanto nacionales como extranjeros, a invertir en proyectos que desarrollen la infraestructura del país. A pesar de los importantes desarrollos logrados, existen aspectos en los cuales las condiciones actuales pueden ser mejoradas, en particular en relación con: (1) la asignación de riesgos; (2) el sistema de compensación; (3) el esquema de responsabilidades; (4) los aspectos financieros; (5) la programación macroeconómica de los proyectos; (6) la protección a la inversión; y (7) aspectos de tipo legal y procedimental.

La profundización del proceso de participación privada en el desarrollo de la infraestructura del país, en forma acorde con las metas macroeconómicas y financieras, hace parte de los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo 1995-1998. Como parte de las estrategias de endeudamiento externo y financiamiento interno, es necesario establecer un cronograma de ejecución

de los proyectos, de acuerdo con la capacidad de los mercados, tanto nacionales como internacionales³¹¹ Adicionalmente, se buscará licitar los proyectos con el mayor nivel de especificidad técnica y contractual posible, con un esquema de riesgos definido previamente. Igualmente, se buscará contar con mecanismos financieros de largo plazo que permitan reducir las tarifas a los usuarios.

Con el fin de mejorar la calidad de los proyectos, desde el punto de vista de su financiabilidad, en este documento se determinan las directrices generales de política para la participación privada. El Gobierno Nacional podrá realizar excepciones a estos lineamientos, dependiendo de los requerimientos de algunos proyectos, bajo un adecuado mecanismo de coordinación intragubernamental, según se indica más adelante.

Asignación de Riesgos

Como en toda actividad de inversión, la participación privada en infraestructura conlleva la transferencia de la mayoría de los riesgos asociados a los proyectos correspondientes, que han sido asumidos tradicionalmente por el sector público, aunque con características propias que exigen que parte de ellos continúen en cabeza de este último. La asignación de riesgos entre el inversionista privado y el público es, por lo tanto, uno de los aspectos más importantes de la política de participación privada en este sector.

Los proyectos de infraestructura se caracterizan por tener diversas clases de riesgos que involucran tanto al sector público como al privado. Una deficiente asignación de ellos puede limitar el atractivo de la inversión para el agente privado o, en el extremo opuesto, generar unos sobrecostos injustificados para el sector público. La asignación de los riesgos debe estar de acuerdo con los mecanismos de mitigación y el nivel de control que sobre ellos tenga cada una de las partes. De esta manera, el sector público debe asumir, en principio, aquellos riesgos que dependen estrictamente de sus acciones, en tanto que el sector privado debe asumir aquellos que estén bajo su control.

En la fase inicial del proceso de participación privada en la infraestructura no se ha contado con una política predefinida de asignación de riesgos y otorgamiento de garantías. La política que se define a continuación

³¹¹ Es importante anotar que este tipo de proyectos se están realizando a nivel nacional como internacional, en países de América Latina y Asia, los cuales presentan una competencia adicional por recursos de financiación extranjera.

busca estimular la asunción de la mayoría de los riesgos por parte del sector privado a través de un sistema de incentivos. Las diferentes experiencias de asignación de riesgos se presentan en el Cuadro 2.

Riesgo de construcción

Como principio general, los riesgos de construcción, operación y mantenimiento deben ser transferidos al inversionista privado. Lo anterior implica que dicho inversionista debe tener en operación el proyecto en la fecha pactada y a un precio fijo, y supone una mayor libertad a la iniciativa privada en los aspectos de ingeniería, diseño y utilización de nuevas tecnologías. En aquellos proyectos de construcción que presenten complejidades técnicas y geológicas, el Gobierno Nacional podrá considerar el otorgamiento de garantías limitadas para cubrir eventuales sobrecostos de construcción. En todo caso, el Gobierno Nacional establecerá incentivos para que el inversionista asuma los riesgos correspondientes.

Riesgos comerciales

Como regla general, el riesgo comercial debe ser transferido igualmente al inversionista privado, dejando, además, bajo su responsabilidad, la realización de estudios de mercado que le permitan cuantificar y limitar dicho riesgo. En los casos en los cuales las entidades públicas contraten los estudios de mercado, éstos serán realizados por firmas con experiencia internacional en este tipo de investigaciones.

En los casos en los cuales la Nación otorgue una garantía comercial, que implique un sobrecosto o una garantía de ingreso mínimo, debe estar acompañado de mayores ingresos para el Estado en caso de menores costos o mayores ingresos para el inversionista.

Cuadro 2

Esquema de Transferencia de Riesgos aplicados a Proyectos en Marcha

Riesgo	Concesiones de Carreteras	Comunicación Prestación directa servicios	Comunicación Contratos asociación	Agua potable y Saneamiento Básico
Riesgo de Construcción	El Gobierno Nacional asume la totalidad del 30% inicial de sobrecostos, y el 75% de los sobrecostos que van desde el 30% hasta el 50%.	Asumido por el inversionista	Asumido por el inversionista	Asumido por el inversionista
Riesgos de financiación	Transferido en su totalidad al inversionista privado.	Asumido por el inversionista	Asumido por el inversionista	Asumido por el inversionista
Riesgo Cambiario	Asumido por el inversionista.	Asumido por el inversionista	Asumido por el inversionista	Compartido por las partes

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Riesgo Comercial o de Mercado	La Nación asume las variaciones de tráfico que se encuentren en un 80% por debajo de las proyecciones iniciales realizadas por el INVIAS. La Nación, recibo los ingresos que superen el 20% de los ingresos esperados.	Asumido por el inversionista	Compartido y simétrico	Asumido por la entidad contratante.
Riesgo Regulatorio	El riesgo es compartido por las partes	Asumido por el inversionista	Compartido y simétrico.	Compartido por las partes.
Riesgo de Fuerza Mayor	Se determina en forma global el procedimiento a seguir en caso de fuerza mayor	N.A	N.A	No se contempla
Riesgo de Tasas de Interés	Asumido en su totalidad por el inversionista.	Asumido por el inversionista	Asumido por el inversionista	Compartido por las partes
Riesgo Tributario	Asumido en su totalidad por el inversionista.	Asumido por el inversionista	Asumido por el inversionista	Asumido por la entidad contratante
Consecución de licencias y permisos	No se establecen explícitamente los procedimientos a seguir en caso de incumplimiento en consecución de licencias y permisos	N.A	N.A	Compartido por las parte

Riesgo de fuerza mayor

Los riesgos de fuerza mayor son aquéllos que son ajenos a la voluntad de las partes y están asociados a eventos imprevisibles e irresistibles que impiden a alguna de ellas el cumplimiento de una obligación determinada.

Para este tipo de riesgos se definirán en detalle los acontecimientos considerados como fuerza mayor y la participación de las partes en la asunción de la responsabilidad, considerando la disponibilidad en el mercado de mecanismos de aseguramiento para el inversionista privado. Igualmente, se definirán los mecanismos de compensación que se utilizarán, considerando la etapa de desarrollo del proyecto en la cual ocurran.

Riesgos regulatorios

En desarrollo de los términos de la Ley 80 de 1993, el Estado hará explícito en los términos de contratación las garantías otorgadas para cambios regulatorios, administrativos y legales que afecten significativamente el retorno a la inversión. En aquellos casos permitidos por la ley, se eliminarán estas garantías si se consideran innecesarias. Igualmente, en el caso de pactar tarifas, peajes o cargos, se debe especificar en detalle los mecanismos de ajuste a los mismos.

Riesgos ambientales

Las entidades serán titulares de las licencias ambientales, en los casos que así lo requieran. Sin embargo, incluirán en los contratos de proyectos con

participación privada la delegación total de las responsabilidades ambientales a los inversionistas, incluyendo las sanciones por incumplimiento de los planes de manejo ambiental. Igualmente, los pasivos ambientales que se generen durante las etapas de construcción y operación del proyecto estarán bajo la responsabilidad del inversionista privado.

Otros riesgos

Riesgos tales como los costos financieros (tasa de interés), tributarios, cambiarios, y de convertibilidad, deben ser asumidos por el inversionista³¹²”

CONPES 3107 de 2001:

“El concepto “Ingreso Esperado” es la estimación que hace el concesionario de los ingresos que le puede generar la concesión en el horizonte de planeación del proyecto, con base en los estudios de demanda de tráfico disponibles. El Ingreso Esperado estimado por el concesionario al momento de presentar su propuesta se constituye en una variable de evaluación de la Licitación.

Durante el transcurso de la concesión, se lleva un registro de los ingresos generados por el proyecto, indexados con la inflación. Una vez los ingresos generados son iguales al Ingreso Esperado del Concesionario establecido en su propuesta se termina el plazo de la concesión y la infraestructura revierte al Estado. Si el nivel de tráfico es más bajo que lo proyectado, el concesionario tardará más tiempo en recibir el Ingreso Esperado, mientras que si el tráfico es más alto, recibirá su Ingreso Esperado en un menor tiempo. El plazo de la concesión es variable y está acotado hasta un plazo máximo momento en el que se procede a adelantar la liquidación del contrato.

*De esta forma, el concesionario asume el riesgo comercial del proyecto dado que el retorno a su inversión es variable y depende del tiempo que tarde en recibir su Ingreso Esperado, lo cual a su vez depende del **comportamiento futuro del tráfico (...).**”*

Cuadro No. 3

Riesgos	Primera Generación		Segunda Generación		Tercera Generación	
	Concesionario	INVIAS	Concesionario	INVIAS	Concesionario	INVIAS

³¹² En caso de que los costos de aseguramiento no sean excesivos el inversionista privado puede recurrir a una póliza que le asegure contra estos riesgos

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Constructivo	X	Parcial	X		X	
Tráfico		X	X		X	
Tarifa de Peajes		X				X
Predios		X		X	Gestión	X
Licencia Ambiental		X		X	Gestión	X
Tributario	X		X		X	
Cambiario	X	X	Parcial		X	Parcial
Fuerza Mayor (Asegurable)	X		X		X	
Financiación	X		X		X	

CONPES 3133 de 2001

En esta oportunidad se adoptó el siguiente cuadro de distribución de riesgos.

Tipo de riesgo	Carreteras	Puertos	Canales de acceso	Aeropuertos	Ferrocarriles	Transporte fluvial	Transporte urbano
Construcción	A cargo del concesionario. Solo para aquellos proyectos en los que la información disponible no sea suficiente y confiable para controlar el riesgo, las entidades estatales podrán estructurar mecanismos y/o otorgar garantías para cubrir parcialmente este riesgo. Un ejemplo concreto, es el de proyectos que involucran la construcción de túneles.						
Operación	A cargo del concesionario. Depende estrictamente de su gestión el control de los costos de operación, mantenimiento, reposición de equipos y operación, incluidas las cantidades de obra asociadas. Solo para aquellos proyectos en los que la información disponible no sea suficiente y confiable para controlar el riesgo, las entidades estatales podrán estructurar mecanismos y/o otorgar garantías para cubrir parcialmente este riesgo. Un ejemplo de este caso es el mantenimiento de las condiciones de operación en canales navegables. En proyectos aeroportuarios el riesgo puede ser compartido, por cuanto la operación en temas aeroportuarios depende del inversionista y en aspectos aeronáuticos del Estado.						
Comercial	El riesgo comercial es asumido por el concesionario. En el sector transporte, se han desarrollado concesiones con esquema de plazo variable y de plazo fijo. Un ejemplo de esquemas de plazo variable es el esquema actual de concesiones viales, donde el plazo se cumple cuando el concesionario alcance el ingreso esperado como se explica en el Anexo 1.						
Financiación	Asumido por el concesionario. Dado que eventuales disminuciones de la demanda pueden generar problemas de liquidez al proyecto en períodos críticos del servicio de deuda del proyecto, las Entidades Estatales podrán otorgar un Soporte de Ingreso para el Servicio de la Deuda dirigido a dar seguridad a los financiadores sobre el servicio de la deuda. Este tipo de soportes de liquidez están dirigidos a ofrecer a los financiadores un mayor nivel de confianza sobre el servicio de la deuda, por lo cual en ningún caso podrán ser interpretados como una garantía de riesgo comercial. Los pagos asociados con este soporte se contabilizan como parte de la remuneración del inversionista.						
Liquidez cambiaria	Asumido por el concesionario. Dado el alcance y la magnitud de las inversiones requeridas en los proyectos del programa de concesiones, se prevé la necesidad de obtener recursos en el mercado internacional para su financiación. En este sentido, dentro del Soporte de Ingresos para el Servicio de Deuda, las Entidades Estatales podrán otorgar un soporte de liquidez para el servicio de la deuda en dólares durante el período de mayor estrechez del flujo de caja, el cual cubriría el porcentaje de deuda en moneda externa que se certifique en el cierre financiero. Este tipo de soportes de liquidez están dirigidos a ofrecer a los financiadores un mayor nivel de certidumbre sobre el servicio de la deuda, por lo cual en ningún caso podrán ser interpretados como una garantía de riesgo comercial. Los pagos asociados con este soporte se contabilizan como parte de la remuneración del inversionista.						
Regulatorios en general	Asumido por el concesionario	Asumido por el concesionario	Asumido por el concesionario	Asumido por el concesionario	Asumido por el concesionario	Asumido por el concesionario	Asumido por el concesionario

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Esquema de Tarifas	Para el caso específico de tarifas, la Entidad Estatal podrá pactar en los contratos mecanismos de ajuste de las tarifas de peajes. En caso de actos administrativos que modifiquen el esquema contractual pactado, eventuales compensaciones no serán pagadas a través del Fondo de Contingencias.	La reglamentación que existe en este momento o permite asignar este riesgo a la Sociedad Portuarias.	Para el caso específico de tarifas, tasas por la prestación del servicio o derechos, la Entidad Estatal podrá pactar en los contratos mecanismos de ajuste, por lo que se debe especificar en detalle en los contratos estos mecanismos. En caso de actos administrativos que modifiquen el esquema contractual pactado, eventuales compensaciones no serán pagadas a través del Fondo de Contingencias.	La Aerocivil continuará responsable según lo establecido en los contratos, de realizar ajustes tarifarios de acuerdo al título de concesión, y en caso de reducciones deberá compensar al concesionario por pérdida de ingresos, excepto para servicios de tarifas no reguladas. En caso de actos administrativos que modifiquen el esquema contractual pactado, eventuales compensaciones no serán pagadas a través del Fondo de Contingencias.	La reglamentación que existe en el momento permite que el riesgo tarifario sea asumido por el inversionista.	Para el caso específico de tarifas, tasas por la prestación del servicio o derechos, la Entidad Estatal podrá pactar en los contratos mecanismos de ajuste, por lo que se debe especificar en detalle en los contratos estos mecanismos. En caso de actos administrativos que modifiquen el esquema contractual pactado, eventuales compensaciones no serán pagadas a través del Fondo de Contingencias.	Para el caso específico de la variación de tarifas (riesgo tarifario), este podrá ser asumido por la entidad estatal cuando se pacten en los contratos mecanismos de ajuste y se comprometa la entidad contratante a respetar las tarifas de carácter técnico. En caso de actos administrativos que modifiquen el esquema contractual pactado, eventuales compensaciones no serán pagadas a través del Fondo de Contingencias.
Compra de predios	El mayor valor de los predios y su cronograma de disponibilidad por encima de lo previsto en los contratos estará a cargo de la Entidad Estatal. La gestión de la compra es compartida entre las partes. Deberá estar a cargo del concesionario toda la gestión de la compra y la financiación. En casos en que se requiera acudir al proceso de expropiación, de acuerdo con el marco legal vigente, esta labor será adelantada por la Entidad Estatal.						
Obligaciones Ambientales	En caso de contar con las Licencias y/o Planes de manejo ambiental, previo al cierre de los procesos licitatorios, los derechos y obligaciones que se deriven de los mismos serán asumidos por el concesionario. En caso de requerirse modificaciones de las licencias ambientales por solicitud del inversionista privado, el costo será asumido por el inversionista privado. Este es el caso						

	de proyectos de concesiones viales, donde bajo el esquema de gradualidad de obras se requiere modificar la licencia ambiental del proyecto. Si durante la ejecución, la operación y el mantenimiento de las obras se configuran pasivos ambientales causados por el incumplimiento o la mala gestión de la licencia ambiental y/o plan de manejo ambiental, el responsable de asumirlo es el inversionista privado. Para proyectos de carreteras, en caso de que no se cuente o no se requiera Licencias y/o Planes de manejo ambiental previo al cierre de los procesos licitatorios, los costos por obligaciones ambientales se deberán estimar y prever en los contratos, y el valor de los costos ambientales por encima de lo previsto en los contratos podrá estar a cargo de la Entidad Estatal. Estas Licencias y/o Planes de manejo ambiental se deben obtener antes de iniciar la construcción. En todo caso los permisos por explotación de fuentes de materiales estarán a cargo del concesionario
Fuerza Mayor	Los riesgos de fuerza mayor asegurables estarán a cargo el concesionario. Los riesgos de fuerza mayor no asegurable estarán a cargo de la Nación.
Político	A cargo del Concesionario.

En el CONPES 3045 de agosto 17 de 1999 se señala refiriéndose al Ingreso Esperado que **“permite reducir la posibilidad de conflicto judicial por variaciones en las estimaciones de la demanda del proyecto. El contrato termina cuando el ingreso esperado sea igual al ingreso generado por el proyecto”**.

“En tal virtud, el Contrato de Concesión de Infraestructura Vial de Tercera Generación, es esencialmente un negocio financiero que se concreta o materializa a partir del diseño, construcción, mantenimiento y operación de una obra pública en virtud del cual el concesionario, directa o indirectamente, realiza una inversión para financiar el Contrato estatal de concesión, a cambio de una remuneración, que consiste en el mecanismo pactado para el retorno del capital invertido (su utilidad), la cual se mide usualmente, mediante la Tasa Interna de Retorno del flujo del proyecto que se compone del capital invertido por el concesionario y los flujos de caja que se obtienen de restar de los ingresos del proyecto todos los costos y gastos en los que se incurre. El plazo de los contratos de concesión normalmente es superior al plazo de construcción de la obra y en el caso de los contratos de tercera generación, corresponde al plazo necesario para que el concesionario alcance la rentabilidad esperada por su inversión, medida como la TIR del proyecto³¹³”

“A su vez, con el Decreto 423 de 2001, reglamentario de la Ley 448 de 1998,³¹⁴ se señalaron reglas para la adopción de la política de riesgo contractual del

³¹³ En tal sentido véase el Laudo proferido el 11 de mayo de 2016 por el Tribunal de Arbitramento al resolver las controversias entre la Sociedad Autopistas de La Sabana S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura ANI.

³¹⁴ Mediante la Ley 448 de 1998 se adoptaron las medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y se dictaron otras disposiciones en materia de endeudamiento público, al tiempo que dicha Ley creó el Fondo de Contingencia de las Entidades Estatales.

Estado, para lo cual, en los artículos 15 a 18 del citado Decreto se determinó que: 1) Las entidades estatales sometidas al régimen en él previsto, deben ajustarse a la política de riesgo contractual del Estado, conformada por los principios, pautas e instrucciones que determine el Gobierno Nacional, para la estipulación de obligaciones contingentes a su cargo; 2) El Consejo de Política Económica y Social, CONPES, orientará la política de riesgo contractual del Estado a partir del principio de que corresponde a las entidades estatales asumir los riesgos propios de su carácter público y del objeto social para el que fueron creadas o autorizadas, y a los contratistas aquéllos determinados por el lucro que constituye el objeto principal de su actividad; 3) Corresponde al Consejo de Política Económica y Social, CONPES, en materia de política de riesgo contractual del Estado recomendar las directrices que deben seguir las entidades estatales al estructurar proyectos, con participación de capital privado en infraestructura y, de manera específica, en lo concerniente a los riesgos que puedan asumir contractualmente como obligaciones contingentes; 4) El Consejo de Política Económica y Social, CONPES, debe revisar por lo menos una vez al año los lineamientos que determinan la política de riesgo establecida con el fin de asegurar su adaptación a la realidad de la contratación estatal del país; y, 5) Cuando se trate de contratos a cargo de las entidades del orden nacional o descentralizado del mismo nivel, la dependencia de planeación del organismo rector del respectivo sector administrativo, deberá conceptuar sobre la adecuación de tales contratos a la política de riesgo contractual del Estado establecida por el Consejo de Política Económica y Social, CONPES."

Las inversiones se remunerarán a una tasa de descuento acordada por las partes que debe estar recogida dentro de la metodología para calcular el valor del ingreso esperado.

De la redacción de los documentos transcrito se extraen los siguientes elementos:

En la Conciliación Commsa objeto de contrato de segunda generación, se lee:

"(...) 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".

En desarrollo de los planteamientos antes señalados, se concluye que, en los contratos de concesión y específicamente, en lo de segunda generación, los elementos constitutivos de la remuneración y plazo están directamente relacionados. En efecto, el plazo del contrato es indeterminado pero determinable por cuanto depende de la ocurrencia de un hecho futuro y cierto: que el concesionario alcance la suma correspondiente a Ingreso Esperado.

En términos generales puede afirmarse que en los contratos bilaterales, onerosos y conmutativos como el de concesión, las prestaciones de las partes se miran como equivalentes.

Lo primero quiere decir que tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada una en beneficio del otro (artículo 1497 del Código Civil). La conmutatividad implica que cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra debe dar o hacer.

A este respecto el concepto de onerosidad debe entenderse en el sentido económico del término, que lleva implícito el concepto de ánimo de lucro, en contraposición a la gratuidad.

Específicamente en el contrato de concesión esa onerosidad está materializada en dos elementos: el riesgo y la utilidad.

Tal y como lo mencionó el Tribunal en aparte anterior, en materia de concesión de infraestructura vial, por política de Estado destinada a incentivar la actividad, (documentos CONPES) el particular concesionario asume un riesgo en el desarrollo de esa actividad en cuanto tiene la carga de efectuar las inversiones necesarias para desarrollar el proyecto, en las condiciones económicas y materiales en que se presentó la solicitud a la entidad pública y fue aceptada por ésta.

El concepto de asunción de riesgo implica para el particular que, cualquiera que sea el resultado de la actividad, está obligado ejecutar el objeto del Contrato en los términos en que fue contraída la obligación.

En los contratos de concesión de la segunda generación, se reconoce expresamente que el particular tiene el legítimo derecho a obtener una utilidad económica, pero también que la mayor o menor eficiencia en el manejo de su negocio no beneficia ni perjudica al Estado, porque la contraprestación no se establece con base en los resultados económicos del negocio sino en la obtención de un Ingreso Esperado para recuperar su inversión.

En consecuencia, esta suma tiene origen en una decisión económica del concesionario que estima y proyecta dos variables: la demanda de tráfico, fuente de pago es el recaudo de los peajes que le cederá temporalmente el Estado y el valor que conforme a una tasa de descuento remunera la inversión.

6. LA Nulidad del Contrato Adicional No. 13 y sus Otrosíes

6.1. La procedencia de pronunciarse sobre la Nulidad como obligación del juez.

Desde la adopción del Código Civil en 1886 la legislación colombiana ha reconocido que, tratándose de nulidades absolutas, éstas deben ser declaradas de oficio por el juez siempre y cuando las mismas aparezcan de manifiesto en el acto o contrato objeto de las controversias que se suscitan en el proceso judicial; tal tesis fue recogida por el texto original del artículo 1742 del Código Civil³¹⁵ en los siguientes términos:

"TEXTO ORIGINAL DEL ARTÍCULO 1742. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez o prefecto, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo y debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de treinta años.

La norma fue reformada mediante el artículo 90 de la ley 153 del 15 de agosto de 1887, cuyo texto después de la modificación decía:

³¹⁵ Ley 57 del 15 de abril 1887

"La nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio público, en interés de la moral o de la Ley. Cuando provenga de objeto o causa ilícita o de incapacidad absoluta para ejecutar un acto o celebrar un contrato, no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo menor de treinta años. En los demás casos es subsanable por ratificación hecha con las formalidades legales y por prescripción ordinaria."

Esta reforma fue criticada en su momento pues se afirmó que al eliminar la facultad de los jueces para declarar de oficio la nulidad absoluta finalmente se les obligaba a hacer cumplir contratos cuyo objeto o causa eran manifiestamente contrarios al Derecho Público de la Nación, al orden público y a las buenas costumbres.

El texto del artículo sería nuevamente reemplazado por el artículo 15 de la ley 90 del 16 de noviembre de 1890 que en su momento estableció:

"La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio público en el interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de treinta años" Queda en estos términos reformado el artículo 1742 del Código Civil"

Al respecto, el Doctor Fernando Vélez se refirió en ese entonces a las reformas en cuestión, así:

"...El artículo 1742 igual al 1683 del Código de Chile, fue reformado por el artículo 90 de la Ley 153 de 1887, en el sentido de suprimir la facultad de los Jueces de declarar de oficio la nulidad absoluta cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato. Considerándose seguramente esta supresión contraria a la equidad, porque de ella se deducía que los jueces no solo no podían decretar sin petición de parte una nulidad manifiesta, sino que tenían el deber de emplear su autoridad para hacer cumplir contratos, aunque fuesen inmorales debido a su

causa u objeto, la Ley 95 de 1890 restableció la doctrina del artículo 1742...”³¹⁶

Finalmente, el artículo sería nuevamente objeto de reforma por la ley 50 del 17 de abril de 1936, redacción que se conserva y su texto actual dice:

"La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria."

El Decreto 222 de 1983, antiguo estatuto de la contratación estatal, estableció idéntico precepto en materia de la nulidad absoluta de los contratos Estatales, al señalar en el parágrafo de su artículo 78:

ARTICULO 78 PARAGRAFO *"Las causales aquí previstas pueden alegarse por el Ministerio Público en interés del orden jurídico o ser declaradas oficiosamente, cuando están plenamente comprobadas. No se sanean por ratificación de las partes".*

Con una redacción más amplia, la hoy vigente ley 80 de 1993 recoge en su artículo 45 el mismo principio al consagrar que:

ARTICULO 45 *La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación."*

La misma lógica quedó consignada en el artículo 84 del Código de lo Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) que al regular la acción de controversias contractuales y luego de la modificación introducida por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989 y el artículo 32 de la ley 446 de 1998, conservó siempre durante su vigencia la facultad del juez administrativo para declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato Estatal:

"...El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare

³¹⁶ Vélez Fernando, Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, segunda edición, Editorial París-América, Tomo VI. p.390

su nulidad absoluta. El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes...”

Por su parte, la ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, mantuvo lo dispuesto en artículo 84 del Código derogado y nuevamente en referencia a la acción de controversias contractuales dispone en el tercer inciso de su artículo 141:

ARTICULO 141 "...El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes...”

Es entonces claro que de tiempo atrás el legislador colombiano ha fijado en cabeza de los jueces de la República no solo la facultad, sino el deber de declarar de oficio la nulidad absoluta (total o parcial) de los contratos con fundamento en la naturaleza misma de los intereses que con la sanción se pretenden salvaguardar, toda vez que se trata precisamente de aquellos que trascienden la órbita del mero interés de los contratantes para involucrar el interés general y la adecuada prestación de los servicios públicos, tarea esencial del Estado como responsable de la administración pública.

No puede perderse de vista que el principio de la autonomía de la voluntad de las partes acepta el efecto vinculante de las relaciones negócias siempre y cuando esa manifestación no contraríe el orden público de la nación. En tal sentido, tanto la regla general consagrada en el artículo 1602 del Código Civil y reproducida por el Código de Comercio, como las disposiciones especiales de la ley 80, deben interpretarse en el contexto de los límites establecidos por la ley.

Así lo explicó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 19 de agosto de 1935, aún en vigencia del artículo 15 de la ley 90 de 1890 arriba transcrito:

"Cuando la nulidad aparece de manifiesto en el acto o contrato tal nulidad debe ser declarada de oficio por el Juez, haya sido o no alegada por las partes y bien sea de la parte que la alega tuviera o no derecho para hacerlo, pues la sanción de la nulidad absoluta obedece a razones de interés general y tiene por objeto asegurar el respeto de disposiciones de orden

*público, por lo cual el texto legal que señala las condiciones en que ellas deben ser declaradas debe ser interpretado con la mayor amplitud posible...*³¹⁷

Así pues, tradicionalmente se ha entendido que las causales de nulidad absoluta están establecidas en la ley como un límite al principio de la autonomía de la voluntad que encuentra su fundamento constitucional entre otros, en el artículo 333 de la Constitución Política, con el fin último de privilegiar el interés general sobre los intereses meramente particulares y en esa medida se explica el poder oficioso del que ha sido dotado el juez en el ejercicio de sus funciones constitucionales y legales.

Con fundamento en los planteamientos de la Corte Suprema de Justicia el Consejo de Estado ha expresado:

"Es conveniente resaltar que las previsiones legales que ante este evento autorizan el ejercicio de facultades oficiosas al juez, están revestidas de toda lógica en el mundo del derecho, por cuanto el pronunciamiento judicial sobre un contrato y sus incidencias implica la ausencia de vicios que comporten la nulidad absoluta del contrato o negocio jurídico o de cualquiera de sus estipulaciones, como son el recaer, entre otros, en objeto ilícito, causal que está prevista en la legislación para salvaguardar el orden jurídico en aspectos de interés general, por lo que pugna con él cualquier decisión judicial en relación con un contrato que esté afectado total o parcialmente por un vicio de nulidad absoluta, en la que no se declare esta sanción legal (art. 6 C.C.). Así las cosas, el juez administrativo puede y debe declarar oficiosamente la sanción legal de la nulidad absoluta del contrato o de alguna de sus estipulaciones, aunque no exista petición de parte, en cualquiera de las instancias, cuando aparezca plenamente demostrada en el proceso y en él intervengan las partes o sus causahabientes, tal y como procederá a hacerlo la Sala en el presente caso en forma **parcial del Contrato No. 01 de 1993.**"³¹⁸

Frente a este punto, para distinguir los conceptos de nulidad absoluta y de nulidad relativa, la doctrina explica:

"La diferencia de nombre entre una y otra clase de nulidad se explica. Un acto nulo absolutamente está

³¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de agosto de 1935, MP Eduardo Zuleta Ángel.

³¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 28 de septiembre de 2011, MP Ruth Stella Correa Palacio, Rad. 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476)

*viciado en sí mismo, objetivamente; por lo tanto, su nulidad existe respecto de todos, erga omnes, con alcance ilimitado, es decir absoluto. Un acto nulo relativamente nada de vituperable tiene en sí; su vicio se debe a la omisión de un requisito exigido en consideración a las personas que lo celebran o ejecutan, y por eso es de carácter subjetivo; la nulidad relativa sólo existe respecto de determinadas personas, su alcance es limitado, relativo.*³¹⁹

Ahora bien, la jurisprudencia ha entendido que la declaratoria de oficio de la sanción no corresponde a un poder ilimitado del juez, por lo que se ha encargado de acotar ciertos requisitos para su procedencia. Así, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia señala:

*"Sin duda, la norma otorga a los juzgadores de instancia la facultad oficiosa y, simultáneamente, les impone el deber de pronunciarse en la sentencia con la que resuelvan el asunto sometido a su composición, sobre la nulidad absoluta de los actos o contratos que se hayan hecho valer en él, con la condición expresa de que el vicio de que adolezcan, aparezca de manifiesto, esto es, de manera ostensible o evidente, en ellos. Empero el ejercicio de tal potestad decisoria no está sujeto únicamente al cumplimiento de la exigencia en precedencia advertida -que la nulidad sea manifiesta-sino que, adicionalmente, depende, como lo ha predicado de antiguo la jurisprudencia de la Corte, de que el acto o contrato haya sido aducido en el juicio por alguna de las partes, con el propósito de obtener un efecto jurídico que incida en la decisión y de que estén vinculadas al proceso todas las personas que **intervinieron en su celebración...Sólo en la medida en que se avizore la satisfacción de las tres condiciones anteriores, puede el juez, sin mediar petición de alguna de las partes, declarar la nulidad absoluta de un acto o contrato...**"*³²⁰

En este orden de ideas y de conformidad con el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia, la facultad y el deber mismo de declarar de oficio la nulidad absoluta de un acto o contrato surge siempre que concurren los siguientes requisitos:

³¹⁹ Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, Curso de Derecho Civil, Tomo II Fuentes de las Obligaciones, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1942. P. 322

³²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 05 de agosto de 2014, MP. Arturo Solarte Rodríguez, Rad. 25307-31-03-001-2008-00437-01

1. Que aquella sea manifiesta, esto es según el Diccionario de la Real Academia de la lengua española cuando algo sea "**Descubierto, patente, claro**"³²¹,

2. En segundo término, que el acto o contrato haya sido invocado en el proceso por alguna de las partes, con la intención de que el mismo produzca efectos jurídicos; frente a este punto la misma Corte señala:

*"...La Sala estima pertinente puntualizar que la facultad-deber establecida en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 para declarar de oficio la nulidad absoluta de un negocio jurídico opera en frente de todos los actos o contratos que sean invocados en el proceso por cualquiera de las partes, para dar soporte, total o parcialmente, a la postura procesal que asuman dentro del respectivo trámite, esto es, en el caso del actor, como fundamento de la acción, o en el caso del demandado, como sustento de la oposición y/o de las excepciones que haya propuesto, toda vez que en uno y otro supuesto es claro que con su aducción se persigue guiar el sentido de la decisión con la que se deba resolver el conflicto, propósito éste que es suficiente para que el juez, evacuadas las etapas procesales que garanticen la adecuada contradicción, ejerza el control de legalidad que se le ha confiado y, de esta manera, prevenga que las determinaciones que adopte se vean influenciadas por manifestaciones viciadas de nulidad absoluta, que, por lo mismo, no deben servir de fundamento a la definición de una controversia judicial. Situación diferente se presenta si el negocio jurídico de que se trate sólo ha tenido en el juicio una mención marginal, o una referencia tangencial, y, por ende, no hace parte de los soportes fácticos de las posturas procesales de las partes, ya que en tales supuestos la injerencia del juez para auscultar la validez de tal acto dispositivo está restringida y corresponderá al interesado en tal propósito ejercer el derecho de acción en orden a obtener de la administración de justicia el correspondiente pronunciamiento..."*³²².

3. Finalmente, se requiere que al proceso se hallen vinculadas las partes del contrato viciado de nulidad, o de ser el caso sus causahabientes. En concepto del Tribunal, la mención expresa a las partes no debe entenderse necesaria y estrictamente a quienes han suscrito el acuerdo, sino en su acepción más amplia, a quienes ostentan la posición

³²¹ Tomado de: <http://dle.rae.es/?id=ODqKbQC> 17 de noviembre de 2016.

³²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 05 de agosto de 2014, MP. Arturo Solarte Rodríguez, Rad. 25307-31-03-001-2008-00437-01

contractual, como lo indica la misma norma, a título de causahabencia. Este requisito, por supuesto, busca garantizar el debido proceso, en el entendido de que sólo así será viable que los contratantes queden vinculados por la decisión del juzgador y hayan tenido la oportunidad de participar en el proceso.

Este criterio ha sido acogido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en referencia a la declaratoria de oficio de la nulidad absoluta en un contrato estatal ha señalado:

"Concordante con la norma trascrita, es preciso advertir que de conformidad con el inciso 3º del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998), el Juez Administrativo se encuentra facultado para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en el mismo intervengan las partes contratantes o sus causahabientes. Para que el juez administrativo pueda declarar de oficio una nulidad absoluta, de antiguo esta Corporación acogiendo jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y en aplicación de la norma anterior, ha manifestado que se requiere: a) que el vicio esté probado en el mismo instrumento o contrato que sirve de prueba al respectivo negocio jurídico, del cual surjan de bulto los elementos que configuran la causal de nulidad; b) que el negocio o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes; y c) que al pleito hayan concurrido las partes contratantes o sus causahabientes, en respeto del debido proceso de las partes del contrato"³²³.

Así y de conformidad con la jurisprudencia reiterada de las altas Cortes, cuya interpretación guarda perfecta armonía con la normatividad vigente, es claro que en presencia de los tres requisitos referidos, el juez tendrá no solo la facultad sino el deber de declarar la nulidad absoluta del acto o contrato.

Dicha conclusión además deriva en que no es necesario acreditar el conocimiento que una u otra parte tengan de la existencia del vicio, toda vez que nuevamente para atender los intereses superiores que el ordenamiento jurídico busca proteger a través de esta sanción, el Consejo de Estado ha indicado:

³²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia del 8 de marzo de 2007, MP Ruth Stella Correa Palacio, Rad. 20001-23-31-000-1996-02999-01(15052)

"...No es un elemento necesario para la configuración de la nulidad absoluta que alguna o todas las partes contractuales conozcan el vicio, puesto que como lo que se protege con esa sanción es el orden público y las normas imperativas, es decir el interés general, no es tolerable ignorancia o desconocimiento alguno para eludir su protección pues lo contrario implicaría privilegiar el interés individual de quien dice desconocer o ignorar, en franco detrimento del interés general, lo cual es del todo inadmisibile..."³²⁴

Ahora bien, la justicia arbitral no debe ni puede ser ajena a este deber que impone la ley a los jueces de la República, toda vez que, en virtud de la naturaleza misma del arbitraje, este se extiende íntegramente a los tribunales de arbitramento.

A partir de lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Nacional³²⁵ y posteriormente respecto del artículo 8° de la ley 270 de 1996³²⁶, la Corte Constitucional ha señalado:

*"No obstante que el arbitramento se origina en un negocio jurídico privado, por virtud de la habilitación de las partes -una vez se ha llegado a acuerdo entre las partes-, quien le otorga la facultad de administrar justicia a los particulares en la condición de árbitros, es la misma Constitución Política. Dicha habilitación es transitoria, pues al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral. En este sentido, los árbitros obran en forma similar a cualquier juez. La existencia del pacto arbitral sustrae o excluye el negocio sub-lite, de la competencia de la jurisdicción ordinaria, **sustituyéndola**"³²⁷*

Y agrega la misma Corporación en una providencia posterior:

"El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial -en sentido material- y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material.

³²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de abril de 2013, MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. 68001-23-15-000-1998-01743-01 (27315).

³²⁵ "...Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley..."

³²⁶ "...Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad..."

³²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-431 del 28 de noviembre de 1995, MP Hernando Herrera Vergara, Rad. D- 870

Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales”³²⁸

Así pues, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que el arbitraje es un verdadero proceso judicial, en virtud del cual (por expresa disposición constitucional y legal) los árbitros se encuentran investidos transitoriamente de jurisdicción para resolver un conflicto que les ha sido deferido por habilitación de las partes y en tal sentido se equiparan a jueces de la República, lo que conlleva ineludiblemente para los árbitros la asunción de responsabilidades y deberes que surgen de tal condición.

La propia Corte Constitucional ha expresado:

“En numerosas oportunidades, esta Corte ha analizado la naturaleza, posibilidades y límites del arbitramento dentro de nuestro ordenamiento constitucional. La jurisprudencia ha determinado que, conforme a la Carta, el arbitramento “es un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte”. Mecanismo que tiene ciertas características básicas: (i) es uno de los instrumentos autorizados para que los particulares puedan administrar justicia; (ii) está regido por el principio de habilitación o voluntariedad, pues el desplazamiento de la justicia estatal por el arbitramento tiene como fundamento “un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes”. Además (iii) el arbitramento es temporal, pues la competencia de los árbitros está restringida al asunto que las partes le plantean. El arbitramento (iv) es también de naturaleza excepcional pues la Constitución impone límites materiales a la figura, de suerte que no todo “problema jurídico puede ser objeto de un laudo”, ya que “es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas”. Finalmente, (v) la Corte

³²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-330 del 22 de marzo de 2000, MP Carlos Gaviria Díaz, Rad. D-2504

ha destacado que la voluntariedad del arbitramento no excluye que la ley regule la materia, pues el arbitramento es un verdadero proceso, a pesar de que sea decidido por particulares, y por ello está sujeto a ciertas regulaciones legales, en especial para asegurar el respeto al debido proceso”³²⁹.

Es entonces claro que la facultad-deber de declarar la nulidad absoluta de oficio en cabeza del juez, contenido hoy en los artículos 1742 del Código Civil, 45 de la Ley 80 de 1993 y 141 del CPACA, se predica también de los tribunales de arbitramento con el mismo alcance y bajo los mismos supuestos previamente descritos. En tal sentido se ha pronunciado la Sección Tercera del Consejo de Estado:

***"Significa lo** expuesto que la competencia atribuida excepcional y temporalmente para proferir fallos en derecho, se ejerce con estricta sujeción a la ley y **"sólo consultando el interés superior del orden jurídico y la justicia"** razón por la cual los árbitros deben dar aplicación a los preceptos legales sustanciales que regulan y gobiernan el asunto que se les somete a su consideración, así como a las normas procesales que rigen el proceso, para desarrollar cabalmente la función jurisdiccional que les ha sido confiada a la luz de la Constitución Política y la ley...**Dentro de las normas a las cuales están obligados los árbitros para el caso concreto de la declaratoria de oficio de la nulidad absoluta del contrato -por objeto y causa ilícitos-..."**³³⁰*

"Para el asunto en estudio, lo anterior resulta armónico con lo ordenado por el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, según el cual la nulidad absoluta "podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, y por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación..."**, y con el precepto del artículo 1742 del Código Civil subrogado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936, que establece esta facultad oficiosa y de control de legalidad del negocio jurídico por parte de los jueces ante vicios que **constituyan su nulidad absoluta...Y además concordante con la norma transcrita, también el inciso 3º del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998), señala que el Juez Administrativo

³²⁹ Corte Constitucional, Sentencia 1038 del 28 de noviembre de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynett, Rad. D-4066

³³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia del 03 de agosto de 2006, MP Ruth Stella Correa Palacio, Rad. 11001-03-26-000-2005-00047-00(31354)

*se encuentra facultado para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en el mismo intervengan las partes contratantes o **sus causahabientes...**De acuerdo con estas normas, el juez arbitral en materia de estudio sobre la validez del contrato no está limitado a que el punto le haya sido asignado expresamente o propuesto en las pretensiones o en las excepciones formuladas por las partes, dado que el ordenamiento jurídico le otorga los poderes oficiosos necesarios para el efecto, como son los establecidos en los artículos 305 y 306 del C. P. Civil, el inciso 3º del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998); el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 1742 del Código Civil subrogado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936..."³³¹*

En la misma sentencia el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo enfatiza que la declaratoria de la sanción no corresponde a una mera facultad del árbitro, sino a un verdadero deber que la ley radica en el marco de su competencia, por supuesto, siempre que el vicio esté probado y se cumplan los requisitos establecidos por la ley y por la jurisprudencia:

*"El juzgador está en la obligación de decidir y proveer sobre cada uno de los extremos del litigio bajo su conocimiento y que surgen de las pretensiones y hechos de la demanda, como de las excepciones del demandado y aquellas declarables de oficio, para que el fallo garantice la debida correspondencia con lo que se pide en la demanda, los hechos en que se fundan esas pretensiones y las excepciones que aparecen probadas o circunstancias extintivas demostradas en el proceso, aun cuando éstas no hayan sido alegadas, si por disposición legal son declarables **inquisitivamente...Así las cosas, puede y debe declarar oficiosamente el juez arbitral la nulidad absoluta del contrato, aunque no exista petición de parte, cuando aparezca plenamente demostrada en el proceso y en él intervengan las partes o sus causahabientes, como también puede ser solicitada por el Ministerio Público o por quien acredite un interés directo en el contrato"***
"En síntesis, aún sin petición expresa de parte, el juez arbitral no sólo tiene la facultad sino el deber de

³³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia del 03 de agosto de 2006, MP Ruth Stella Correa Palacio, Rad. 11001-03-26-000-2005-00047-00(31354)

*declarar la nulidad absoluta de un contrato o parte de él, según el caso, cuando esté demostrada en el proceso la causal prevista en la ley, se haya invocado como fuente de derechos u obligaciones de las partes e intervengan en él las partes o sus causahabientes*³³².

Es incuestionable que la sanción de la nulidad absoluta juega un papel trascendental para la sociedad, porque garantiza en su esencia el respeto al imperio de aquellas normas que por la trascendencia de las materias que regulan, están establecidas para proteger el orden público y el interés colectivo y, por ende los particulares, pero también la Administración Pública, no sabrían desconocer..

Pero si desde la perspectiva de las relaciones negócias entre particulares la voluntad de las partes tiene límites, en temas de contratación estatal esos propósitos adquieren aún más importancia, porque no hay duda alguna de que esos límites trascienden a la protección de la sociedad en general al desarrollo del cumplimiento de los fines del Estado.

Por tal razón, la Ley 80 de 1993 remite al régimen de nulidades de la contratación privada previsto en el Código Civil y en el Código de Comercio y a las causales de nulidad absoluta aplicables al derecho común³³³, y consagra causales propias para los negocios celebrados por el Estado, que como se ha dicho, vienen dadas por los intereses superiores del Estado.

El artículo 44° del Estatuto de la contratación estatal expresa:

ARTICULO 44 Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

- 1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;*
- 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.*
- 3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.*
- 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y*
- 5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata **esta Ley.**"*

³³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia del 03 de agosto de 2006, MP Ruth Stella Correa Palacio, Rad. 11001-03-26-000-2005-00047-00(31354)

³³³ Artículos 16, 1519 y 1541 del Código Civil y 899 del Código de Comercio

Las anteriores consideraciones resultan, en concepto del Tribunal, suficientes para sustentar el deber del Tribunal y su competencia para abordar el tema de la nulidad absoluta del Contrato Adicional No. 13 y de los Otrosíes suscritos en desarrollo.

Con base en los supuestos normativos y jurisprudenciales a que se hizo referencia, se concluye que para que el juez de conocimiento de la controversia contractual, en este caso el Tribunal de arbitramento, pueda efectivamente declarar la nulidad de un contrato estatal en uso de sus facultades, cuando quiera que deba pronunciarse sobre el contrato mismo, debe tener la certeza de que la causal de nulidad esté debidamente probada en el proceso y en este supuesto no solamente tiene la facultad sino la obligación de declararla. Si esta facultad está expresamente señalada en el Código Civil y en el Código de Comercio respecto de actos jurídicos que solamente involucran derechos de los particulares, con mayor razón y cuidado debe el juez revisarla en los contratos estatales que involucran intereses superiores cuando aparece manifiesta la transgresión de una norma imperativa.

En el caso objeto del presente trámite, el Tribunal tiene convicción del deber que le impone la ley en esa materia, pero además, considera que en nada afectan ni el debido proceso ni el derecho de contradicción, el hecho de que la Agencia de Defensa Jurídica del Estado hubiere llamado la atención del Tribunal en punto de la validez del contrato adicional No. 13 y el otrosí No. 2, porque independientemente de que sus alegaciones hubieren estado encaminadas a señalar las actuaciones que en concepto de la Entidad podrían dar origen a la nulidad y aun cuando hubiere guardado silencio sobre el particular, el Tribunal tiene el deber de analizar si estaba en presencia de nulidades sustanciales que pudieren afectar el negocio jurídico.

No puede perderse de vista además, que la ley 1444 de 2011 mediante la cual se creó la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, reglamentada por el artículo 2 del Decreto 4085 de 2011, tiene como objetivo el diseño de estrategias, planes y acciones dirigidos a dar cumplimiento a las políticas de defensa jurídica del Estado y **específicamente, “asumir la defensa jurídica de las entidades y organismos de la Administración Pública, y actuar como interviniente en aquellos procesos judiciales de cualquier tipo en los cuales estén involucrados los intereses de la Nación”, de acuerdo, entre otros** criterios, con el interés o impacto patrimonial o fiscal de la demanda y en ese sentido, su obligación consiste en garantizar la debida aplicación de las disposiciones jurídicas en beneficio de los intereses del Estado.

Así las cosas, en criterio del panel arbitral, sus manifestaciones en la audiencia de alegaciones se contrajeron al cumplimiento del deber que ha radicado la ley en esa Entidad. Poco o nada importa en consecuencia que la nulidad no haya sido objeto de un amplio debate en los extremos

de la *Litis* o durante el debate probatorio, que las partes o el mismo panel arbitral se hayan esforzado –en establecerla o desvirtuarla.

De otro lado, estima adecuado dejar sentado por parte que **“no puede considerarse como sorpresivo para las partes de un contrato una decisión judicial que comporte la invalidez del mismo, teniendo en cuenta que se trata de una cuestión inmersa en la relación procesal en virtud de la voluntad del legislador que impone el deber y otorga la competencia del juez para tal efecto, y en este caso, a los árbitros”**³³⁴.

Por demás, tal y como se señaló anteriormente, la declaratoria de oficio **“No es un elemento necesario para la configuración de la nulidad absoluta que alguna o todas las partes contractuales conozcan el vicio”** para que el juez pueda pronunciarse sobre ella.

6.2 Consideraciones del Tribunal

Son tres los aspectos que llaman la atención del Tribunal en cuanto a la posible nulidad del Contrato Adicional No. 13 y los otrosíes 1, 2, 3 y 4 al Contrato Adicional No. 13.

1. Si el contrato adicional se celebró contrariando una norma imperativa de derecho y específicamente en contra de una prohibición que establece un límite cuantitativo en el monto del contrato adicionado frente al monto del contrato inicial.

2. Si el contrato adicional No. 13 y su otrosí No. 2 encuadran dentro de la categoría de adición al contrato o de nuevo contrato.

3. Si en la celebración del contrato adicional No. 13 y su otrosí No. 2 tanto el Estado como los particulares atendieron los deberes y principios propios de la contratación estatal.

Vale la pena señalar que la convocante incluye dentro de las pretensiones formuladas en la reforma integral de la demanda, la solicitud de que el Tribunal declare la nulidad del contrato como consecuencia de la eventual nulidad del ejercicio que sirvió de base para la determinación del ingreso esperado, punto sobre el cual el Tribunal se detendrá al analizar las pretensiones; y que en sus alegatos incluye como punto nuevo una mención a la posible transgresión a los límites en la cuantía del contrato adicional.

6.2.1 La violación de una norma imperativa de derecho

La primera y más evidente inquietud del panel arbitral en cuanto a la posible violación de los topes establecidos en la ley 80 de 1993 surge de una simple revisión y comparación de los montos relativos al ingreso esperado original del Contrato 005 de 1999 frente al monto del ingreso

³³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, MP Ruth Stella Correa, Rad. 11001-03-26-00-2005-0047-00(31354) Sentencia del 3 de agosto de 2006.

esperado que se pacta como consecuencia del contrato adicional No. 13 y a diversas manifestaciones hechas durante el curso del proceso sobre la posible presencia de la causal.

En efecto, de una comparación de las cifras pactadas en el Contrato Adicional con el Contrato original y a los topes consagrados en el artículo 40 de la ley 80 de 1993, es claro que el Tribunal no podría pasar por alto el análisis jurídico de la posible violación de dicha norma y sus consecuencias.

Al respecto, conviene en primer término, definir cuáles son las normas aplicables al Contrato de Concesión No 005 de 1999 y a sus adicionales, específicamente en cuanto a la prohibición señalada en el citado artículo 40 de la ley 80 de 1993 y frente a lo dispuesto por el artículo 33 de la ley 105 de 1993.

El aspecto debe abordarse no solamente desde su vigencia sino inclusive desde la naturaleza misma de las normas por su criterio de generalidad y especialidad y por el carácter excepcional y prohibitivo que consagran dichos preceptos.

El artículo 40 de la ley 80 de 1993 comprendido dentro del régimen general de la contratación administrativa señala:

Artículo 40 "Los contratos no podrán adicionarse en más del 50% de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales vigentes".

Los artículos 30 y 33 de la ley 105 de 1993 en el capítulo correspondiente a los contratos de concesión de infraestructura vial señalan:

Artículo 30º.- Del contrato de concesión. La Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

Para la recuperación de la inversión, la Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes.

La variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario, implicará responsabilidad civil para la Entidad quien a su vez, podrá repetir contra el funcionario responsable.

En los contratos que por concesión celebre el Instituto Nacional de Vías, se podrán incluir los accesos viales que hacen parte de la infraestructura Distrital o Municipal de transporte.

Parágrafo 1º.- Los Municipios, los Departamentos, los Distritos y la Nación, podrán aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado.

Parágrafo 2º.- Los contratos a que se refiere el inciso 2 del artículo 81 de la Ley 80 de 1993, que a partir de la promulgación de esa Ley se celebren, se sujetarán en su formación a lo dispuesto en la misma. Sin embargo, estos no estarán sujetos a lo previsto en el numeral 4 del artículo 44 y el inciso 2 del artículo 45 de la citada Ley. En el Pliego de Condiciones se señalarán los criterios de adjudicación.

Parágrafo 3º.- Bajo el esquema de Concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión.

Artículo 33º.- Garantías de ingreso. Para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente podrá establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva. Igualmente, se podrá establecer que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales podrán ser transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial.

En un primer análisis se advierte que la ley 80 de 1993 es anterior a la ley 105 del mismo año; aquella fue publicada en el diario oficial 41.094 de 28 de octubre de 1993 y en su artículo 81 sobre vigencia establece:

Artículo 81º.- De la Derogatoria y de la Vigencia. A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados el Decreto ley 2248 de 1972; la Ley 19 de 1982; el Decreto ley 222 de 1983, excepción hecha de los artículos 108, 109, 110, 111, 112 y 113; el Decreto ley [591](#) de 1991, excepción hecha de los artículos 2o., 8o., 9o., 17 y 19; el Decreto ley 1684 de 1991; las normas sobre contratación del Decreto 700 de 1992, y los artículos 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263 y 264 del Código Contencioso Administrativo; así como las demás normas que le sean contrarias. A partir de la promulgación de la presente ley, entrarán a regir el parágrafo del artículo 2o.; el literal l) del numeral 1o. y el numeral 9o. del artículo 24; las normas de este estatuto relacionadas con el contrato de concesión; el numeral 8o. del artículo 25; el numeral 5o., del artículo 32 sobre fiducia pública y encargo fiduciario; y los artículos 33, 34, 35, 36, 37 y 38, sobre servicios y actividades de telecomunicaciones. Las demás disposiciones de la presente ley, entrarán a regir a partir del 1o. de enero de 1994 con excepción de las normas sobre registro, clasificación y calificación de proponentes, cuya vigencia se iniciará un año después de la promulgación de esta ley”.

Por su parte la ley 105 de 1993 fue publicada en el diario oficial 41.158 el día 30 de diciembre de 1993 y dispone en su artículo 71:

Artículo 71º.- Vigencia de la Ley. Esta Ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial el numeral 8 del artículo 10 del Decreto 2171 de 1992 y el artículo 110 del mismo Decreto y los artículos 19 y 22 del Decreto 2132 de 1992.

En materia de derogatoria expresamente establece la ley 105 que **"deroga las disposiciones que le sean contrarias."**

En cuanto al carácter general o especial de cada una de las disposiciones, la ley 80 contiene el régimen general de contratación pública mientras que por la ley 105 **"se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones"**.

Así las cosas, un examen preliminar de las disposiciones 30 y 33 de la ley 105 frente al artículo 40 de la ley 80 con base en las reglas de

vigencia de la ley en el tiempo señaladas por los artículos 1ro y siguientes de la ley 153 de 1887, podría llevar a concluir que la ley posterior y especial se preferirá sobre la ley anterior y general.

Sin embargo, es preciso adentrarse más en dicho estudio porque en concepto del Tribunal los artículos 30 y 33 de la ley 105 de 1993, normas expresas para concesiones viales de infraestructura de transporte, no derogan ni expresa ni tácitamente la prohibición contenida en el artículo 40 de la ley 80 y por ende la interpretación de dichos preceptos debe abordarse desde la perspectiva de su complementariedad.

Mientras el artículo 40 de la ley 80 de 1993 es una norma que expresamente establece una prohibición, los artículos posteriores de la ley 105 de 1993 regulan en términos generales y sin carácter restrictivo, las bases de la remuneración del concesionario y la posibilidad de incorporar ciertas cláusulas en el contrato de concesión de infraestructura vial y en esa medida, no puede afirmarse que la norma posterior modificó o derogó el citado artículo 40 de la ley 80 de 1993 o dejó sin efecto la prohibición para todas las concesiones viales de infraestructura.

Por ello, el Tribunal debe acudir a la interpretación sistemática de las normas en su conjunto y a la interpretación restrictiva que supone la norma excepcional y prohibitiva.

A este propósito se precisa analizar en su conjunto, los supuestos de hecho regulados por la ley 105 de 1993 y las consecuencias de cada uno de esos supuestos frente al contrato de concesión de infraestructura y específicamente, su aplicación a cada una de las diferentes generaciones de concesiones viales.

Si bien en este laudo, el Tribunal ha analizado el Contrato de Concesión No. 005 frente a las distintas generaciones de concesiones, para concluir como se ha señalado a lo largo de este trámite, que este hace parte de los denominados contratos de Segunda Generación, es pertinente resaltar nuevamente las características de cada una de las generaciones de concesiones viales que, para la época de la expedición de la ley 105 de 1993, habían sido adoptadas por el CONPES y para este propósito acude a la interpretación del Consejo de Estado así:

“En Colombia desde 1992, se inició un proceso de apertura a las licitaciones con el fin de entregar por el sistema de concesión algunos proyectos de la infraestructura vial del país, a los cuales contribuyó de manera definitiva la expedición de la Ley 105 de 1993, mediante la cual se dictaron disposiciones básicas en materia de transporte, se redistribuyeron competencias entre la nación y las

entidades territoriales y se expidieron normas especiales sobre concesión para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial del país. A raíz de ello se consideró oportuno ejecutar los proyectos de construcción y operación del sistema vial, bajo el sistema de concesión, en el objetivo fundamental de vincular el capital privado a la infraestructura del transporte con el fin de lograr mayores niveles de competitividad y liberar recursos de inversión requeridos para otros sectores prioritarios. En el documento CONPES 3045 de 1998^[4] se elaboró un balance sobre los procesos de concesiones en el país, en especial en los contratos de primera y segunda generación y además se plantearon las bases y lineamientos estratégicos de los de tercera generación.

Ahora bien, resulta evidente la necesidad de establecer la diferencia señalada para una mejor comprensión del asunto que ocupa toda la atención de la sala y para esta labor se tendrán en cuenta los documentos CONPES a los cuales también hizo referencia el Magistrado que se apartó de la decisión mayoritaria del tribunal.

En efecto, en los CONTRATOS DE CONCESIÓN DE PRIMERA GENERACIÓN se otorga a un concesionario la construcción, operación, explotación, conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien.

No obstante que el alcance, comprensión y el objeto no difieren de los contratos de segunda y tercera generación, lo cierto es que en esta etapa la administración estableció garantías de ingreso mínimo para atraer a los inversionistas. Sin embargo la experiencia en este tipo de contratación permitió constatar demoras en el desembolso de las garantías causadas, demoras en la aprobación de las licencias ambientales, cambios en los diseños inicialmente establecidos que originaron inversiones no previstas y mayores cantidades de obra, las cuales se imputaron a cargo de la Nación; cambios en el inventario predial como consecuencia de la variación

en los diseños originales y retrasos en la adquisición y entrega de predios; problemas de concertación con las comunidades que provocaron el establecimiento de tarifas diferenciales y por consiguiente un impacto en el nivel de recaudo del concesionario que fue cubierto por la administración. En este tipo de concesiones la interventoría resultó muy limitada debido a la autonomía de la concesión y los proyectos en general tuvieron una distribución de riesgo considerada onerosa para el Estado, en especial lo relacionado con la garantía de tráfico que debió atender la Nación por efecto de las disminuciones en el que se había proyectado, las cuales resultaron muy cuantiosas. (subrayado fuera del texto=

Dicha experiencia fue recogida en los documentos Conpes 3107 y 3133 de 2001, los cuales muestran que el gobierno asumió una serie de riesgos que no estaba en condiciones de controlar efectivamente: entre ellos, se mencionó el riesgo constructivo, el cual hizo referencia a la variabilidad entre el monto y la oportunidad de costo de la inversión prevista. En estos casos, el Estado asumió los sobrecostos de mayores cantidades de obra en porcentajes determinados que variaban en cada uno de los contratos. De este modo, el Documento Conpes concluyó que las concesiones de primera generación afectaban de manera importante la capacidad de inversión de la Nación.

La SEGUNDA GENERACIÓN DE CONCESIONES DE CARRETERAS se concibió desde 1997 como continuación de un programa de mejoramiento vial que en principio estaba dando buenos resultados, el cual buscó solucionar los problemas descritos, corrigiendo las equivocaciones que se identificaron en las concesiones de primera generación y desde luego con la idea de disminuir los aportes de la Nación, mediante una redistribución de los riesgos y una mayor exigencia en los niveles de detalle de los estudios y diseños requeridos para adelantar los proyectos de concesión, puesto que al concesionario se le asignó la responsabilidad total por los diseños complementarios dentro de un esquema de distribución de riesgos más clara y sustentada. En esta generación el INVIAS debía entregar el 90 % de los predios y la licencia ambiental al concesionario previamente a la

construcción. Se cambió el esquema de plazo fijo de la concesión, por un plazo variable donde lo que interesaba era un valor de ingreso acumulado 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.
(subrayado fuera del texto)

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".

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.

En la estructuración de los proyectos se contó con la participación de las bancas de inversión que a su vez colaboraron en la promoción de los mismos.

Los procesos de CONCESIÓN DE TERCERA GENERACIÓN, están dirigidos a la ejecución de grandes corredores viales que deben conectar los grandes centros productivos, que se encuentran en el centro del país con los puertos, de modo que dicho corredor integre los principales centros de consumo con los centros de producción y éstos a su vez con los puertos. La asignación de riesgos no difiere sustancialmente de los de segunda generación; no obstante, se introdujo el concepto de gradualidad que consiste en ejecutar la inversión de infraestructura de transporte al ritmo que determine la demanda de tráfico. En cuanto a la asignación de los riesgos, el de construcción estará a cargo del

concesionario exceptuando el caso de alto riesgo geológico (túneles); las licencias ambientales deberán existir antes de iniciarse la etapa de construcción y los aportes de la Nación serán diferidos en el tiempo, aparte de que estarán debidamente programados como vigencias futuras. El mecanismo de selección de la firma ganadora es más sencillo porque se tendrá en cuenta el menor ingreso esperado”³³⁵.

Las diferencias señaladas por el Consejo de Estado en cuanto a las generaciones de las concesiones ponen de relieve que el gran avance de la segunda generación frente a la primera es la modificación en cuanto a la forma de remunerar al concesionario. Mientras que conforme a las directrices del CONPES 3045 en los contratos de primera generación el Estado **“podrá establecer garantías de ingresos mínimos”** en los contratos de segunda generación no se contempla el concepto de ingresos mínimos porque la remuneración es el ingreso estimado por el concesionario y el plazo se establece en función de ese ingreso; en razón de tal modificación tampoco es aplicable el concepto de **“los ingresos sobrepasen un máximo”** porque esta posibilidad no existe.

En efecto, la remuneración del concesionario que es el ingreso esperado se obtiene cuando el ingreso generado alcance ese monto y en consecuencia, no existe posibilidad de que el ingreso esperado sobrepase un máximo en cuanto en ese momento ya el plazo del contrato se habrá cumplido.

Así las cosas, el concepto de ingresos adicionales a que se refiere el artículo 33 de la ley 105 de 1993 debe interpretarse primeramente conforme a los supuestos normativos que ella contempla y en segundo lugar, en armonía con la redacción de la propia norma, para derivar una consecuencia lógica y acorde con su naturaleza; en ese contexto, debe precisarse que el propio alcance de la disposición está contenida en su **Título: “Garantías de Ingreso”. En principio el artículo 33 es exclusivamente aplicable a aquellos contratos de primera generación en los que el Estado asumió garantías; por ello, como el concepto de ingresos mínimos o que sobrepasen un máximo es únicamente aplicable en las concesiones de primera generación, el término “adicional” solamente puede referirse al concepto de “ingresos mínimos” o de ingreso máximo, porque el adjetivo “adicional”³³⁶ se predica respecto de algo o de alguien y en este caso, debe entenderse que la norma se refiere a “ingresos adicionales a los mínimos garantizados o que sobrepasen un máximo establecido en el contrato.”**

³³⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección 3, Sentencia de diciembre 9 de 2004 Rad: 27921

³³⁶ RAE Adjetivo. Que se suma o añade a algo.

En concordancia con lo anterior, el segundo aparte del artículo 33 de la ley 105 debe interpretarse en el sentido de concluir que aquellos **ingresos que sobrepasen el "máximo" son los ingresos adicionales** a un tope de la remuneración que ha sido establecido en los contratos y que **son éstos y solamente éstos los que "podrán ser transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial."**

En el Decreto 002894 de junio 30 de 2009 el propio Ministerio de Transporte al establecer las variables financieras para la valoración de los contratos de concesión existentes, distinguió en el artículo 2 de la norma, entre la remuneración por ingreso mínimo garantizado e ingreso esperado, en los siguientes términos:

"f. Para las concesiones que funcionan por ingreso mínimo garantizado: Ingreso Mínimo garantizado, pagos recibidos y esperados por garantías de ingreso mínimo garantizado.

*g. Para las concesiones que funcionan por ingreso esperado: ingreso esperado e ingreso recaudado (desde el inicio de la concesión a la fecha) y el plan de ingreso proyectado hasta el final de la **concesión....."***

Resulta evidente entonces que si en los contratos de segunda generación no se contemplan ingresos mínimos garantizados ni ingresos máximos, tampoco hay lugar a aplicar el concepto de ingresos adicionales; en efecto, en tanto que los contratos de primera generación contemplan un plazo determinado y el Estado asume la obligación de garantizarle al concesionario un ingreso mínimo a título de remuneración, en el supuesto de que el ingreso generado no sea suficiente para cumplir su expectativa económica, en el contrato de segunda generación el riesgo de que el concesionario no alcance el monto de su remuneración no existe, porque el plazo indeterminado pero determinable se fija en función y con el propósito de que el concesionario alcance su remuneración. Tampoco existe el concepto de ingresos que sobrepasen el máximo porque es extraño a esta forma de remuneración. El CONPES 3045 señaló:

"El ingreso esperado permite reducir la posibilidad de conflicto judicial por variaciones en las estimaciones de la demanda del proyecto. El contrato termina cuando el ingreso esperado sea igual al ingreso generado por el proyecto, en consecuencia el plazo es variable. En esta política de concesiones el contratista debía asumir el riesgo de no obtener el

ingreso esperado dentro de un plazo máximo previsto en el contrato (CONPES 3045, 1999).

Así las cosas puede concluirse que la utilización de ingresos adicionales a que se refiere el artículo 33 de la ley 105 de 1993 contempla solamente aquellos ingresos adicionales a los mínimos generados por el mismo proyecto, para ser invertidos en la construcción de obras adicionales, pero nunca a una interpretación que conduzca a sostener que el artículo 33 norma de carácter dispositivo, derogó o dejó sin efecto la prohibición contenida en el artículo 40 de la ley 80.

Ese fue precisamente el alcance que le dio la Sala de Consulta y Servicio Civil a la interpretación al resolver el 12 de diciembre de 1997 la consulta elevada por el Ministro de Transporte:

*"1-2- La adición de los contratos de concesión para obras de infraestructura de transporte.
El inciso segundo del párrafo 40 de la Ley 80 de 1993, establece un límite para la adición de valor en un contrato estatal, pues señala:*

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.

En consecuencia, el contrato adicional o los contratos adicionales sumados que se celebren para aumentar el valor de un contrato estatal, no pueden sobrepasar el cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato inicial. Sin embargo, en materia de contratos de concesión para obras de infraestructura de transporte, existe una norma específica que se encuentra contenida en el artículo [33](#) de la Ley 105 de 1993, el cual dispone lo siguiente:

Garantías de ingreso.- Para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente podrá establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva. Igualmente, se podrá establecer que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales podrán ser transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial (negrillas fuera del texto original).

La consulta está motivada por la interpretación de esta norma y fundamentalmente por su parte final.

De acuerdo con esta norma, que es posterior al artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y es especial a la contratación de concesiones para obras de infraestructura de transporte, y por ende, prevalece sobre dicho artículo, en el caso de las mencionadas concesiones los contratos no están sujetos al límite del cincuenta por ciento (50%) para su adición sino que se pueden adicionar por el valor de los ingresos que sobrepasen el máximo acordado en el contrato, de acuerdo con el supuesto de la norma. (subrayado fuera del texto)

Tales ingresos adicionales podrían ser superiores al 50% del valor del contrato y en consecuencia, el contrato se podría adicionar en un monto superior al 50% del valor inicial.

Los ingresos adicionales se pueden destinar a cualquiera de estos fines:

- a) A ser transferidos a la entidad contratante.*
- b) A reducir el plazo de la concesión.*
- c) A realizar obras adicionales dentro del mismo sistema vial.*

La hipótesis que contempla la norma se refiere específicamente a la utilización de ingresos que sobrepasen un máximo convenido en la concesión, es decir, que sean ingresos adicionales como ella misma los llama, para la construcción de obras adicionales dentro del mismo sistema vial, de tal suerte que si se trata de utilizar otros recursos (presupuesto nacional, impuesto de valorización, cesión del recaudo de nuevos peajes, ampliación del plazo de operación de la vía, etc.) para hacer las obras adicionales, no se daría la hipótesis de la norma y entonces se aplicaría la norma general del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, consistente en que tales obras adicionales tendrían como límite el cincuenta por ciento (50%) del valor original del contrato.

En otros términos, mientras se utilicen ingresos adicionales provenientes de la concesión, el contrato

se puede incrementar para la realización de obras adicionales sin sujeción al límite del 50%, pero si se utilizan recursos distintos, el límite del 50% tendría plena vigencia.

En el caso de los ingresos adicionales, el límite para adicionar con ellos el contrato, con miras a la ejecución de obras adicionales, sería el monto de los mismos, pues aquí el artículo 33 de la Ley 105 de 1993 no establece tope alguno.

Ahora bien, cuando la norma alude a obras adicionales dentro del mismo sistema vial, la Sala entiende en sana lógica, que se refiere a que las obras guarden relación directa con el sistema vial objeto de la concesión, no necesariamente que estén comprendidas dentro de los límites físicos del proyecto inicial, sino que tengan conexión con la vía proyectada, bien sea que constituyan una vía alterna o una prolongación de aquella en cualquiera de sus extremos.

2- LA SALA RESPONDE.

2.1 La adición de los contratos de concesión para la construcción, rehabilitación o conservación de proyectos de infraestructura vial, llamados también de concesión de obras de infraestructura de transporte, no tiene límite cuando se utilizan ingresos adicionales, esto es, ingresos que sobrepasen un monto máximo acordado en el contrato, para la realización de obras adicionales dentro del mismo sistema vial, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 105 de 1993. Si se utilizan recursos distintos a los mencionados ingresos, la adición de tales contratos tiene como límite el cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato original, de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Nótese como la Sala de Consulta y Servicio Civil utiliza sistemáticamente el concepto de ingresos adicionales como aquellos que sobrepasan el "monto máximo establecido" y por ello, concluir que el artículo 40 de la ley 80 perdió su vigencia para todas las concesiones de infraestructura vial implica asumir una interpretación extensiva de la norma del artículo 33 de la ley 105 que conduce a dejar sin efecto una prohibición que está vigente y dista mucho de la interpretación del Consejo de Estado.

Dicha conclusión se reitera con el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 14 de abril de 2005 Radicación 143 mediante la cual se responde al Ministro de Transporte su consulta puntual sobre las concesiones viales de tercera generación.

Se destacan de la citada providencia los siguientes apartes:

"1. Respetto de los contratos de concesión vial de tercera generación, finalizada la obra y obtenido el ingreso esperado por el concesionario antes del término señalado, es viable continuar con la ejecución de dicho contrato con el objeto de que los ingresos adicionales sean utilizados para obras adicionales dentro del mismo sistema vial, caso en el cual no estarían sujetos al límite de adición previsto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993?"

2. En el evento de que el interrogante atrás planteado sea absuelto en forma positiva, se pueden destinar los excedentes del valor de las obras adicionales a la remuneración del concesionario y/o transferirlos (sic) a la Entidad Contratante tal como lo prevé el aludido artículo 33 de la ley 105/93?"

.....
La ley 80 del 28 de octubre de 1993, "Por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública", califica el contrato de concesión como un contrato estatal³³⁷, en el artículo 32, y lo define en el numeral 4° de éste, como el que "celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una

³³⁷ En este caso la remisión que hace el artículo 13 de la ley 80 de 1993 a las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, no encuentra mayor sentido por ausencia de legislación de derecho privado, siendo entonces las partes las llamadas a establecer el contenido del contrato.

suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden” (Destaca la Sala).

2. En las concesiones viales de tercera generación, la obtención del ingreso esperado antes del vencimiento del plazo estipulado, produce la terminación del contrato.

En Colombia, las concesiones viales se han distinguido, de acuerdo con la fecha de su otorgamiento, las vías nacionales objeto de las mismas y la estipulación de algunas cláusulas producto de la experiencia estatal en este tipo de contratos, en primera, segunda o tercera generación³³⁸.

Esta clasificación no es de orden legal, sino que obedece a políticas gubernamentales para la planeación y el desarrollo de los principales proyectos viales del país.

En la consulta se indica que en los contratos de concesión de tercera generación, se pactan dos variables o condiciones jurídicas aplicables consecuentemente:

³³⁸ De acuerdo con el documento reseñado al final de éste pie de página, los proyectos viales que hacen parte de la tercera generación de concesiones y sus condiciones son los siguientes:

- 1) Zipaquirá – Santa Marta, 942 Km.
- 2) Malla vial del Caribe, 1.029 Km.
- 3) Troncal del Llano, 678 Km.
- 4) Medellín – La Pintada, 72 Km.
- 5) Briceño – Tunja – Sogamoso, 182 Km.
- 6) Pereira – La Paila, 74 Km.
- 7) Bogotá – Buenaventura, 509 Km.
- 8) Rumichaca – Popayán, 347 Km.

En cuanto a la estructura y asignación de riesgos, las concesiones viales de tercera generación tienen las siguientes características:

- a) Al igual que en los proyectos de segunda generación, el plazo de la concesión es variable y ésta revierte al Estado en el momento en que el concesionario obtenga su ingreso esperado.
- b) El riesgo de construcción estará a cargo de la concesión, exceptuando el caso de alto riesgo geológico (Túneles).
- c) Para el caso de predios, la gestión de la compra estará a cargo del concesionario, y la expropiación y mayor valor a cargo del INVÍAS.
- d) En cuanto a las licencias ambientales, éstas deben existir antes de empezar la construcción y en el caso de que se deban modificar, esta gestión estará a cargo del concesionario.

“Las concesiones de carreteras en Colombia”. Mauricio Cárdenas. Fedesarrollo. **“Avances y desafíos de la provisión de infraestructura en América latina”.** Latin American University Regulation and Infrastructure Network – Laurin. Lima, Perú – Octubre de 2003, págs. 22 y 23. www.up.edu.pe/ciup/AER/textos/Colombia-Cardenas.ppt.

1) La primera establece que si el concesionario obtiene el ingreso esperado dentro del plazo estipulado, en ese momento se produce la terminación del contrato de concesión.

2) Y la segunda, que al vencimiento del plazo, el contrato se termina, independientemente de que el concesionario haya obtenido o no el ingreso esperado.

...

El primer interrogante que plantea la consulta, consiste en determinar si una vez concluida la obra y obtenido el ingreso esperado por el concesionario antes del vencimiento del plazo, el contrato puede seguir en ejecución y si con los ingresos adicionales que reporte, se pueden realizar obras adicionales, formalizando una adición al valor, sin el límite del 50% del valor inicial, establecido por el parágrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993.

En este evento se advierte claramente que cuando el concesionario alcanza el ingreso esperado, el contrato de concesión termina y se debe proceder a su liquidación, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 60 y 61 de la ley 80 y 36 de la ley 105, ambas de 1993.

.....

Por consiguiente, no hay "ingresos adicionales" a la concesión, ni se debe suscribir una adición al valor de ésta, pues ya ha concluido y los ingresos nuevos que se deriven de los peajes de la vía que era objeto de la concesión, deben corresponder normalmente al Estado.

.....

Como se advierte, la interpretación expuesta en el presente Concepto no se opone a la efectuada en el No. 1.050, por cuanto éste, aunque no lo dice explícitamente, se refiere a una modalidad de contratos de concesión vial que corresponde a los de primera generación, según los cuales se establecía el plazo de la concesión, por ejemplo, de diez (10) años, y cada año se hacía un corte de los ingresos destinados al concesionario, si no se alcanzaba la cifra máxima fijada, la entidad concedente entraba a compensar el faltante (era la garantía de ingresos mínimos, que se pactaba conforme a la primera parte del artículo 33 de la ley 105/93), y si se

sobrepasaba ese máximo, el excedente constituía los llamados "ingresos adicionales", los cuales, según lo que se acordara, podían entregarse a la entidad concedente, o aumentar la remuneración del concesionario y de esta manera, reducir el plazo de la concesión, o destinarse a obras adicionales, para lo cual se debía hacer una adición al valor del contrato.

.....

En las concesiones de primera generación se convenía un plazo, vencido el cual, el contrato terminaba, y se fijaba un monto máximo anual de ingresos para el concesionario, pero el hecho de alcanzarlo no significaba la terminación del contrato, antes bien, continuaba vigente y su valor se podía incrementar para realizar obras adicionales, conforme a lo dicho.

Lo anterior, como se aprecia, difiere claramente de lo establecido en los contratos de tercera generación, en los cuales no se otorga una garantía de ingresos mínimos a cargo de la entidad concedente y se acuerda que tan pronto el concesionario obtiene el ingreso esperado, el contrato termina, sin importar el plazo estipulado.

*Finalmente, en cuanto al segundo interrogante, éste queda resuelto, por sustracción de materia, con la **respuesta negativa al primero.**"*

Del anterior concepto se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- Que la Ley 80 de 1993 es aplicable a las concesiones viales de infraestructura, en ausencia de norma especial prevista en la Ley 105 de 1993 en cuanto ésta regula una categoría especial de contrato estatal de concesión.
- Que efectivamente el concepto del año de 1997 se refería a concesiones de primera generación.
- Que en cuanto el sistema de remuneración por ingreso esperado es el mismo para las concesiones de segunda y tercera generación, el concepto del año 2005 es aplicable a las Concesiones de segunda generación.
- Que para los contratos de segunda generación y concretamente para el Contrato 005 de 1999 estaba vigente la restricción de adicionar los contratos en más del 50%.

Las mismas partes reconocieron en el clausulado del Contrato No 005 de 1999 que no habría lugar a ingresos adicionales en los siguientes términos:

- Al celebrar el Contrato 005 de 1999 no obstante que la Ley 105 de 1993 ya estaba vigente, expresamente señalaron que el Contrato se regía por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y hasta donde conoció el Tribunal no evidenció ninguna manifestación de los contratantes para siquiera por vía de excepción, invocara la aplicación del artículo 33 de la ley 105 al Contrato de Concesión, distinta de los conceptos de los asesores.

- En la cláusula 11.4. convinieron:

“Cuando el valor acumulado del Ingreso Generado en un determinado periodo mensual de ejecución del Contrato, sea igual o superior al Ingreso Esperado, esto será causal de terminación anticipada del Contrato, para lo cual el Concesionario y el Interventor comunicarán al INVIAS, dentro de los (3) Días Calendario siguientes a la suscripción del acta mensual correspondiente, esta circunstancia, para que el INVIAS tome posesión del Proyecto en un término máximo de dos meses, término que puede ser reducido a opción del INVIAS. El Concesionario estará obligado a comunicar al INVIAS la circunstancia de haber obtenido el Ingreso Esperado, en cualquiera de los periodos mensuales. Independientemente de que por cualquier razón no se hayan suscrito las actas correspondientes. (subrayado fuera del texto) Los ingresos obtenidos por el cobro de Peajes en exceso del Ingreso Esperado, causados hasta el Día Calendario anterior a aquel en que INVIAS tome posesión del Proyecto, serán de propiedad del INVIAS aunque su recaudo deba ser hecho por el Concesionario. Por lo tanto, esos ingresos deberán ser reembolsados a INVIAS dentro de los veinte (20) Días siguientes a la toma de posesión del Proyecto por parte de INVIAS. El reembolso se hará previo descuento de un veinte por ciento (20%) de los ingresos recibidos, porcentaje que remunera los gastos en que haya tenido que incurrir el Concesionario por la operación y mantenimiento del Proyecto durante el término de recaudo de Peajes pertenecientes a INVIAS”.

Adicionalmente, en la cláusula 10.1 pactaron como una de las causales de terminación anticipada la siguiente:

"10.1 cuando el Concesionario haya obtenido el Ingreso Esperado antes del vencimiento del término estimado de veinte (20) años a que se refiere la cláusula 5, en los términos de la cláusula 11".

Ha sido contundente la reiteración de la Concesionara en este proceso de que en cuanto el Contrato pertenece a la segunda generación de concesiones, no hay ni ingreso mínimo garantizado, ni TIR garantizada y ni modelo contractual vinculante.

No resulta coherente entonces, en la interpretación de las cláusulas contractuales en desarrollo de la normativa legal, afirmar que para efectos de la restricción del artículo 40 de la Ley 80 el contrato se sujeta al régimen de los contratos de ingreso garantizado, pero para determinar la rentabilidad, sostiene que no se adoptó modelo contractual ni existe TIR asociada al proyecto. Una y otra afirmación se excluyen entre sí.

Así las cosas, conforme el Contrato 005 no hay ingresos mínimos garantizados. Obtenido el Ingreso Esperado, el Contrato termina.

En el trámite previo a la celebración del Adicional No. 13 el INCO contrató los servicios de la abogada Sondra Mcollins para que conceptuara sobre la viabilidad legal de celebrar el Contrato.

La asesora del INCO Doctora Sondra Macollins en el punto 8.4 de su concepto al referirse a la financiación del objeto de la adición del Contrato concluye que:

"cuando las obras o actividades a ejecutar por el Concesionario dentro del marco del contrato adicional, no se financiarán con recursos excedentarios -artículo 33 de la ley 105 de 1993- sino con otra fuente, como por ejemplo recursos del Presupuesto General de la Nación, Contribución por Valorización, cesión de nuevos peajes o ampliación del plazo, tal adición estará sujeta al límite del 50% del valor inicial del Contrato.

(...) "deberá verificarse que el valor de las obras y actividades a realizar por el Concesionario en los tramos adicionales no podrán superar el 50% del valor inicial del contrato que para efectos del análisis se tiene como referencia a cláusula 16 del contrato original que establece:

CLAUSULA 16 VALOR EFECTIVO DEL CONTRATO

"El valor efectivo del contrato corresponderá a los recaudos de peaje que serán cedidos al concesionario por el INVIAS."

Luego en principio el valor del contrato es indeterminado pero determinable y como proyecto financiero es dinámico en su desarrollo.

No obstante para efectos del ejercicio tomaremos el valor de la cesión inicial de los peajes efectuados al concesionario los cuales se tiene conforme a la información suministrada por el Supervisor del Contrato de concesión No. 005 de 1999 en concordancia con los informes ejecutivos rendidos por la interventoría del contrato el valor del ingreso esperado es el siguiente:

\$989.537.000.000

*En vista de lo anterior el valor de las inversiones a realizar por el Concesionario en virtud de la adición pretendida no podrá superar en un 50% el valor inicial del contrato restándole el valor de las inversiones adicionales efectuadas **con anterioridad**"*

Valor inicial 50% del contrato	50%	Adiciones realizadas	Inversiones a Adicionar
\$989.537.000. 000	\$494.758.50 0.000	526.418.173.51 6	310.000.000

"me permito inferir a manera de conclusión que si la adición que se estudia en el presente concepto no excede los topes del 50% a precios de 1997, en la sumatoria final de todas las adiciones (incluyendo ésta materia de estudio) no requiere mayor análisis, ni la aplicación legal, doctrinal y jurisprudencial de las normas vigentes para el caso, por cuanto estaría planteado dentro del marco jurídico de la ley 80 de 1993³³⁹"

En síntesis, concluye la asesora, con base en una inferencia, que los límites establecidos en la ley 80 de 1993 son aplicables a la adición planteada y que por tanto deben respetarse.

No obstante dicha conclusión, en conceptos posteriores que obran a folios 288 a 321 del cuaderno de pruebas 7, y 1 al 76 del cuaderno 8 de pruebas, los asesores de algunas de las convocadas que, actúan en este proceso en calidad apoderados, con posterioridad a la celebración del Contrato Adicional No. 13 concluyeron que el artículo 40 de la ley 80 de 1993 no era aplicable a las concesiones viales de infraestructura y que por ende, no era necesario tener en cuenta el límite del 50%.

³³⁹ Cuaderno de pruebas No 18

Llama la atención del Tribunal que en oficio que obra a folios 491 a 493 del Cuaderno de Pruebas No. 18 el interventor, en el documento de fecha 11 de enero de 2008 en el que rinde concepto sobre la viabilidad jurídica de suscribir el otrosí No. 2 al Contrato Adicional No. 13 **manifiesta que " en cuanto a la posibilidad de adicionar el Contrato de Concesión No. 005 de 29 del 1999 (sic), en función al límite establecido por Ley 80 de 1993, esta Interventoría manifestó anteriormente su posición al respecto en el oficio radicado INCO 009649 del 28-06-, y no obstante, con motivo del adicional No. 13, la Entidad se basó en el concepto de la asesora jurídica SONDRÁ MACOLLINS GARVIN, radicado INCO No. 7587 del 23 de mayo de 2006, que trata acerca de la viabilidad de adicionar los Contratos de Concesión y el aval emitido mediante memorando interno 002266 de 04-08-06 suscrito por el Asesor de Gerencia General Dr. ANDRÉS JUYAR"**³⁴⁰.

Sin embargo, el Tribunal no logró encontrar dentro del acervo probatorio la copia del concepto de la interventoría en el cual explicaba las razones por las cuales consideraba que existían límites legales para la firma del Contrato Adicional No. 13.

Resulta ilustrativo transcribir la pregunta de la apoderada de PAVCOL al testigo Doctor Juyar:

DRA. RUAN: La interventoría participó?

DR. JUYAR: Sí, generalmente y en este caso recuerdo que la interventoría rendía concepto acerca de específicamente los detalles puntuales de las modificaciones que se iban a celebrar o modificar, estaban precedidas de conceptos o aportes de parte de las interventorías que eran las que tenían en su detalle el seguimiento de la ejecución de esos contratos.

DRA. RUAN: El concepto de la interventoría era obligatorio o dicho de otra manera si el concepto de la interventoría hubiera sido negativo se podía celebrar el contrato adicional?

DR. JUYAR: Digamos el concepto de la interventoría como cualquier concepto era un referente y finalmente sí daba unas pautas y unos parámetros específicos para efectos de la toma de decisiones que como lo he dicho finalmente le corresponde a quien se le ponen de presente esos conceptos, que es el representante del ordenador de gasto del Instituto.

³⁴⁰ Folio 491 del cuaderno de pruebas No. 18.

Resulta por demás contradictoria con el oficio de la interventoría del año 2008 la respuesta de Patricia Cortes sobre este punto:

DRA. RUAN: ¿Usted recuerda si la interventoría participó o emitió algún concepto, acompañó a la entidad o tuvo alguna injerencia en la celebración del contrato adicional No. 13?

SRA. CORTÉS: Sí participó y sí tuvo injerencia.

DRA. RUAN: ¿Asistió a las reuniones?

SRA. CORTÉS: No.

DRA. RUAN: ¿Y por qué lo recuerda?

SRA. CORTÉS: Porque dentro de la celebración del contrato se incluyó que la interventoría había aportado su concepto favorable a la suscripción del contrato adicional No. 13.

Si bien el concepto de la interventoría no era obligatorio para la UT, sorprende que no hubiere sido acompañado como prueba.

Para dilucidar la aplicabilidad del artículo 40 de la ley 80 de 1993, conviene revisar si, conforme con lo dispuesto en el artículo 71 del Código Civil puede concluirse que esta norma prohibitiva fue derogada por la ley 105 de 1993 o continua vigente para algunas de las concesiones de infraestructura vial.

A este propósito, la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la derogatoria de las normas señaló:

*El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define derogar como "abolir, anular una cosa establecida como ley o **costumbre**".*

Según el derecho romano, la derogación viene del latín derogare, que supone la revocación parcial de la ley, a diferencia de la abrogación que significa la supresión completa de una ley.

En nuestro sistema el sustantivo derogación, es el único que define a todas las formas enunciadas de modificación o supresión de una ley. Así, de conformidad con los artículos 71 y 72 del Código Civil, la derogación de las leyes puede ser expresa o tácita.

Es expresa, cuando la ley dice expresamente que deroga la antigua. Y tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

En la derogación expresa, el legislador señala en forma precisa y concreta los artículos que deroga. Es decir, no es necesaria ninguna interpretación, pues simplemente se excluye del ordenamiento uno o varios preceptos legales, desde el momento en que así lo señale el legislador.

Contrario a lo anterior, la derogación tácita supone un cambio de legislación, una incompatibilidad con respecto a lo regulado en la nueva ley y la ley que antes regía. Hecho que hace necesaria la interpretación de ambas leyes, para establecer qué ley rige la materia, o si la derogación es total o parcial.

La ley 153 de 1887 en su artículo 3º establece otra forma de derogación y es la derogación orgánica. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de marzo 28 de 1984, señaló que:

*"La derogación orgánica, que para no pocos autores no pasa de ser una faz de la derogatoria tácita, sólo se da es (sic) verdad cuando la nueva ley **"regule íntegramente la materia"** que la anterior normación positiva regulaba. Empero, determinar si una materia está o no enteramente regulada por la ley posterior, depende de la intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia, aunque en realidad no haya incompatibilidad alguna entre éstas y las de la ley anterior.*

*Sea de ello lo que fuere, lo evidente es que hay que suponer que la nueva ley realiza una mejora en relación con la ley antigua; que aquella es más adecuada a la vida social de la época y que por tanto responde mejor al ideal de justicia, ideal y necesidad éstos que tornan urgente la aplicación de la nueva ley; aplicación que por lo mismo debe ser lo más amplia posible para que desaparezcan las situaciones que el propio legislador ha querido condenar y evidentemente arrasó con la ley nueva. Es un principio universalmente reconocido que cuando un legislador emite dos voluntades diversas, la más reciente **prevalece"***

Por su parte, sobre la derogación de las leyes, esta Corporación, en sentencia C-443 de septiembre 18 de 1997 señaló:

"[e]n términos generales, se puede decir que la derogación tiene como función, tal y como lo señala la doctrina y lo ha establecido esta Corporación, dejar sin efecto el deber ser de otra norma, expulsándola del ordenamiento[1]. Por ello se ha entendido que la derogación es la cesación de la vigencia de una disposición como efecto de una norma posterior, por cuanto la derogación no se basa en un cuestionamiento de la validez de la norma - como sucede cuando ésta es anulada o declarada inexecutable por los jueces- sino en criterios de oportunidad libremente evaluados por las autoridades competentes, y en especial, en relación con las leyes, por el Congreso. Esta Corte ya había precisado esa diferencia con claridad. Dijo entonces esta Corporación:

"Así, la derogación no deriva de conflictos entre normas de distinta jerarquía sino de la libertad política del Legislador, pues ese órgano político decide expulsar del ordenamiento una norma que hasta ese momento era totalmente válida, ya sea para sustituirla por otra disposición, ya sea para que la regulación de la materia quede sometida a los principios generales del ordenamiento. Es pues un acto de voluntad política pues el Legislador evalúa, conforme a criterios de conveniencia, cuando es oportuno derogar una determinada disposición (...). En cambio, la inexecutable surge de un conflicto normativo entre la Constitución y la ley, que es resuelto jurídicamente por el órgano a quien compete preservar la supremacía de la Carta. El juez constitucional no decide entonces conforme a su voluntad política sino que se limita a constatar esa incompatibilidad, y a expulsar del ordenamiento la disposición legal, por ser ésta de menor jerarquía. (...) En síntesis, y tal y como esta Corporación ya lo había señalado, "la derogatoria es un fenómeno de teoría legislativa donde no sólo juega lo jurídico sino la conveniencia político-social, mientras la inexecutable es un fenómeno de teoría jurídica que incide tanto en la vigencia como en la validez de la norma. Luego, dentro del ordenamiento jurídico no es lo mismo inexecutable que derogación (Sentencia C-145/94. MP Alejandro Martínez Caballero, Fundamento Jurídico No 5)

Con base en los criterios señalados por el máximo Tribunal Constitucional se concluye que, en cuanto la ley 105 no derogó expresamente el artículo 40 de la ley 80³⁴¹ y esta ley posterior no regula íntegramente la materia de los contratos de concesión, porque si bien consagra algunas disposiciones especiales en materia de infraestructura, la regulación básica del Contrato, continúa siendo la ley 80 de 1993, y que, como ya se estableció antes, el artículo 33 de la ley 105 no es aplicable a todas las concesiones sino exclusivamente a **aquellas que consagran “Garantías de ingreso”, dentro de las cuales no** están las concesiones de segunda generación, la prohibición de adicionar el contrato en más del 50% era íntegramente aplicable a la suscripción del Contrato Adicional No. 13, así como al otrosí No. 2 al adicional No. 13.

En conclusión, no es posible entonces, sostener con una indebida y extensiva aplicación del artículo 33 de la ley 105 que esta norma dejó sin efecto la prohibición tajante del artículo 40 de la ley 80, norma que fue posteriormente modificada por la ley 1150 de 2007, que si bien no es aplicable al caso concreto, si sirve para ilustrar el espíritu del legislador en cuanto a la restricción en materia de adición de contratos estatales.

Ahora bien, si como concluye el Tribunal ese límite era aplicable, para efectos de determinar si efectivamente se incurrió en la transgresión de la norma, debe acudir a las cláusulas contractuales en las cuales se establece la remuneración para determinar, con base en su análisis, cuál sería el valor inicial del contrato y partir de allí hacer el cálculo.

Comoquiera que se trata de aplicar una norma restrictiva que contiene una prohibición expresa, su interpretación se hará estrictamente ajustada al tenor literal de la disposición en la búsqueda de que la norma cumpla su finalidad y para ese propósito, el Tribunal acogerá el cuadro que obra a folio 29 del cuaderno de pruebas No. 20 dentro del dictamen pericial para comparar valores comparables, con base en cifras que obran en el expediente así:

CLÁUSULA 15. VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO: El valor del presente Contrato se estima en la suma agregada de \$386.919.000.000.00, correspondiente a la inversión del Concesionario en el Proyecto, es decir, la sumatoria de los siguientes conceptos:

7. Valor de diseño, construcción y rehabilitación y mejoramiento, incluido el valor de la instalación, montaje y prueba de los equipos necesarios para la

³⁴¹ Las normas expresamente modificadas fueron conforme al párrafo del artículo segundo los artículos 44 numeral 4 y 45 de la ley 80 de 1993.

infraestructura de operación, calculado en la Propuesta del Concesionario: \$344.250.000.000.oo.

8. Valor a pagar por el Concesionario al Departamento del Valle del Cauca, según el valor determinado en la cláusula 42 de este Contrato: \$7.859.000.000.oo.

9. Costo estimado de la Interventoría durante la Etapa de Reconstrucción y durante la Etapa de Construcción según el valor predeterminado en el numeral 61.7.1. de la cláusula 61 de este Contrato: \$9.579.000.000.oo.

10. Valor de los montos aportados por el Concesionario al Fideicomiso 1 con destino a la compra de predios, según el valor determinado en el numeral 26.3 de la cláusula 26 de este contrato: \$20.601.000.000.oo (sumatoria de: i) COL\$14.377.000.000.oo, monto señalado en el primer inciso del numeral 26.3., más ii) COL\$6.224.000.000.oo, valor de los predios correspondientes a las Obras Complementarias ofrecidas por el Concesionario en su Propuesta, según el inciso penúltimo del numeral 26.3, de este Contrato).

11. Valor de los montos aportados por el Concesionario al Fideicomiso 3 para cubrir los costos y gastos adicionales que –de acuerdo con el numeral 28.3. de la cláusula 28 del presente Contrato sean necesarios para que el Concesionario cumpla con las obligaciones que emanen de la(s) Licencia(s) Ambiental(es) y/o de los Documentos de Evaluación y Manejo Ambiental, según el valor determinado en el numeral 28.4 de la cláusula 28 de este Contrato: \$3.600.000.000.oo.

12. Valor de los montos aportados por el Concesionario al Fideicomiso 4 con destino al cubrimiento de los costos del Plan de Gestión Social (numeral 6 del Anexo 12 del Pliego), según el valor determinado en el numeral 28.7 de la cláusula 28 de este Contrato: \$1.030.000.000.

Los anteriores valores están calculados en Pesos de diciembre de 1997.

Para efectos fiscales el valor de este contrato es indeterminado.”

De acuerdo con el texto citado anteriormente, el valor estimado del Contrato con alcance básico y a precios del mercado de diciembre de 1997 por la suma de: Trescientos ochenta y seis mil

novecientos diecinueve millones de pesos Colombianos = \$386.919'000.000= corresponde a la INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, la cual esta discriminada de la siguiente manera:

<i>VALOR ESTIMADO DE LA INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO (\$Dic. 1997)</i>	
<i>Valor de los Diseños</i>	<i>\$ 5.300'000.000</i>
<i>Valor de las obras en Construcción y Rehabilitación y Mejoramiento</i>	<i>\$ 318.995'000.000</i>
<i>Valor de la Infraestructura de Operación</i>	<i>\$ 19.955'000.000</i>
<i>Valor de diseño, construcción y rehabilitación y mejoramiento, incluido el valor de la instalación, montaje y prueba de los equipos necesarios para la infraestructura de operación, calculado en la Propuesta del Concesionario.</i>	<i>\$ 344.250'000.000</i>
<i>Valor de los montos aportados por el Concesionario al Fideicomiso 1 con destino a la compra de predios.</i>	<i>\$ 20.601'000.000</i>
<i>Costo estimado de la Interventoría durante la Etapa de Reconstrucción y durante la Etapa de Construcción.</i>	<i>\$ 9.579'000.000</i>
<i>Valor a pagar por el Concesionario al Departamento del Valle del Cauca.</i>	<i>\$ 7.859'000.000</i>
<i>Valor de los montos aportados por el Concesionario al Fideicomiso 3 para cubrir los costos y gastos adicionales que sean necesarios para que el Concesionario cumpla con las obligaciones que emanen de la(s) Licencia(s) Ambiental(es) y/o de los Documentos de Evaluación y Manejo Ambiental.</i>	<i>\$ 3.600'000.000</i>
<i>Valor de los montos aportados por el Concesionario al Fideicomiso 4 con destino al cubrimiento de los costos del Plan de Gestión Social.</i>	<i>\$ 1.030'000.000</i>
<i>Valor total de la Inversión del Concesionario en el Proyecto es de \$386.919 Millones de pesos a precios del mercado de diciembre de 1997</i>	<i>\$ 386.919.000.000</i>

Fuente: Propuesta Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca para la Licitación Pública No. SCO-L01/98.-

*De acuerdo con el texto en la Propuesta presentada por el Concesionario (Formulario F4), el monto propuesto como INGRESO ESPERADO POR EL CONCESIONARIO (forma de pago), es de: Novecientos ochenta y nueve mil quinientos treinta y siete millones de pesos Colombianos **=\$989.537'000.000=**, a precios del mercado de diciembre de 1997; no se encontró discriminación para cada uno de los tramos, en cada uno de los meses de las etapas de: Pre-construcción, Construcción y de Operación y Mantenimiento.*

De acuerdo con el texto en el Adicional 13 sin modificatorios el valor estimado y a precios del mercado de diciembre de 1997 por la suma de: doscientos treinta y un mil ochocientos

cincuenta y cinco millones noventa y ocho mil trescientos noventa y siete pesos Colombianos de diciembre de 1997 = \$231.855.098.397=, corresponde a la INVERSIÓN ADICIONAL DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, la cual esta discriminada de la siguiente manera:

<i>Adicional No. 13 de 9 agosto 2006: Tramo 7</i>	
<i>+ Diseños</i>	<i>\$ 7.756.000.000</i>
<i>+ Fondeo Fideicomiso Predios</i>	<i>\$ 7.727.000.000</i>
<i>+ Fondeo Fideicomiso Licencias Ambientales</i>	<i>\$ 5.152.000.000</i>
<i>+ Fondeo Fideicomiso Gestión Social</i>	<i>\$ 1.030.000.000</i>
<i>= Valor correspondiente a la Etapa de Pre-construcción</i>	<i>\$ 21.665.000.000</i>
<i>+ Valor correspondiente a la Etapa de Construcción</i>	<i>\$ 210.190.098.397</i>
<i>Valor Adicional de la Inversión del Concesionario en el Proyecto según Adicional 143 de \$231.855 Millones de pesos a precios del mercado de diciembre de 1997</i>	<i>\$231.855.098.397</i>

De acuerdo con el texto citado anteriormente, el incremento en el valor estimado del Adicional 13 sin modificatorios por concepto de INGRESO ESPERADO POR EL CONCESIONARIO (forma de pago), por efecto de este contrato adicional es de: Tres billones ochocientos cuarenta mil doscientos sesenta y cinco millones catorce mil ciento cuarenta y nueve pesos = \$3.840.265.014.149= a precios del mercado de diciembre de 1997; la discriminación se observa para cada uno de los meses con el detalle incluido en el Apéndice de este informe, extractado del Flujo de Caja presentado por el Concesionario, valor proyectado a obtener en el mes No. 633 en la proyección: entre el 1 y el 31 de marzo de 2059³⁴².

³⁴² "En el mes 632 es de \$3.837.896,98 millones de pesos de diciembre de 1997 y en el mes 633 es de \$3.848.678,65 millones de pesos de diciembre de 1997, por lo anterior y dado que el ejercicio contempla periodos de tiempo mensuales, el ingreso esperado por valor de \$3.840.265 millones de pesos de diciembre de 1997 se concluye que se obtiene entre el 1 y el 31 de marzo de 2059 (mes 633 de ejercicio)."

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA. - VALOR: El valor del presente Contrato Adicional se estima en la suma de doscientos treinta y un mil ochocientos cincuenta y cinco millones noventa y ocho mil trescientos noventa y siete pesos de diciembre de 1997 (\$231.855´098.397), correspondiente a la inversión que ejecutará EL CONCESIONARIO en cumplimiento del objeto señalado en su Cláusula Primera, el cual se discrimina de la siguiente forma:

<i>Items</i>	<i>Valor (\$dic.1997)</i>
<i>Valor de la Construcción</i>	<i>210.190´098.397</i>
<i>Valor de los Diseños</i>	<i>7.756´000.000</i>
<i>Fondeo Fideicomiso Predios</i>	<i>7.727´000.000</i>
<i>Fondeo Fideicomiso Licencias Ambientales</i>	<i>5.152´000.000</i>
<i>Fondeo Fideicomiso Gestión Social</i>	<i>1,030´000.000</i>
<i>Valor Total del Contrato</i>	<i>231.855´098.397</i>

Para efectos fiscales, el valor del presente Contrato Adicional es indeterminado.

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA.- FORMA DE PAGO: Como contraprestación de las actividades objeto del presente Contrato Adicional, EL CONCESIONARIO obtendrá la amortización de sus inversiones con los derechos de recaudo de los Peajes existentes en el Proyecto Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca, incluyendo el peaje de Loboguerrero en el evento de la cesión de los derechos del recaudo de éste. No obstante lo anterior, la remuneración de las actividades objeto del presente Contrato podrán imputarse, además, a aportes anuales del Presupuesto General de la Nación mediante el compromiso de vigencias futuras.

CLAUSULA DECIMA TERCERA. - VALOR DEL INGRESO ESPERADO: Será de Cuatro billones ochocientos ochenta y un mil seiscientos setenta y nueve millones de diciembre de 1997 (\$4.881.679´000.000). Este valor disminuirá, en la medida en que la financiación de las inversiones de EL CONCESIONARIO, objeto de presente Contrato Adicional se efectúe además, con aportes anuales del Presupuesto General de la Nación, mediante el compromiso de vigencias futuras y/o cesión de recaudo de peaje, de la estación de Loboguerrero y/o

incremento tarifario de las estaciones de peaje de la malla vial.

PARAGRAFO: El valor del ingreso esperado será determinado como resultado del ejercicio financiero presentado por EL CONCESIONARIO, mediante oficio UTDVVCC 1056 de Julio 6 de 2006, donde se define la Tasa Interna de Retorno, para cada una de las tres alternativas propuestas y/o cualquier combinación de éstas."

El Tribunal ha elaborado el análisis comparativo así:

En millones de pesos			
Contrato Inicial		Contrato Adicional	
Valor del Contrato por el total de la Inversión del Concesionario en el Proyecto a precios del mercado de diciembre de 1997	\$386.919.000.000	Valor Adicional de la Inversión del Concesionario en el Proyecto según Adicional 13 a precios de diciembre de 1997	\$231.855.098.397
50% del Valor	\$193.459.500.000		
Exceso sobre el 50%			\$38.395.598.397
Valor ingreso Esperado contrato 005	\$989.537.000.000	Valor Ingreso Esperado Adicional No. 13	\$3.840.265.014.149
50% del ingreso esperado	\$494.768.500.000		
Exceso sobre el ingreso Esperado			\$3.345.496.514.149

Se concluye entonces que, cualquiera que sea el valor que se tome para definir el Valor del Contrato Inicial, y aplicando criterios objetivos, el Contrato Adicional No. 13 superó el límite del 50% exigido por el artículo 40 de la ley 80 de 1993 en contra de una expresa prohibición legal.

Sobre la procedencia de la nulidad absoluta por ocurrencia de la causal 2 del artículo 44 de la ley 80 de 1993, el Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos:

"La nulidad es la negación de la validez, es la carencia de valor legal de un acto jurídico derivada

de la ausencia de los requisitos señalados por la ley. En los contratos, la nulidad es la pérdida de validez del contrato o de alguna de sus cláusulas, la cual puede ser absoluta o relativa. En el asunto que se debate, interesa hacer referencia a la nulidad absoluta que se configura por vicios de imposible saneamiento o ratificación y constituye la sanción más grave que es posible imponer a un contrato cuando quiera que se compruebe la existencia de hechos que dan lugar ella.

Así el legislador, con el fin de preservar el principio de legalidad y el orden público, instituyó algunos eventos que dan lugar a la nulidad absoluta de los contratos estatales por transgredir normas de carácter superior que los rigen, los cuales constituyen vicios que afectan su validez y hacen desaparecer sus efectos jurídicos.

La Ley 80 de 1993, en el artículo 44, consagra de manera expresa las causales que dan lugar la nulidad absoluta del contrato, norma cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 44. De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;

4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley

La norma legal transcrita adoptó como causales de nulidad de los contratos estatales aquellas que se encuentran previstas en el derecho común, al tiempo que estableció otras, propias de la contratación estatal, razón por la cual resulta pertinente hacer referencia a las normas del Código Civil que regulan la nulidad de los contratos.

El artículo 6º del C.C., establece: "En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen

suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos.

En cuanto a la nulidad de los actos y contratos, en materia civil, el artículo 1741 prescribe lo siguiente:

"La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas..."

De otra parte, el artículo 1519 de la misma **codificación dispone: "Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la República a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto; norma que se complementa con lo establecido en el artículo 1521, a cuyo tenor, también hay objeto ilícito cuando se enajenan cosas que no están en el comercio, como los bienes de uso público; cuando se enajenan derechos y privilegios que no pueden transferirse a otra personas, como en los bienes gravados, o con limitaciones en el ejercicio de la propiedad; o en la disposición de cosas embargadas por decreto judicial. Y de conformidad con el artículo 1523 del C.C., hay objeto ilícito cuando los actos jurídicos se encuentren prohibidos por las leyes.**

Sucede entonces que en la legislación civil, la nulidad absoluta de tales actos o contratos deviene, entre otras, por la contravención de normas que forman parte del Derecho Público de la Nación en cuanto ello resulta constitutivo de ilicitud en el objeto, cuestión que, como ya se dijo, fue acogida por el régimen de contratación estatal.

Interesa al sub lite el examen de la causal establecida en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, norma a cuyo tenor: los contratos del **Estado son absolutamente nulos cuando "se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal"**.

Del contenido y alcance del texto de esta norma se infiere que para que esta causal de nulidad absoluta del contrato se configure, se requieren de los siguientes presupuestos: i) La violación del régimen de prohibiciones consagrado en normas constitucionales o en normas legales o en cualesquiera otras con fuerza de ley; por lo tanto, la violación a otro tipo de normas en cuanto

no tengan rango constitucional o que carezca de fuerza de ley, no genera vicio de nulidad en el contrato, tal como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala³⁴³ y, ii) La prohibición establecida en la Constitución Política o en la Ley debe ser expresa, como también lo sostuvo la jurisprudencia en el siguiente pronunciamiento: (subrayado fuera del texto)

"Hay que añadir, a fin de precisar adecuadamente el alcance del art. 44.2 de la Ley 80 de 1993, que, además de que la prohibición debe estar contenida en la Constitución o en la ley, en los términos dichos, la prohibición constitucional o legal ha de ser expresa, bien en relación con i) el tipo contractual, como cuando las normas no permiten que el Estado haga donaciones a los particulares -art. 355 CP³⁴⁴-, o en relación con ii) la celebración de un contrato, dadas ciertas condiciones, como cuando no se autoriza que una concesión portuaria supere 20 años -ley 1 de 1991-, o un comodato supere 5 años -ley 9 de 1989, etc.

De modo que no toda irregularidad o violación a la ley o a la Constitución, configura la celebración de un contrato "... contra expresa prohibición constitucional o legal." Es necesario analizar, en cada caso concreto, el contenido de la norma, para determinar si contempla una prohibición a la celebración de un contrato o si contiene simplemente otro tipo de requisitos, cuya trasgresión o pretermisión pudiera generar la nulidad absoluta del contrato o una consecuencia diferente. ³⁴⁵
(Negrillas fuera del texto).

Bajo esta perspectiva, se tiene que la violación a las normas constitucionales o legales, en la celebración de un contrato, acarrea como consecuencia la nulidad absoluta del contrato celebrado en tales condiciones, por cuanto toda vulneración del ordenamiento jurídico da lugar a la ilegalidad de los actos; pero no toda violación de normas constitucionales o legales en la celebración de

³⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006, Exp. 31480, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

³⁴⁴ "Art. 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia."

³⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006, Exp. 31480, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

contratos da lugar a que se configure la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2ª del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que para ello deben concurrir los dos presupuestos que fueron señalados: violación del régimen de prohibiciones y que la prohibición sea expresa o explícita. A lo anterior se agrega que las normas que imponen sanciones o establecen prohibiciones, son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, por consiguiente, no cabe la aplicación”³⁴⁶

Respecto de la nulidad absoluta de los contratos estatales ha sostenido la misma Corporación:

"Salta a la vista que en materia de contratación de la administración pública, la institución de la nulidad absoluta debe ser aplicada con el mayor rigor, toda vez que los contratos que celebran las entidades estatales llevan ínsito el principio de legalidad de las actuaciones de la Administración y tienen la impronta del interés general, en la medida en que actualmente el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, consagra que los mismos deben cumplir con los fines de la contratación estatal³⁴⁷, por lo que pugna con el orden jurídico cualquier pronunciamiento judicial que fije derechos u obligaciones en relación con un contrato estatal que esté afectado por un vicio de nulidad absoluta, como son, por ejemplo, el objeto y la causa ilícitas.”³⁴⁸

Igualmente ocurre en derecho comparado. La Junta Consultiva en contrataciones públicas española, en el informe 59/2000, de 5 de marzo de 2001, advirtió **“lo cierto es que como ya declaró esta Junta en su informe de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de mayo de 1999, (expedientes 45/95 y 47/95) hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos puesto que “celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario, en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por fía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo**

³⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2 de mayo de 2007 CP: Mauricio Fajardo Gómez Exp. 15599

³⁴⁷ El artículo 3 de la Ley 80 es del siguiente tenor. **“ARTÍCULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.** Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como **tal, implica obligaciones.” (Resalta la Sala).**

348348

a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la **contratación de las administraciones públicas**³⁴⁹.

En consecuencia, considerando que se cumplen los tres supuestos necesarios para la declaratoria de la nulidad, por cuanto además de estar probada la causal a este proceso se encuentran vinculados tanto las partes como sus causahabientes, el Tribunal procederá de conformidad con el artículo 141 del CPACA a declarar de oficio la nulidad del Contrato Adicional No. 13 del año 2006 y de los Otrosíes 1, 2, 3 y 4 firmados al Adicional No. 13 por violación de la prohibición expresa establecida en el numeral 2do del artículo 44 de la ley 80 de 1993 al haberse celebrado contra una prohibición expresa.

6.2.2. Los principios de planeación y concurrencia

El segundo aspecto que aborda el Tribunal en relación con la posible nulidad es el atinente a definir si el contrato adicional No. 13 y su otro si No. 2 encuadran dentro de la categoría de adición al contrato o de nuevo contrato y como consecuencia de esa conclusión si en su celebración tanto el Estado como los particulares atendieron los deberes y principios propios de la contratación estatal.

Los dos aspectos señalados en el párrafo anterior se analizarán al amparo de los principios que rigen la contratación estatal, específicamente concentrado el análisis del deber de planeación y en el deber de libre concurrencia.

La decisión del Tribunal de revisar este aspecto tiene origen en el estudio de los documentos que antecedieron la celebración del Contrato Adicional No. 13 y el otrosí No. 2 y en algunas de las declaraciones escuchadas en las audiencias.

El principio de planeación

De conformidad con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como fin **“la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”**.

Así mismo señala el artículo 23 *ibídem*:

“Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados

³⁴⁹ MORENO GIL, Oscar. “Contratos Administrativos – Legislación y jurisprudencia”, Tomson-civitas, 2008, Quinta edición, P. 2034.

que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo” (subrayado fuera del texto).

Partiendo de lo anterior, el legislador dispuso con claridad que todas las actuaciones de las entidades estatales en materia contractual deben supeditarse al cumplimiento de los principios de la contratación estatal. En la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, el legislador es diáfano al señalar que la expedición del nuevo Estatuto General de la Contratación, en reemplazo del antiguo Decreto 222 de 1983, es un desarrollo del artículo 209 de la Constitución que contiene los principios de la función administrativa. Así, la Ley 80 de 1993 es una ley de principios, a diferencia de la norma que regía anteriormente que era un cuerpo de reglas; los principios que antes tan solo eran pautas de comportamiento, hoy tienen rango legal se vinculan al ya establecido principio de legalidad que debe regir todas las actuaciones administrativas³⁵⁰. De acuerdo con DAVILA:

“Cuando se afirma que la Ley 80 es una ley de principios, se está manifestando que se promulgó bajo la hipótesis de que ha de resultar aplicable tanto a situaciones presentes como futuras y que, sin importar el caso concreto que se esté presentando, o las circunstancias que lo rodean, la norma debe proveer de los mecanismos necesarios para afrontarlo, por cuanto indica los valores que deben prevalecer. Por consiguiente no se trata de un estatuto caracterizado por prohibiciones o por formalismos. Es, más bien, un conjunto de reglas sobre la administración de un contrato” (subrayado fuera del texto) ³⁵¹.

Ahora, además de los principios de transparencia, economía y responsabilidad que se mencionan expresamente en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido que el régimen de la contratación estatal se encuentra fundado también en los principios de selección objetiva y planeación que, aunque no se encuentran tipificados de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, se derivan directamente de los principios de transparencia, economía y responsabilidad consagrados en el estatuto contractual y en tal virtud su acatamiento es ineludible.

³⁵⁰ MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública: Reforma de la Ley 80 de 1993. Universidad Externado de Colombia. Cuarta Edición. Bogotá: Pág. 275.

³⁵¹ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Editorial Legis. Tercera Edición. Bogotá: Pág. 21.

El principio de planeación es uno de los pilares primordiales en que se basa toda la actividad contractual del Estado. En nuestro ordenamiento legal la planeación no está delimitada de forma conceptual; en la exposición de motivos de la Ley 80 ni siquiera se emplea la palabra "planeación", sino que por medio de referentes se dan parámetros que sirven para darle cumplimiento como principio rector de la contratación estatal. El doctor SANTOFIMIO GAMBOA afirma que aun cuando el legislador de 1993 no tipificó la planeación,

"su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 5, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1992; y del artículo 2 del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales"³⁵² (se destaca).

Así, el deber de planeación que rige la actividad contractual del Estado se encuentra contenido en las disposiciones normativas de la Ley 80 de 1993 que hacen referencia al principio de economía (artículo 25) y al principio de responsabilidad (artículo 26).

El legislador enlistó aquellos deberes que derivan del principio de economía, incluyendo aquellos propios de la etapa de planeación, en el artículo 25 de la Ley 80. Precisamente ha manifestado el Consejo de Estado que el principio de economía pretende que la actividad contractual "no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad".³⁵³

A continuación se señalan aquellos deberes que hacen referencia al principio de planeación que aquí se analiza:

"Artículo 25. Del principio de economía- En virtud de este principio:

(...)

³⁵² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación estatal. En Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma contractual. Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2009. Pág. 42.

³⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 15324.

6. *Las entidades estatales abrirán licitaciones o concursos e iniciarán procesos de suscripción de contratos cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.*

7. *La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con anterioridad al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.*

(...)

12. *Modificado por el art. 87, Ley 1474 de 2011 así: Previo a la apertura de un proceso de selección o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones según corresponda.*

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.

13. *Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.*

14. *Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.*

(...)." "

Por su parte, el numeral 3 del artículo 26 de la Ley 80, que desarrolla el principio de responsabilidad, señala que "las entidades y los servidores públicos responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos". Por tanto, el principio de responsabilidad le exige al servidor público una rigurosa vigilancia del contrato, tanto en su etapa precontractual como durante su ejecución, al atribuir la obligación de realizar evaluaciones objetivas sobre las propuestas presentadas, de conformidad con los pliegos de condiciones elaborados con anterioridad.

El Consejo de Estado sostuvo sobre el particular:

"La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobretodo en el procedimiento previo a la formación del contrato. Es aquí, en este período, donde el principio de legalidad se manifiesta de manera más intensa por actuar en forma de vinculación positiva a la ley, es decir porque las exigencias del legislador son especialmente expresas y claras para el operador.

"(...) Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales".³⁵⁴

Posteriormente la misma Sección Tercera puntualizó:

"(...) Así pues, además de los principios de transparencia, economía, celeridad y selección objetiva, consustanciales al procedimiento contractual, debe darse cuenta de otro que si bien no cuenta con consagración expresa en el ordenamiento jurídico colombiano, sin lugar a la menor hesitación forma parte de toda actuación estatal conducente a la selección de un contratista y a la celebración y ejecución del correspondiente vínculo negocial: el de planeación, como herramienta

³⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Exp. 14287. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

empleada en los estados sociales de derecho con el propósito de procurar la materialización de los fines del Estado o, en otros términos, de alcanzar la satisfacción de los intereses generales y la garantía de la efectividad de los derechos e intereses de los administrados; planeación asociada a la concepción general de la misma como instrumento de fijación tanto de objetivos y metas, como de los medios o procedimientos para alcanzarlos; como forma de programar la distribución de los gastos estatales en función de los ingresos que se pretende recaudar, de suerte que los mismos se reflejen en el presupuesto general de la Nación y en el de cada entidad estatal. En materia de contratación estatal, por tanto, el principio de planeación se traduce en el postulado de acuerdo con el cual la selección de contratistas, la celebración de los correspondientes contratos, así como la ejecución y posterior liquidación de los mismos, lejos de ser el resultado de la improvisación, deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita incardinar la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado"³⁵⁵ (destacado fuera del texto).

Como lo ha destacado SUÁREZ BELTRÁN, "la planeación contractual es una herramienta de gerencia pública por definición, en virtud de la cual se le exige al funcionario a la hora de estructurar el proceso contractual que los estudios previos se elaboren con el debido cuidado, que ellos se publiquen y que se propicie un intercambio de opiniones generoso y transparente con el mercado"³⁵⁶.

Así las cosas, es válido sostener que la etapa de planeación es vital en la estructuración de los procesos de contratación, pero también en la correcta y adecuada ejecución contractual. La necesidad de una adecuada planeación obedece a una necesidad colectiva y económica de optimizar los recursos por medio de la reducción de costos y minimización de errores, con el fin de lograr el desarrollo del cometido estatal. La ausencia de planeación crea un uso inadecuado de los recursos públicos por desconocimiento de las necesidades y los medios con los que se cuenta.

³⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 5 de junio de 2008. Rad. 15001233100019880843101 - 8031.

³⁵⁶ SUAREZ BELTRAN, Gonzalo. La nueva contratación pública en Colombia. Bogotá D.C. Legis: 2014.

A propósito del principio de planeación, el doctor Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA señala:

"De acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad.

La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales.

(...)

En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.

Del estudio de los componentes normativos del principio de la planeación deducimos que el legislador les indica con claridad a los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano ciertos parámetros que deben observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual. En este sentido, observamos en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de

*mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual. Se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas*³⁵⁷ (destacado fuera del texto).

En el mismo sentido lo sostiene la Cámara Colombiana de Infraestructura al decir que para decidir sobre la realización o no de un proyecto es necesario "examinar su viabilidad mediante la preparación de su información técnica, financiera, económica y ambiental, el cálculo de cantidades de obra, de costos y beneficios y la preparación de los bosquejos y anteproyectos que se requieran. En la medida en que se cumpla cada uno de los pasos aquí analizados, el nivel de incertidumbre del proyecto disminuye"³⁵⁸.

Ahora bien, los principios, al igual que las reglas, son considerados normas jurídicas pues establecen un deber ser y demandan un determinado comportamiento³⁵⁹. Por lo anterior, los principios son fuentes de derecho que integran el ordenamiento jurídico, no solo como una herramienta de interpretación, sino como una labor integradora del derecho, y el desconocimiento de ellos puede ser sancionado. El Consejo de Estado ha considerado así que los principios constituyen un criterio o parámetro de conducta:

"Los principios son los valores de la sociedad transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta fundamentales que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado, pues a la vez que inspiran las reglas de conducta, también se proyectan en el ordenamiento jurídico para irradiar e impregnar esos axiomas, patrones, modelos o arquetipos de comportamiento ético, cultural o social a las situaciones generales e individuales; y mientras en las reglas el juicio de valor ya se encuentra establecido al consagrar la proposición en que ella consiste, en los principios, sea que se contemplen o no en normas positivas, corresponde al intérprete realizar ese juicio a través de una operación intelectual acerca de la

357 SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación estatal. En Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma contractual. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 42.

358 Cámara Colombiana de Infraestructura. Seguimiento a los proyectos de infraestructura. Junta Directiva de diciembre de 2007. Bogotá. Pág. 11.

359 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. C.P. Ruth Stella Correa. Exp. 24715.

coincidencia de una situación concreta con el valor correspondiente, para determinar su observancia”.

En atención a las anteriores consideraciones, el desconocimiento de los principios de rango constitucional o de rango legal, como lo son los principios que orientan la actividad contractual del estado, pueden llevar al contrato a incurrir en una violación a la normatividad imperativa e incluso a encajar dentro de la causal de nulidad de objeto ilícito prescrita en el ordenamiento civil.

Tal y como se señaló, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal está viciado de nulidad absoluta por las mismas causas que se prevén en el derecho civil y comercial y cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional (numeral 2º).

Respecto de ésta última causal ha señalado el Consejo de Estado:

“Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional, es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra.

En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso.

En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que debe observarse el principio de planeación, la elusión de este mandato comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público” (resaltado fuera del texto)³⁶⁰.

Señala la Corporación en la misma sentencia lo siguiente:

³⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de abril de 2013. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 27315.

"Corolario de lo que hasta aquí se ha expresado es que sí, 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 que 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 pues 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 públicos³⁶¹"
(resaltado fuera del texto).

En desarrollo de las premisas anteriores el principio de planeación se satisface plenamente cuando para observar los parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado y jurídicos, se asegura la efectiva prestación de los servicios públicos y la preservación de los recursos del Estado. Únicamente con la observancia plena de estos criterios se puede entender que se ha dado cumplimiento al principio de planeación, y así lo ha concluido la Sección Tercera del Consejo de Estado al señalar, en varias ocasiones:

"(...) en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades

³⁶¹ Ibidem.

*existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos de que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar.*³⁶²

Pero además, el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivos los principios de economía y de selección objetiva consagrados en la Ley 80: con un conocimiento real de los precios de mercado, la entidad puede cumplir con su deber de selección objetiva al tener las bases para escoger la propuesta más favorable en términos económicos, pero también jurídicos, toda vez que la propuesta más favorable no sólo es aquella que ofrece mejores precios, sino igualmente calidad superior de bienes o servicios y, en general mejores condiciones contractuales. Por esto, los estudios previos y el análisis efectuado por la entidad de cada uno de los componentes que los integran son de incuestionable importancia para la adecuada satisfacción de la necesidad que se pretende satisfacer. El principio de planeación no se acata plenamente por el solo hecho de cumplir unas

³⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006, Exp. 14287, C.P. XX y Sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P. 14854, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

formalidades documentales para satisfacer formalmente el cumplimiento de la norma.

Ha sostenido el Consejo de Estado que:

*“Dentro de esos parámetros, como se acaba de expresar, se encuentran los estudios previos que, entre otros fines, persiguen cumplir con la obligación de establecer los precios reales del mercado de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista”*³⁶³.

Respecto de la relación entre el principio de planeación, el principio de selección objetiva y el principio de economía, señala la doctora PALACIO JARAMILLO:

*“Seleccionar objetivamente implica, en primer **término, escoger la oferta ‘más favorable’ para los intereses y fines de la entidad, lo que se constituye en segundo requerimiento. Es claro que lo más favorable no es necesariamente lo mejor en sí mismo considerado, y por tanto, estos dos factores deben analizarse armónicamente.***
Lo fundamental que debe tener claro la entidad contratante es qué requiere, qué necesita para el cumplimiento específico de su misión, y una vez obtenida esta respuesta, determinar cuál de las ofertas es la más favorable a ese propósito. No existe duda en que lo favorable para una entidad puede no serlo para otra, o incluso para la misma en otras circunstancias. Lo interesante de estos dos requerimientos de la ley es la actividad previa a cualquier proceso selectivo, que debe ser desplegada por la administración para su cabal entendimiento y cumplimiento, no vista como un trámite ino en toda su dimensión gerencial pública. La planeación, el conocimiento de la entidad y sus necesidades, la estructuración individual de cada negocio, los requerimientos técnicos y de recursos, la especificidad del servicio a prestar y la mejor forma de viabilizarlo, son aspectos que debe tener

³⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 22471.

presente todo servidor al momento de dar inicio a un proceso de selección.

"Para que la entidad contratante pueda saber qué oferta es la más favorable a sus intereses y fines, debe tener la absoluta claridad de sus requerimientos y para ello, obviamente, se hace menester tener estudios claros internos del proyecto a realizar, la necesidad a satisfacer, los recursos con que cuenta, su análisis técnico o del área consumidora, los estudios de prefactibilidad y factibilidad, sondeos de mercado, y en fin, contar con la información suficiente e idónea que permita a la entidad la valoración correcta para definir, en cada caso, cuál es el ofrecimiento más favorable para el logro de los fines buscados"³⁶⁴.

En términos de política pública económica, la renegociación de los contratos de concesión es un arma de doble filo pues si bien puede ser un instrumento que al ser utilizado adecuadamente puede aumentar el bien común, también puede convertirse en una herramienta de los contratistas para obtener beneficios adicionales. Así lo señala GUASH:

"En principio, la renegociación puede ser un instrumento positivo cuando aborda la naturaleza forzosamente incompleta de los contratos de concesión. Si se utiliza correctamente, la renegociación puede aumentar el bienestar común. Aunque la existencia de algún grado de renegociación es aconsejable, adecuada y natural, esta alta incidencia excede los niveles esperados y razonables y pone en tela de juicio la validez del modelo de concesión. Podría incluso indicar un comportamiento oportunista excesivo por parte de nuevos operadores o de los gobiernos. Tal comportamiento socava la eficiencia de los procesos y del bien común, ya que la renegociación se suscita meramente entre el gobierno y el operador, de modo tal que no se encuentra sujeta a presiones competitivas y la disciplina que ello trae aparejado. Cuando se implementa de manera oportunista o estratégica por parte de un operador o del gobierno, con el fin de procurarse beneficios adicionales, y no bajo la motivación de la naturaleza incompleta del contrato, la renegociación puede perjudicar la integridad de una concesión, afectar el

³⁶⁴ PALACIO JARAMILLO, María Teresa. "Selección de Contratistas". Revista de Derecho No. 17. Universidad de los Andes. Mayo de 2004. Págs. 91 y 92.

*bienestar general y amenazar el programa de reforma estructural deseado de la infraestructura en cuestión*³⁶⁵.

De acuerdo con el reconocido ingeniero y experto en infraestructura JUAN BENAVIDES, "una renegociación es eficiente si los riesgos del proyecto se materializan y la mejor gestión del concesionario no evita **las pérdidas financieras. (...) La renegociación ineficiente se refleja en extensión de plazos (reduciendo la entrada al mercado de operadores) acompañada del otorgamiento de obra adicional** y el uso de los fondos públicos para financiar las obras adicionales no priorizadas"³⁶⁶.

El Consejo de Estado ha adoptado distintas posturas respecto a la renegociación de los contratos relacionados con la modificación del objeto de los contratos estatales.

En Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 10 de octubre de 1972 sostuvo que en un procedimiento de adjudicación de un contrato estatal, el pliego de condiciones es el elemento que garantiza la igualdad de trato a todos los posibles oferentes por ser la base de las ofertas y de la competencia, elemento que resulta esencial en estos procesos. En ese sentido, es el pliego de condiciones la ley que gobierna los procesos, por lo que el contrato que resulte del mismo debe sujetarse a las mismas condiciones en él contenida. En sus propias palabras, señala la Sala:

*"Por ende, el contrato que se celebre como resultado de la licitación no puede ser distinto en su naturaleza y condiciones esenciales al señalado por la administración en el pliego de condiciones; si así sucediera se burlarían las finalidades propias de la licitación pública, y se convertiría el contrato por concurso en contrato privado de la administración, lo que sería ilegal"*³⁶⁷.

Esta posición jurisprudencial ha sido acogida y reiterada por la Sección Tercera, en Sentencia del 19 de julio de 2001, en la que dispuso:

"Si el proceso licitatorio resulta fundamental para la efectividad del principio de transparencia y del deber de selección objetiva del contratista, el pliego determina, desde el comienzo, las condiciones

³⁶⁵ GUASH, José Luis. Concesiones en infraestructura: cómo hacerlo bien. Banco Mundial: Washington. 2005.

³⁶⁶ BENAVIDES, Juan. Reformas para atraer la inversión privada en infraestructura vial: diagnóstico. Fedesarrollo. 2009.

³⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de octubre de 1972. C.P. Luis Carlos SÁCHICA.

claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas a que se someterá el correspondiente contrato. Los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato; son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen la voluntad de la administración a la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y, más allá, durante la vida del contrato.

(...)

En efecto, el pliego de condiciones está definido como el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcance del contrato. Es un documento que establece una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista, no sólo en la etapa precontractual sino también en la de ejecución y en la fase final del contrato"³⁶⁸.

Así las cosas, la fuente de los derechos y obligaciones de las partes del contrato que se pretende celebrar es el pliego de condiciones, por lo que el contrato no puede ser entonces sino el desarrollo de lo contenido en dicho documento precontractual. Así, en palabras del Consejo de Estado, para la administración "la facultad para contratar se limita al contrato enunciado y no a otro"³⁶⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Consejo de Estado ha sostenido que el desconocimiento del reglamento del proceso licitatorio, cuandoquiera que en el contrato se introduzcan cambios fundamentales al contenido del pliego de condiciones, puede derivar en la nulidad del contrato. En consecuencia, "es ilegal el contrato celebrado por la administración que no se ajuste en cuanto a su naturaleza y modalidades esenciales a las señaladas en el pliego de condiciones de la respectiva licitación"³⁷⁰.

Ahora bien, en el mismo Concepto que se ha venido citando la Sala de Consulta también abordó el tema de las adiciones a los contratos estatales. Sobre ello señaló:

"Para que la administración pueda celebrar contratos adicionales es requisito indispensable o justificativo de la ampliación inicial una causa imprevista, esto es, no regulada en la Ley ni en el contrato, que haga

³⁶⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2001. C.P. XX. Exp. XX.

³⁶⁹ Ibid.

³⁷⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de octubre de 1972. C.P. Luis Carlos Sáchica.

forzosa su modificación para mantener el equilibrio o ecuación financiera del mismo o para que la obra o estudio sea realizada en un plazo normal; de donde se colige que el contrato adicional, en la práctica, no es propiamente un nuevo contrato, un contrato independiente y separado del que adiciona, sino una continuación o variante que consiste en cambiar la estipulación primitiva del precio o del término de duración del contrato que se reforma, PERO NUNCA SU OBJETO, esto es, la obra o estudio completos.^{371 "}

Desde esta perspectiva, resulta claro, como primera medida, que las adiciones a los contratos no son entonces una facultad discrecional de la administración pues solo debe recurrirse a esta herramienta en situaciones excepcionales en las que realmente resulte indispensable hacerlo.

Adicionalmente, de lo anterior se colige sin ningún asomo de duda, que el contrato adicional jamás puede implicar el cambio de objeto del contrato inicial, es decir tener un objeto distinto al preciso que se previó en los pliegos de condiciones y para el que los oferentes licitaron. Así, aumentar los límites físicos del objeto u obra que se fijó en el proceso de selección mediante una adición contractual haría "perder fijeza y precisión a las condiciones señaladas en los pliegos o cargos o condiciones de la licitación"³⁷².

Posteriormente, la misma Sala del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Jaime Paredes Tamayo, se expresó en el mismo sentido:

"Constituiría un objeto diferente, para los efectos aquí expresados, la suscripción de un contrato adicional cuyo objeto fuese la adquisición de una mayor o menor cantidad de bienes de los que la propia administración hubiere requerido en la licitación original.

En tal forma la Administración queda vinculada tanto por las reglas de la licitación pública como por el contrato mismo y cualquier modificación del objeto de éste implica LA CELEBRACION DE UN NUEVO CONTRATO, NO DE UNO ADICIONAL, previsto solamente cuando la modificación se refiere al valor y al precio del contrato originalmente celebrado"³⁷³.

³⁷¹ Ibid.

³⁷² Ibid.

³⁷³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de julio de 1981. C.P. Jaime Paredes Tamayo.

Esta posición guarda toda lógica tanto en sentido jurídico como en el mismo sentido práctico, porque lo que busca es respetar el cumplimiento tanto de las reglas contenidas en los documentos de la licitación como de los principios orientadores de la contratación estatal, al exigir a las entidades que planeen y estructuren desde el inicio sus proyectos. Una postura diferente permitiría burlar las reglas del proceso licitatorio y atentar contra quienes ofertaron para el contrato original al autorizar modificaciones innecesarias que no hubieren sido contempladas desde el comienzo; las modificaciones desmesuradas (cuantitativas o cualitativas) del objeto inicial del contrato harían que este dejara de tener correspondencia con todo aquello que precedió a su celebración, convirtiéndose además en rey de burlas para los demás proponentes que participaron en el proceso licitatorio.

Así, la posición del Consejo de Estado, desde sus orígenes, ha sido que la modificación del objeto del contrato no comporta una adición de un contrato sino uno nuevo. En sentencia de la Sección Tercera del 8 de agosto de 1987 plantea el siguiente ejemplo, que por lo demás resulta muy ilustrativo en el caso que nos ocupa:

"Así, si el objeto del contrato es la construcción de una carretera de 30 kilómetros con un presupuesto de movimiento de tierra 50.000 metros cúbicos, la realización de un movimiento de tierra de 70.000 metros cúbicos, para construir los 30 kilómetros previstos, no requiere sino de la autorización del interventor, mientras que la construcción de una carretera no de los 30 kilómetros previstos sino de 40, requiere un nuevo contrato. En cambio, la modificación del valor convenido global para la construcción de dicha carretera o la modificación del precio unitario por metro cúbico de tierra movida, requiere contrato adicional"³⁷⁴.

Por lo tanto, no queda duda alguna que cualquier estipulación relacionada directamente con el objeto del contrato estatal que implique su modificación debe forzosamente hacerse mediante un nuevo contrato. La adición del contrato no puede hacerse para modificar su objeto pues esto solo puede obtenerse mediante la suscripción de un nuevo contrato, y esta figura solo procede cuando la modificación se refiere al valor y al plazo del contrato originalmente celebrado³⁷⁵.

En un pronunciamiento más reciente, la Sección Tercera del Consejo de Estado recogió la posición que se ha venido esbozando en cuanto a que

³⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 8 de agosto de 1987. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

³⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 26 de enero de 2006. C.P. Darío Quíñones.

el contrato adicional comporta la modificación de elementos del contrato inicial, que se celebra para incluir en este prestaciones que "no fueron parte del objeto del contrato principal, y por lo tanto implican una variación del mismo; se trata entonces de obras nuevas, distintas de las contratadas, o de ítems no previstos, pero que su ejecución, en determinadas circunstancias resulta necesaria"³⁷⁶.

En el anterior orden de ideas, se ha considerado, por ejemplo, que por medio de un contrato adicional pueden incluirse puentes peatonales que no estuvieron contemplados en el contrato principal pero que resulten indispensables para el cabal funcionamiento del mismo, o la inclusión de una nueva variante o de un intercambiador municipal que surjan como necesarias durante la ejecución del proyecto.

En línea con lo anterior, la Corte Constitucional se refirió a la modificación del contrato estatal señalando que ésta debe responder a una necesidad sobreviniente que se presenta durante su ejecución pero sin transformar el negocio jurídico inicial en uno nuevo con un objeto distinto:

*"La modificación de los contratos estatales es especialmente importante en aquellos por naturaleza incompletos, es decir (i) los afectados por asimetrías de información que impiden la previsión de todas las contingencias que pueden afectar su ejecución y (ii) en el marco de los cuales, por esa misma razón, es difícil prever ex ante los remedios necesarios para afrontar tales contingencias, como ocurre por lo general con los contratos de largo plazo. En efecto, con el paso del tiempo, pueden surgir nuevas exigencias sociales, tecnológicas, culturales, etc. sobre la forma cómo el Estado debe cumplir sus fines y sobre cómo se deben prestar los servicios públicos, o simplemente pueden aparecer circunstancias extraordinarias e imprevisibles al momento del diseño del negocio, para las que tampoco era posible, en dicho momento, prever un remedio adecuado y específico. En este tipo de contratos es preciso entonces el diseño de reglas que permitan la adaptación y la resolución pacífica de las controversias para evitar el fracaso"*³⁷⁷.

Así las cosas, parece incuestionable que las obras adicionales permitidas deben responder a la naturaleza incompleta del contrato de concesión y surgen como consecuencia de eventos o circunstancias que se

³⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 15 de julio de 2004. C.P. María Elena Giraldo.

³⁷⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012.

presentan durante su ejecución, que no modifican el objeto del contrato y que resultan necesarias y excepcionales para cumplir a cabalidad con el objeto contractual.

Recientemente, la Sala de Consulta y Servicio Civil se pronunció sobre las adiciones a los contratos de concesión vial, a solicitud de la Ministra de Transporte, en dos consultas, y mantuvo la misma posición que ha señalado el Tribunal.

En la primera de las consultas respondida mediante Concepto del 2 de agosto de 2013, la Sala concluye que para los contratos de concesión vial solo pueden adicionarse obras que:

*"estén directamente relacionadas con los CORREDORES VIALES cuya construcción, mantenimiento y operación constituya el objeto principal de dichos contratos, tales como puentes, túneles, viaductos, calzadas adicionales, zonas de servicio, accesos, conexiones con otras vías urbanas o intermunicipales, y/o con la prestación de servicios directamente asociadas al adecuado funcionamiento del corredor, tales como la atención de emergencias sufridas por los viajeros, la administración de los peajes, la organización del tránsito vehicular, el pesaje de vehículos de carga, el manejo de la seguridad vial, etc., siempre que se trate de actividades que no fueron previstas en el alcance original y en las especificaciones técnicas del contrato pero que surgen como necesarias durante su ejecución para la adecuada terminación, mantenimiento u operación del corredor, o, por el contrario, que fueron previstas desde el principio pero de forma condicional"*³⁷⁸.

Afirma la Sala:

"(...) por ejemplo, si el objeto de un contrato de concesión es la construcción, mantenimiento y operación de un corredor vial entre los puntos A y B, es claro que cualquier obra que esté por fuera de los límites espaciales de dicho corredor, como su extensión hasta un punto geográfico C, no podría pactarse ni ejecutarse como una adición al contrato de que se trate; pero tampoco podría adicionarse dicho contrato con la realización de obras o la

³⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de agosto de 2013. C.P. Augusto Hernández.

*prestación de servicios que, aun cuando se ejecuten dentro de los límites geográficos del corredor vial, ninguna relación tienen con la construcción, mantenimiento y operación de dicho corredor, como sería, entre otras, la construcción de acueductos, hospitales, escuelas, parques, viviendas, edificios públicos ajenos al mantenimiento y operación del corredor vial, etc.*³⁷⁹"

Apenas unos días después, la Sala resolvió la segunda consulta propuesta por la Ministra de Transporte de la época, pronunciándose en el mismo sentido y definiendo la adición de los contratos como

*"(...) una modificación de los mismos, efectuada por las partes, de común acuerdo o unilateralmente por la entidad estatal para (i) agregar al objeto inicial del contrato, bienes, obras, servicios o actividades no previstas inicialmente en dicho objeto, pero que guardan una estrecha relación con el mismo y se requieren para su debida ejecución y, en últimas, para el logro de la finalidad perseguida con el contrato, y/o (ii) modificar el precio del contrato, entendido éste como el precio global acordado, los precios unitarios, el valor de los honorarios reconocidos al contratista, etc., según la modalidad de remuneración acordada, siempre que dicho ajuste tenga un fundamento legal, técnico y económico, y no se trate de la simple actualización de los precios estipulada inicialmente por las partes o de la revisión de los mismos por el acaecimiento de hechos sobrevinientes, extraordinarios o imprevisibles"*³⁸⁰.

En forma concordante con lo expuesto se concluye que para respetar el proceso licitatorio y las reglas que se plasmaron en los pliegos de condiciones, las obras adicionales deben tener su origen en una necesidad surgida como consecuencia de circunstancias no previstas, excepcionales e indispensables para el proyecto, no simplemente como consecuencia de decisiones de la entidad o de hechos ajenos a la verdadera necesidad de su celebración, pues cuando comportan la modificación del objeto inicial es forzoso realizarlo mediante un proceso licitatorio para un nuevo contrato.

En ese sentido además, tratándose de un nuevo contrato estatal, el contrato adicional o la modificación del mismo debe someterse a los principios que orientan la contratación estatal. Así lo señaló la Corte Constitucional:

³⁷⁹ Ibid.

³⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 23 de agosto de 2013. C.P. William Zambrano Cetina.

"(...) como se señaló en apartes previos y se deriva de la naturaleza vinculante del contrato y del principio de planeación, la modificación debe ser excepcional y se debe (a) justificarse en razones autorizadas por la ley y debidamente probadas y fundamentadas, y (b) no corresponder a objetos nuevos; lo contrario crearía incentivos para que las partes se aprovechen de alta especificidad de las inversiones que la infraestructura demanda y de que la relación contractual ya se encuentra formada, para comportarse de manera oportunista, es decir, mediante conductas dirigidas a ignorar los principios de la contratación estatal- como la libre competencia y la selección objetiva- y, por esta vía, de la función administrativa constitucionalmente consagrados.³⁸¹"

Así las cosas, la renegociación de los contratos de concesión mediante adiciones que vulneren las reglas previstas en la normatividad y en contravía de la línea jurisprudencial pacífica antes señalada conlleva al desconocimiento del derecho a la libre competencia pues restringe la garantía que tienen todos los posibles oferentes de participar en procesos licitatorios abiertos por la administración para ejecutar un proyecto que ha debido estructurarse como un contrato nuevo con un objeto diferente³⁸².

De la misma manera se ha considerado que tratándose de contratos adicionales el principio de libre competencia enmarca también la formación del contrato.

Según la sentencia C-713 de 2009 de la Corte Constitucional:

"La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre competencia u oposición, según el cual, se garantiza la facultada de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración. La libre competencia, entraña, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y

³⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012.

³⁸² *Ibid.*

*oposición entre los interesados en la contratación*³⁸³.

Como lo ha señalado KRUGMAN, el renegociar un contrato con un concesionario existente, es decir el único posible oferente del bien, convierte al particular en un monopolista por ser la única productora del bien que no tiene sustitutivos cercanos.

Así un monopolista por naturaleza fija los precios a su antojo, pues su objetivo es maximizar sus utilidades, produciendo u ofreciendo a mayor precio³⁸⁴.

Por lo tanto, con la decisión del Estado de renegociar con el concesionario existente, las obras adicionales la negociación implica una renuncia previa a los beneficios de la competencia, y lleva implícita el riesgo de asumir un costo mayor. No se trata entonces de la escogencia de la oferta más favorable, como lo orienta el principio de selección objetiva plasmado en la Ley 80, sino de la escogencia de una oferta única que, si bien puede ser viable para satisfacer la necesidad de la entidad y el interés general, puede no ser la mejor económicamente hablando, ni la más conveniente en términos generales.

Las entidades estatales frecuentemente aprovechan una concesión existente para evadir los costos de transacción de relanzar nuevas licitaciones y ahorrar tiempo al aprovechar la economía de escala del concesionario, que ya tiene un conocimiento específico del proyecto.

La Corte Constitucional en Sentencia C - 300 de 2012 se refirió al deber de competencia en los siguientes términos:

"La intervención del Estado economía tiene como finalidad la racionalización de las actividades en el ámbito económico. Según la doctrina, con la racionalidad se pretende anticipar de mejor manera las consecuencias futuras de las acciones. De esta forma la Constitución le exige al Estado cuando interviene en la economía que considere las consecuencias futuras de sus intervenciones, es decir, lo obliga a analizar la adecuación entre los medios y los fines perseguidos, de modo que si los medios no son adecuados para cumplir el fin propuesto, la medida legislativa se torna inconstitucional.

A su turno, el artículo 209 superior indica que la función administrativa debe orientarse, entre otros, por los principios de economía y eficacia. El primero,

³⁸³ Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2009. M.P. María Victoria Calle.

³⁸⁴ KRUGMAN, Paul; OBSTFELD, Maurice. Economía internacional: teoría y política. Editorial Pearson. Madrid: 2012.

en armonía con el artículo 334, supone que la Administración debe tomar medidas para ahorrar la mayor cantidad de costos en el cumplimiento de sus fines. El segundo exige a la Administración el cumplimiento cabal de sus fines. En conjuntos, estos principios imponen a la Administración el deber de cumplir sus objetivos con una adecuada relación costo-beneficios, es otras palabras, actuar de forma eficiente.

Al respecto, vale la pena resaltar lo señalado en la sentencia C-035 de 1999:

"Los principios de eficacia, economía y celeridad que rigen las actuaciones de las autoridades administrativas, constituyen precisamente orientaciones que deben guiar la actividad de éstas para que la acción de la administración se dirija a obtener la finalidad o los efectos prácticos a que apuntan las normas constitucionales y legales, buscando el mayor beneficio social al menor costo. En tal virtud, la observancia de dichos principios no constituye un fin en si mismo, pues su acatamiento busca precisamente que se convierta en realidad el cumplimiento de los deberes sociales del Estado en materia ambiental. El posible conflicto entre la efectividad de los aludidos principios de la función administrativa y la necesidad de cumplimiento de los deberes sociales del Estado se resuelve en beneficio de esto último, porque es inconcebible que aquéllos predominen sobre el bien superior de atender valiosos deberes sociales del Estado, como son los atinentes a la preservación del ambiente. (...)"

*Estos principios son acogidos por la normativa sobre contratos en varias disposiciones. Por ejemplo, el artículo 25 de la ley 80 recoge los principios de economía y eficacia y, entre otros aspectos, señala que en los procesos contractuales del Estado (i) se **debe tener "en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados"** y (ii) **los trámites se debe adelantar "con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del***

contrato". La ley 489 de 1998, a su turno, reitera que "[l]a función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política."

En consecuencia, los principios de racionalidad de la intervención del Estado en la economía, economía y celeridad, de eminente naturaleza instrumental, deben guiar la contratación estatal, de modo que cualquier limitación desproporcionada de los mismos, debe traer como consecuencia la inconstitucionalidad de la respectiva medida. Ciertamente, la mejor relación costo beneficio (no solamente en términos monetarios, sino también sociales, ambientales, culturales, etc.) le permite al Estado contar con más recursos para satisfacer las otras necesidades de la población, y en esa medida, se tornan inconstitucionales aquellas medidas cuyo efecto sea elevar los costos de las actuaciones estatales injustificadamente."

En ese orden de ideas, no solo el contrato adicional no puede comportar modificaciones sustanciales al objeto inicial sino que, cuando quiera que se celebre directamente un contrato adicional que debía haberse celebrado previa licitación pública, su celebración viola los principios de igualdad, transparencia, selección objetiva y planeación.

Se concluye entonces que la transgresión a los anteriores principios que están incorporados a la Constitución y a la ley según se dejó expuesto, puede implicar la nulidad absoluta del Contrato conforme al numeral 2 del artículo 44 de la ley 80 de 1993.

6.3. La Celebración del Contrato Adicional No. 13 y el Otrosí No. 2

Conforme al artículo 51 del Contrato de Concesión 005 de 1999 las partes podrían incluir en el objeto del Contrato, obras adicionales en los siguientes términos:

CLÁUSULA 51. OBRAS ADICIONALES

51.1 Para los efectos de este Contrato se consideran Obras Adicionales aquellas que no puedan entenderse contenidas en las obligaciones a ser ejecutadas por el Concesionario de conformidad con lo previsto en este Contrato, particularmente en

las Especificaciones Técnicas de Construcción, y Rehabilitación y Mejoramiento y en las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento.

51.2. Las Obras Adicionales se celebrarán y ejecutarán mediante contratos adicionales con el Concesionario o contratos con terceros, en cumplimiento de las normas legales aplicables, y el costo de dichos contratos será asumido completamente por el INVIAS.

El costo de las Obras Adicionales podrá ser recuperado por el INVIAS a través del cobro de la contribución de valorización a los predios que se beneficien de dichas Obras Adicionales. Dicho cobro se establecerá y recaudará de conformidad con las normas legales aplicables.

51.3. Según lo determine el INVIAS, si las Obras Adicionales resultan necesarias o convenientes para la ejecución del Contrato, el INVIAS podrá optar por cualquiera de las siguientes alternativas:

i) Contratar al Concesionario directamente, caso en el cual el valor de la obra o trabajo adicional se determinará por mutuo acuerdo de las partes o –en caso de desacuerdo- por lo que decida la Firma Asesora de Ingeniería. Si el valor fijado por la Firma Asesora de Ingeniería no es aceptable para el INVIAS, éste podrá decidir no ejecutar las Obras Adicionales con el Concesionario.

ii) Escoger un contratista por medio de los procedimientos de selección previstos en la ley. El Concesionario podrá participar en el correspondiente proceso de selección si es del caso.

51.4. En todo caso, será el INVIAS quien determine la necesidad o no de realizar Obras Adicionales, lo cual sucederá por decisión unilateral del INVIAS o por solicitud del Concesionario aprobada por el INVIAS. Si el INVIAS opta por incluir las Obras Adicionales como una adición a este Contrato a cargo del Concesionario, según se establece en el ordinal i) del numeral 51.3 anterior, el Concesionario se obliga a realizar las Obras Adicionales que resulten necesarias – a juicio del INVIAS- para mejorar las características del Proyecto, caso en el cual se aplicarán los precios convenidos o – a falta de acuerdo- los definidos por la Firma Asesora de Ingeniería. Si el valor fijado por la Firma Asesora de Ingeniería no es aceptable para el INVIAS, éste podrá decidir no

ejecutar las Obras Adicionales con el Concesionario.

51.5. El Concesionario, con base en su criterio técnico, deberá advertir al INVIAS la necesidad de realizar Obras Adicionales para prevenir un desmejoramiento de los niveles de servicio del Proyecto, derivado del crecimiento del tráfico. Para tal efecto, el Concesionario deberá comunicar lo pertinente al INVIAS, con por lo menos 2 años de antelación al momento estimado en el cual –al ritmo de crecimiento del tráfico- se harán necesarias las Obras Adicionales. Esta comunicación deberá acompañarse de los fundamentos técnicos en que se apoya el Concesionario.

51.6. Lo previsto en esta cláusula, se entenderá sin perjuicio de lo estipulado en la cláusula 58 del presente Contrato.

En primer término, el concepto de Obras Adicionales que enmarca la cláusula contractual se refiere claramente a aquellas que no puedan entenderse contenidas en las obligaciones a ejecutar por el Concesionario, de conformidad con lo previsto en este Contrato, particularmente en las Especificaciones Técnicas.

El numeral 51. 3 reitera que “si las Obras Adicionales resultan necesarias o convenientes para la ejecución del Contrato, el INVIAS podrá optar por cualquiera de las siguientes alternativas”

El propio clausulado establece que las Obras Adicionales deben resultar necesarias o convenientes para la ejecución del Contrato, de tal forma que el propio Contrato establece un límite implícito a esas adiciones.

Por ello, el numeral i) del numeral 1 no puede interpretarse como la facultad autónoma de las partes de convenir la celebración de un nuevo contrato sin necesidad de acudir a proceso licitatorio, porque el **supuesto al que se aplica este literal está contraído a “obras adicionales”** dentro del mismo Contrato.

El mismo numeral 51.4 establece que las Obras adicionales a que se refiere el ordinal i) del numeral 51.3 anterior, debe resultar necesario que resulten necesarias para mejorar las características del Proyecto.

Revisados los textos de los Contratos Adicionales que obran en el expediente se observa que la Entidad Estatal y la UT han celebrado durante la vigencia del Contrato 005 de 1999 varias adiciones cuyo objeto, efectivamente se contrae a la ejecución de obras adicionales, que son necesarias o están directamente relacionadas con el objeto del Proyecto, tales como pares viales, accesos peatonales, puentes, accesos a las ciudades, entre otras obras. Estos contratos adicionales, conforme

a los criterios señalados por el Consejo de Estado, convienen verdaderas adiciones que no modifican ni la naturaleza ni el objeto del Proyecto.

Revisado el objeto de los Contratos adicionales identificados con los Números 1 al 12³⁸⁵ todas las obras objeto de adición están comprendidas dentro de uno de los Tramos del Proyecto. En consecuencia, las mismas partes entendieron con su conducta contractual, (artículos 1618 y ss del Código Civil) que el límite de la adición del contrato era el propio Proyecto al que se contraía el objeto pactado inicialmente.

Sin embargo, las características del Contrato Adicional No 13 son diferentes, porque el objeto de la adición se extiende a obras nuevas que no estaban comprendidas en el Contrato original y como consecuencia de su celebración, se añade un nuevo Tramo a la Concesión inicial.

En efecto, el objeto del Contrato Adicional No 13 se definió en su cláusula primera:

"EL CONCESIONARIO se compromete para con el INCO a ejecutar, por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, las obras de construcción, la operación y el mantenimiento, la prestación de servicios y el uso de los bienes de propiedad del INCO y/o INVIAS, correspondiente a la segunda calzada del Tramo Mediacanoa Loboguerrero bajo el control y vigilancia del INCO, el cual se incorpora al alcance físico del Contrato de Concesión No. 005 de 1999 determinado en las Especificaciones Técnicas de Construcción y de Rehabilitación y Mejoramiento, correspondientes al ANEXO No. 1 que forma parte integrante de dicho contrato, así como al señalado en sus documentos adicionales y modificatorios. PARÁGRAFO PRIMERO: El Concesionario se compromete para con EL INCO a prestar los siguientes servicios sobre la calzada existente del Tramo Mediacanoa-Loboguerrero: Operación y seguimiento del tránsito, Control de peso de vehículos de carga, Vigilancia de las instalaciones,

³⁸⁵ Contrato adicional N° 1 Folios 112- 114 del Cuaderno de pruebas No. 1; Contrato adicional N° 2 Folios 115-117 del Cuaderno de pruebas No. 1; Contrato adicional N° 3 Folios 118- 120 del Cuaderno de pruebas No. 1- Contrato adicional N° 4 Folios 17 a 129 del Cuaderno de pruebas N° 1; Cuaderno de pruebas N° 5 Folios 123 a 126 del Cuaderno de Pruebas N° 1; Contrato adicional N° 6 Folios 131 a 135 del Cuaderno de pruebas N° 1; Contrato adicional N° 7 Folios 139 a 142 del Cuaderno de pruebas N° 1; Contrato adicional N° 8 Folios 143 a 146 del Cuaderno de pruebas N° 1; Contrato adicional N° 9 Folios 147 a 150 del Cuaderno de pruebas N° 1; Contrato adicional N° 10 Folios 156 a 159 del Cuaderno de Pruebas N° 1; Contrato adicional N° 11 Folios 160 a 163 del Cuaderno de pruebas N° 1; Contrato adicional N° 12 Folios 166 a 169 del Cuaderno de pruebas N° 1.

Primeros auxilios a vehículos, primeros auxilios a personas, Atención y traslado de víctimas de accidentes, Remoción de vehículos averiados. Lo anterior a partir de la suscripción del acta de inicio de la etapa de operación de la segunda Calzada. En el evento de ocurrir la cesión de los derechos de recaudo del peaje de Loboguerrero al Concesionario, éste será el responsable de la operación de los puestos de cobro de este, desde el momento que se haga entrega del mismo por parte del INCO al Concesionario."

En la cláusula décima tercera se establece el valor del ingreso esperado del Concesionario y como consecuencia de esa modificación al ingreso esperado, la extensión del plazo de 20 a 55 años.

Así las cosas, en el Contrato Adicional No. 13 se modificaron los tres elementos esenciales del Contrato inicial: El objeto, el plazo y la remuneración.

Adicionalmente, en las cláusulas correspondientes a los riesgos predial y ambiental, se observa que fueron trasladados o asumidos por el concesionario para las obras relacionadas con el Contrato Adicional No. 13, modificando también la matriz de riesgo del Contrato principal.

En consecuencia, a la luz de los diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, el Contrato Adicional No. 13 no se celebró en el ámbito del desarrollo del Contrato Original sino con el objeto de atender un Proyecto diferente de aquel que había sido concluido y celebrado dentro de los límites y las condiciones de la licitación pública que le dio origen al Contrato 005 de 1995 y en contra no solamente de los montos máximos permitidos por la ley sino de las propias disposiciones contractuales

Tratándose de un nuevo Contrato, para cuya el Estado ha debido adelantar los trámites previos de licitación, las obras no estaban enmarcadas en alcance de la cláusula 51 ni respetaban la matriz de riesgo del Contrato ni la distribución de riesgos propia de los contratos de segunda generación ni la forma de remunerarlo conforme a la cláusula 51 del mismo Contrato.

Así a voces del Consejo de Estado podría sostenerse que la obra del Contrato 005 se hubiere podido completar perfectamente sin necesidad de añadir el Tramo Media Canoa Loboguerrero:

"Cualquier modificación del objeto del contrato implica la celebración de un nuevo contrato, no de uno adicional, que opera solamente cuando la modificación se refiere al valor y al plazo del contrato

*originalmente celebrado. En otras palabras, solamente habrá contrato adicional cuando se agrega algo nuevo al alcance físico inicial del contrato, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual y no cuando simplemente se realiza un ajuste del valor o del plazo inicial del contrato*³⁸⁶

En los testimonios rendidos ante el Tribunal se manifestó al respecto

"DRA. MIER: Usted dice, y lo tomé textualmente, si no lo tomé me hace el favor y me corrige, lo que se le estaba colgando a este contrato era otro contrato, quiere precisarme más el contenido de esa expresión, por qué dice que se estaba colgando otro contrato con la suscripción del adicional 3?

*SR. ULLOA: No, porque digamos, había un negocio en marcha que significaba hacer unas inversiones y esas inversiones se venían remunerando con unos peajes y el plazo del contrato iba, si no estoy mal **hasta el año 2018 o 2019, o sea esos ingresos... de estos ingresos ya estaban comprometidos y estaban remunerando unas inversiones que ya se habían hecho o que se asumía que ya se habían hecho, no sé, qué es estaba haciendo.***

Como vamos a hacer un nuevo paquete de inversiones, diferentes a las que originalmente se habían incluido en el contrato original, esas inversiones tenían que ser remuneradas, claramente lo que no podían era ser remuneradas con los ingresos que ya estaban destinados a remunerar obras que ya habían sido hechas, entonces es un nuevo negocio por encima del negocio que ya se había hecho y por eso entre otras, conceptualmente, se habla en los distintos documentos y Planeación Nacional y en Hacienda y en todas partes del modelo marginal.

O sea analicemos ese negocio de manera independiente que se le va a pegar al otro, pero se los digo así, si estos señores en su momento, que no sé si lo hicieron o no, hubieran acudido al mercado a financiarse y advierto que nunca he trabajado con el Grupo Solarte en proyectos de financiación, o sea nunca los he asesorado en nada ni directa ni indirectamente; en el momento en que yo le presente un banco, el banco no le va a pedir el modelo financiero del marginal.

³⁸⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 26 de enero de 2006. CP Darío Quiñones

*El banco lo que va a decir es, presénteme a mí las proyecciones financieras de su negocio que incluyen el contrato original más todos los negocios nuevos que se le pudieron haber incluido con motivo de esta modificación que hubo en su momento, entonces ellos sí hubieran tenido que modelar los ingresos, **denominémoslos, "viejos" más los nuevos y los gastos del contrato original de mantenimiento, operación, el mantenimiento rutinario y periódico más los nuevos.***

DRA. HERNÁNDEZ: Como si fuera un contrato distinto.

*SR. MARTÍNEZ: Sí, digamos como si fuera un proyecto distinto pegado a este que genera esos ingresos. Ahora, es práctica común, no fue el único proyecto, vale la pena revisar el Conpes, si mi memoria no me falla, el Conpes 3535, la ANI o el INCO hizo 14, 13, 12, no sé, número de acciones **bajo la misma teoría.**"³⁸⁷*

En los términos anteriores, concluye el Tribunal que el Contrato Adicional No. 13 excede el concepto de simple adición al Contrato 005 y ha debido celebrarse con base en las normas estatales que rigen la contratación pública en cuanto al proceso previo a su celebración, mediante la correspondiente licitación que garantizara el principio de libre competencia.

Sin embargo, el INCO por celebrar un Contrato como si éste fuera adicional y en desarrollo de la citada cláusula 51, omitió la apertura de proceso licitatorio.

En efecto, en el curso del mes de marzo del año 2006 el Consejo Nacional de Política Económica y Social, en CONPES 3422 definió que la vía **"Buga Buenaventura" era estratégica para el desarrollo vial del país** y señaló en ese documento las ventajas que representaba para la competitividad y el incremento del comercio.

El INCO en desarrollo de esa decisión CONPES y ante la alternativa de entregar en concesión la obra, decidió iniciar el proceso de adjudicación de la construcción de la doble calzada que inicialmente estaba proyectada para la vía Buga Mediacanoa y que posteriormente se definió como Media Canoa Loboguerrero; sin embargo, el trayecto Mediacanoa Loboguerrero no hacía parte del corredor vial para acceder a Buenaventura ni había sido incluido como una vía que en el futuro o durante la vigencia del Contrato estuviere prevista como parte de la concesión inicial.

³⁸⁷ Folio 201 y ss. del Cuaderno de Pruebas No. 21

De otra parte observa el Tribunal que el documento CONPES 3045 expedido el mismo año, había definido como prioritario el denominado Corredor Vial Bogotá Buenaventura y que en el Otrosí No. 9 al Contrato 005 de 1999 las partes de común acuerdo decidieron la reversión del Peaje de Loboguerrero entre otras razones, porque era parte del corredor vial que se entregaría en concesión bajo el sistema 4G para la vía Buga Buenaventura.

En efecto, en la etapa precontractual en los antecedentes del Contrato adicional No. 13, la entidad estatal deja constancia de los trámites previos adelantados para la celebración del citado contrato adicional en materia de estudios técnicos, legales y financieros. De los citados documentos aportados, el Tribunal llama la atención sobre los siguientes:

El documento inicial de junio de 2006 (que no tiene fecha precisa) firmado por Maximiliano Gonzalez y Carlos Alberto Solarte, el INCO a través de la Subgerencia de Gestión Contractual y la UT MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA suscriben un documento denominado el Pliego de Condiciones Diseño, Construcción, Operación, Mantenimiento de la Segunda calzada Mediacanoa Loboguerrero del Proyecto denominado Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca por el Sistema de concesión.

En la descripción del proyecto, pagina 5 se lee

"Los sectores de carretera que componen la Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca, forman parte de la Red Troncal Nacional pavimentadas y están ubicados en los departamentos del Valle del Cauca y Cauca, tramos por los que circula un importante volumen de tráfico.

"La zona del proyecto se ubica en el departamento del Valle del Cauca el cual está localizado en el sur occidente del territorio colombiano, zona comprendida entre el Océano Pacífico y la Cordillera Central. El proyecto se desarrolla por terreno principalmente montañoso y en algunos sectores se presenta terreno escarpado.

"El tramo básico que conforma el proyecto tiene una longitud total aproximada de 47.6 kilómetros y contempla la segunda calzada nueva Mediacanoa Loboguerrero..."

Para adelantar las obras objeto del Adicional No.13 el Concesionario presentó a consideración de la entidad estatal una propuesta en la cual se incluían el alcance del proyecto y las condiciones económicas y financieras en que se desarrollaría.

El proyecto contempla la construcción de la segunda calzada, de sección transversal 10,80 m para una velocidad de diseño de 60 KM por hora con 9 retornos localizados de tal manera que atiendan las necesidades de comunicación y las siguientes obras:

"Longitud Aproximada de segunda calzada: 47.6 Km

(Entre PR 63 y PR 111.4 de la ruta No. 40)

Longitud Aproximada de intersecciones: 9.8 km, representados por las cinco (5) intersecciones a desnivel proyectadas a saber: Mediacanoa Occidental, Darien 1, Darien 2, Restrepo y Loboquerrero.

Longitud Aproximada de retornos: 2.6 km (9 en total)

Puentes

- *Sobre el río Dagua*
- *Sobre la Quebrada Trapiche*

Intersecciones a desnivel

- *Mediacanoa Occidental*
- *Darien 1*
- *Darien 2*
- *Restrepo*
- *Loboquerrero*

Retornos

Construcción de 9 retornos

Pasos inferiores

Construcción de un paso inferior bajo la calzada nueva y la existente, de sección 3.5 m X 4.5 m (Dos sencillos)"

En el Anexo 2 a dicho documento "Diseño, Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento operación y mantenimiento de la segunda calzada Mediacanoa-Loboquerrero -Pliego de Condiciones Anexo No.2- contiene en 27 páginas la descripción técnica de las obras y el procedimiento para medir el índice de estado en pavimentos flexibles.

Consta en los documentos que fueron allegados al proceso los siguientes antecedentes:

1. El estudio de la necesidad y conveniencia³⁸⁸ de adicionar el contrato de concesión No. 005 con el objeto de adelantar las obras correspondientes a la segunda calzada del tramo Mediacanoa

³⁸⁸ Fl. 138 ss del Cuaderno de Pruebas No. 18.

Loboguerrero de julio 14 de 2006, suscrito por OSCAR SOLORZANO Coordinador Modo carretero y Richard Ernesto Bayona Supervisor MVVCC en el cual en la página 2 se expresa: **"Mediante documento CONPES 3422 IMPORTANCIA ESTRATEGICA DEL SISTEMA DOBLE CALZADA CORREDOR BUGA BUENAVENTURA Versión Aprobada el 27 de abril de 2006, se sometió a consideración del Consejo de Política Económica y Social CONPES el proyecto Sistema doble calzada corredor vial Buga Buenaventura como estratégico para la consolidación de la red de transporte del país. Dentro de otros antecedentes tiene en cuenta que el Gobierno Nacional y las agencias de cooperación internacional han identificado dentro de los cinco principales corredores de comercio exterior que conectan el 83% de la carga movilizada, el Corredor Vial Bogotá Buenaventura, considerado como uno de los más importantes ejes de la Red Nacional de Carreteras por integrar el Puerto de Buenaventura con el resto del país".**

En extensas consideraciones que remiten una y otra vez al CONPES 3422 y a la importancia estratégica de la vía, señala además que "el INVIAS autorizó a la GOBERNACION DEL VALLE DE CAUCA para que en el tramo comprendido entre BUGA MEDIACANOA ejecute por el sistema de concesión la construcción de la segunda calzada, así mismo impartió autorización al INCO a efectos de que en el tramo comprendido entre MEDIACANOA LOBOGUERRERO lleve a cabo por el sistema de concesión las obras de construcción de la segunda calzada del Tramo **comprendido entre MEDIACANOA Y LOBOGUERRERO."**

"Es preciso tener en cuenta que el proyecto de adición le proporciona continuidad a la Concesión vial actual, ya que su Tramo 5 inicia en Yumbo y termina en Mediacanoa" señala.

Luego de consideraciones sobre las facultades del INCO y del análisis de las cláusulas 51.1 y 51.3 del Contrato 005 de 1999 que define Obras Adicionales, concluye que **"EL INCO en su afán de buscar la mejor opción de diseño y constructiva, estima conducente la contratación de estas obras a través del Concesionario el cual aporta la más amplia confiabilidad en la ejecución de las obras dada la alta calidad de la ingeniería que viene aplicando en la ejecución del Contrato No. 005."**(Destacado fuera del texto).

Con ello se estaría tratando de justificar la ausencia de un nuevo proceso licitatorio, en el que incluso el concesionario habría podido competir en condiciones de igualdad con otros proponentes.

El Concesionario en atención a la solicitud del INCO presentó inicialmente propuesta para el Proyecto Buga Loboguerrero, con el escrito UTDVVCC 0854 del 30 de mayo de 2006, posteriormente sus alternativas para la construcción de la segunda calzada Mediacanoa Loboguerrero, mediante los escritos UTDVVCC 0980 del 20 de junio de

2006, UTDVVCC 1005 06 de junio 27 de 2006 y UTDVVCC 056 de julio 6 de 2006.

En la página 11 transcribe apartes del concepto de viabilidad de la interventoría respecto del valor de las inversiones frente a los precios de mercado, para concluir "su costo es razonable dadas las dificultades geotécnicas propias de este sector y los riesgos e incertidumbre en que **puede incurrir el concesionario**".

2. El estudio de Profesionales de Bolsa S.A.

El documento denominado Revisión y Concepto acerca del Modelo Financiero de la adición a la Concesión de la Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca del trayecto Mediacanoa Loboguerrero³⁸⁹, documento sin fecha que consta de 86 páginas con sus anexos y cuyo objeto fue "**presentar los resultados del análisis realizado sobre la propuesta de adición entregada por el Concesionario de la Malla Vial del valle del Cauca y Cauca (...) haciendo especial énfasis en la estructura y funcionamiento del modelo financiero utilizado para valorar dicha adición**".

En el documento de Profesionales de Bolsa tras copiar las cláusulas del Contrato No. 005 relacionadas con el aspecto financiero y de los adicionales 1 al 12 suscritos anteriormente, se resalta el siguiente aparte en la página 67:

"Encontrándose actualmente en la finalización de la etapa de construcción por los problemas encontrados durante los últimos meses, el gobierno nacional solicitó al Concesionario una propuesta para ampliar el Contrato de Concesión mediante la inclusión del tramo comprendido entre Mediacanoa y Loboguerrero. Dicha propuesta se debe basar en la ampliación del plazo del Contrato de Concesión No. 005, de tal manera que el pago de estas nuevas obras se debe realizar con base en el incremento del ingreso esperado por el Concesionario, y por lo tanto, de la adición del plazo".

Agrega que:

"La etapa de operación y mantenimiento, que se iniciará vencido el plazo para las obras de construcción, será variable y culminará en el momento en el cual el Concesionario reciba el valor del Ingreso Esperado para el Contrato."

³⁸⁹ Fl. 90 rev. ss Cuaderno de Pruebas No. 6

Sorprende al Tribunal esa afirmación del asesor financiero de la entidad estatal cuando en los demás documentos y estudios previos sobre la necesidad de la concesión se había justificado en el CONPES 3422 y en la importancia estratégica de la ruta Buga Buenaventura.

El estudio se refiere a las 3 alternativas presentadas tanto en el Cuadro denominado **"Datos Básicos en Millones de Pesos de Diciembre de 1997"** como en los resultados del Ingreso esperado para cada una de las alternativas.

El documento analiza las variables que fueron incluidas en la estructura **del modelo financiero y concluye que "la metodología utilizada para la construcción del modelo y los resultados que este arroja se encuentran enmarcados dentro de las prácticas comunes de estructuración financiera, utilizadas en el mercado colombiano"**.

En la página 78 del informe dice:

"En este orden de ideas, la metodología utilizada para la construcción del modelo y los resultados que este arroja, se encuentran enmarcados dentro de las prácticas comunes de estructuración financiera, utilizadas en el mercado colombiano. No obstante lo anterior, es pertinente precisar que debería incluirse dentro del análisis, el impacto que se genera por el beneficio tributario causado por amortización de diferidos e intangibles. Como lo muestra el Anexo No. 3, el impacto en la rentabilidad del Concesionario es mínimo, pero se considera que al incluir dicho beneficio, se muestra una situación más acorde con la realidad financiera del proyecto.

No sobra recalcar que aun cuando se considere que la estructura del modelo presentado por el Concesionario se ajusta a los estándares y a las mejores prácticas de estructuración financiera, también es cierto que sus resultados dependen, en su totalidad, de los datos de entrada con los cuales se alimenta el modelo, particularmente aquellos relacionados con los ingresos esperados, valor de obras y otras inversiones de capital, así como los costos de operación y mantenimiento de la vía pública entregada en Concesión. (Subrayas fuera del texto).

(...)

"4. Conclusiones y recomendaciones

- 4.1. *El cálculo del flujo de tesorería calculado por el Concesionario para la ejecución de las obras adicionales, se adecua a las condiciones de*

- estructuración normales del mercado financiero colombiano. Los ingresos presentan un incremento relativamente optimista, dado el plazo del Contrato y, por su parte, el costo de operación y mantenimiento mostrados, a la luz de la información disponible para operaciones de Concesiones viales en Colombia, pareciera ser muy competitivo.*
- 4.2. *El valor del Ingreso Esperado retribuye al Concesionario en una tasa de rentabilidad baja con respecto al cálculo mediante la metodología WACC explicada anteriormente, en caso de utilizarse deuda para su financiación. Aún más si se tiene en cuenta que la financiación de las inversiones se realizará con capital propio, en la medida en que los flujos del proyecto no son suficientes para alcanzar la estructura del 70/30 utilizada en el análisis de la rentabilidad esperada.*
 - 4.3. *De acuerdo con las proyecciones financiera analizadas, incluyendo los beneficios tributarios, se concluye que el proyecto no es financiable con una estructura 70/30, circunstancia que trae como consecuencia que las rentabilidades esperadas (sic) cualquier otro inversionista sean bastante mayores a las presentadas por el Concesionario. Esta conclusión conlleva una consecuencia adicional. Si el INCO decidiera realizar una licitación pública para entregar en Concesión el corredor Mediacanoa-Loboguerrero tendría, seguramente, que acudir a aportes estatales para darle viabilidad financiera al proyecto o, en otro caso, entregar el proyecto por un número de años muy superior a (sic) presentado por el Concesionario.*
 - 4.4. *Teniendo en cuenta el beneficio tributario generado por las amortizaciones de los cargos diferidos, la rentabilidad esperada por el Concesionario (12.26%) es inferior a la tasa normal que esperaría cualquier otro inversionista por asumir un riesgo similar en este tipo de proyectos (16.76%) y, obviamente, muy inferior si se tiene en cuenta que el proyecto deberá financiarse con recursos propios, caso en el cual la rentabilidad esperada del Concesionario podría ser del orden del 32% nominal.*
 - 4.5. *Estos resultados son ajustados y razonables en la medida en que los datos de entrada del modelo financiero, tales como ingresos, capex, costos y gastos de operación y mantenimiento, se ajusten a los precios de construcción de vías públicas.*
 - 4.6. *Comparando los resultados que se obtienen al modelar cada una de las alternativas financieras*

presentadas por el Concesionario, se observa que la que presenta un mayor valor de Ingreso Esperado es la alternativa en la cual no se entrega al Concesionario el peaje de Loboguerrero. Adicionalmente, en este caso, sería necesario que la concesión se extendiera por algo más de 50 años.

- 4.7. *En este sentido, consideramos que la alternativa más apropiada debería ser aquella en la cual se entregan los recursos provenientes del peajes de Loboguerrero, por cuanto, teniendo la misma rentabilidad, el período de ajuste del Contrato es menor.*
- 4.8. *Aun cuando la mejor alternativa sería la combinación de los recursos del peaje de Loboguerrero y los aportes de recursos públicos, dadas las condiciones fiscales del país, no se considera apropiado recomendar esta opción. Sin embargo sería pertinente incluir una cláusula mediante la cual, en caso de llegarse a realizar aportes por cuenta de la Nación, pudiera ajustarse el Ingreso Esperado del Concesionario, de tal manera que reflejara las circunstancias descritas. Aun cuando excede el objeto de la presente consultoría, cualquier aporte durante la etapa de construcción tendría un impacto profundo en el Ingreso Esperado del Concesionario.*
- 4.9. *Se recomienda al INCO, con el fin de asegurar los recursos para la construcción de la obra solicitar al Concesionario la certificación de un cierre financiero, mediante la suscripción de Contratos de crédito y/o Contratos de underwriting en firme y/o mediante el compromiso de desembolso de recursos propios por parte del Concesionario y/o sus socios."*

En el Anexo No. 3 bajo el título "**Flujo de Caja Mensual con Amortización de Cargos Diferidos**" Profesionales de Bolsa calcula los efectos de la inclusión de estos cargos diferidos, que habían sido omitidos por el Concesionario, en el modelo.

"INGRESO ESPERADO EN MILLONES DE PESOS DE DICIEMBRE DE 1997"

<i>Valor del Ingreso Esperado Proyecto</i>	<i>\$2.569.470</i>
<i>Mediacanoa-Loboguerrero</i>	
<i>Valor Ingreso Esperado Actual Contrato 005 de 1999</i>	<i>\$1.041.414</i>
<i>Total Ingreso Esperado Adicional</i>	<i>\$3.610.884</i>
<i>Mediacanoa-Loboguerrero</i>	
<i>Mes de Cumplimiento (Mes de Concesión)</i>	<i>466</i>
<i>Cumplimiento (Mes)</i>	<i>Mar-45</i>

Meses Adicionales	315
Años Adicionales	26,25
TIR Corriente	12,25%
TIR Real	6,91%

En el 4.7 concluye que **"En este sentido consideramos que la alternativa más apropiada debería ser aquella en la que se entregan los recursos provenientes del peaje de Loboguerrero, por cuanto teniendo la misma rentabilidad, el período del ajuste del Contrato es menor"**.

En la transcripción de la audiencia de testimonio del profesional Héctor Ulloa se lee³⁹⁰:

"DRA. RUÁN: Cuáles fueron sus recomendaciones al INCO de manera concreta?

SR. ULLOA: Mire, nuevamente, la primera porque es bien importante, los intangibles o los diferidos hay que amortizarlos, segundo, como están haciendo una financiación, teóricamente a punta de equity, exija que haya algún tipo de cierre financiero, o sea demuestran que sí van a tener los recursos para hacerlo, que no vean que cuando es deuda uno pide el contrato de rebirthing de un costo de bolsa o pide un contrato de crédito pero si es a punta de equity, más allá que pudiera ser un CP de un banco pues solicítelo. Hombre, yo miro y no sé, yo creo que esas eran como la recomendaciones más importantes.

"Ah, y la otra que hicimos es, pues se presentaron más alternativas, si ustedes las miran las 3 alternativas que se presentaron eran equivalentes, la que nosotros habíamos recomendado en su modelo era tratar de incluir el peaje Loboguerrero, entre otras para no ampliar el contrato en ese número de años, qué hacía el peaje Loboguerrero, que empezaba a generar unos ingresos que el concesionario en ese momento no tenía antes del año 2018 o 2019.

"Como no había claridad en ese momento si se iban a contar con recursos, nosotros dijimos, -hombre- en este momento por la situación fiscal específica del país no creemos que haya a haber recursos de vigencias futuras pero lo otro que dijimos sí es, deje una provisión contractual, de tal manera que si llega a haber un aporte específico de la Nación de caja puede haber un ajuste al momento, porque eso hubiera cambiado de una manera importante los

³⁹⁰ Fl. 213 ss del Cuaderno de Pruebas No. 21.

resultados específicos, o sea los plazos del contrato hubieran tenido una variación tremendamente importante, yo no sé si después hubo o no aporte pero lo que sí habíamos recomendado es, dejar la previsión contractual para que si esto se llegaba a dar en el futuro se tenga en cuenta a nivel de modelo financiero.

(...)

“DRA. HERNÁNDEZ: De acuerdo con su conclusión 4.7 y 4.8 de la página 87, folio 340 lo más benéfico para la entidad era que el periodo de ajuste de contrato fuera menor, era un criterio a tener en cuenta para definir la favorabilidad?”

“SR. ULLOA: Lo que yo diciendo acá es que los 3 modelos son equivalentes en rentabilidad, yo sí creo que hubiera sido mucho más eficiente un contrato con un plazo mucho menor.

DRA. HERNÁNDEZ: Por qué?”

“SR. ULLOA: Es que, nuevamente, la Nación iba a tener acceso o la disponibilidad de ese activo en un plazo anterior, eso le da la posibilidad o de recibir antes un ingreso o de volver a montar una licitación sobre ese activo para hacerle una mejora adicional, pero financieramente hablando, nuevamente, son equivalentes, la mejor opción hubiera sido, me parece que era más un tema de restricciones de caja, haber entregado no sólo el peaje Loboquerrero sin haber hecho las vigencias futuras, financieramente era un estructura mucho mejor.

“Yo creo que la rentabilidad era igual y el plazo se acorta de una manera muy importante, nuevamente, la parte importante de estos modelos son los tiempos, cuándo hago las inversiones, cuándo recibo los ingresos, entonces si ustedes hubieran podido en su momento entregar esos peajes más vigencias futuras claramente el valor esperado del ingreso esperado se hubiera podido alcanzar en un plazo mucho menor de tiempo.

“DRA. HERNÁNDEZ: Si la tasa del impuesto de renta adoptada para esta modelación hubiera sido efectivamente el 35% porque se sabía que la sobretasa ya iba a terminar, el tiempo habría podido ser menor?”

SR. ULLOA: Teóricamente, como usted hace la pregunta, sí.”

3. El concepto emitido por Arnold Enrique Palomino Ceballos asesor externo de la subgerencia de gestión contractual con fecha 21 de julio

de 2006 en el cual remite la **"Revisión Financiera Propuesta Carretera Mediacanoa Loboguerrero"**³⁹¹.

El documento en su parte inicial dice:

"Con base en la necesidad urgente que tiene el Instituto Nacional de Concesiones de contribuir con lo preceptuado en los documentos CONPES No. 3045, 3410 y 3422, en los cuales prevalecen objetivos específicos como son:

- *Priorización corredor Bogotá Buenaventura*
- *Sistema doble calzada corredor Buga Buenaventura*
- *Política de Estado para mejorar las condiciones de vida de la población de Buenaventura."*

El documento analiza las tres alternativas presentadas por el Concesionario y concluye que:

"La alternativa 3 de acuerdo al esquema planteado se convierte en la posibilidad potencialmente más accesible a implementar, pues cuenta con dos fuentes de recursos originados en el peaje de Loboguerrero y en los aportes adicionales de la Nación, no obstante representar un 165,3% en valores adicionales al contrato actual 005/99, pero a su vez disminuye en 354.650 millones frente a la propuesta 1 y \$2.118.265 millones en relación a la propuesta 2" (página 5 del estudio).

Añade en la página 7 que:

"Se presenta un modelo básico financiero estructurado en la cimentación de un comportamiento abierto mes a mes de ingresos con base en unos parámetros de resultados proyectados, en una plataforma de comportamiento contable."

"El prototipo financiero es un sistema autorregulado de la parte económica de las operaciones de empresa y sujeta su control a un centro de costos ABC, que le permite visualizar cual ha de ser en mayor o menor proporción los costos en los cuales puede incurrir y cual puede ser su costo de beneficio al momento de efectuar alguna erogación por operación a realizar.

³⁹¹ Fl. 145 ss del Cuaderno de Pruebas No. 18

"La parte concerniente a amortizaciones, impuestos e intereses, son factores supeditados al mejor manejo que considere el concesionario en su momento, pues están sujetos a la discrecionalidad, oportunidad y disponibilidad de recursos con que se cuente en el momento de adelantar una transacción.

"Dentro del compendio general de cifras contenidas como variables componentes de los ingresos, en la propuesta se planea una inflación anual del 5%, la cual se considera acorde a los parámetros macroeconómicos establecidos por la autoridades monetarias del país, los cuales hacen parte de las políticas económicas gubernamentales que pretenden mantener unos porcentajes mínimos hacia el futuro.

"Se contempla un crecimiento de 1.5% anual de la demanda de uso de la vía o sea tráfico, porcentaje que se ajusta a un (sic) medida estándar en estos casos.

"La TIR, considerada en cifras está encuadrada dentro del comportamiento actual de beneficios generados por un (sic) operación de este tipo; además de que permite al negocio una imagen de atracción en cualquier escenario económico a efectos de vincular inversionistas.

"Se interpreta que los recursos continuaran aportándose bajo la modalidad de equity, operación está que hasta el momento ha dado buenos resultados."

Y en la página 8 bajo el acápite de conclusiones señala:

"Se ha efectuado la revisión con base en los datos de tipo económico aportados en el contexto financiero expuesto por el Concesionario, de acuerdo a las cifras contenidas en el mismo y ajeno a conceptos técnicos o de Ingeniería Civil, generando algunas simulaciones sobre el comportamiento en cifras de los puntos naturales básicos generados de ingresos inmediatos y sobre los diferentes supuestos planteados.

De acuerdo a lo anterior se encuentra que la alternativa más potencialmente favorable es la numero tres (3), pues la implementación de la

misma permitiría una reducción considerable de costos, tiempo y valores endógenos; no contar con los soportes contemplados para la financiación del proyecto, sería pensar en el desequilibrio económico del proyecto MVVC, pues hasta donde, se podría contar en el tiempo con los dineros para suplir los efectos de deterioros no contemplados.

Teniendo en cuenta alguna eventualidad que se pueda presentar en la dificultad para obtención de los recursos para el desarrollo del proyecto y dado que se esta (sic) al frente de un proyecto soportado en tres bases sustanciales resultantes de una política de estado, como son componentes Sociales, Competitivos y de Desarrollo regional, se debe tener en cuenta estas posibles alternativas.

1. Tasa impositiva a cargo en centavos de dólar sobre kilo importado, por el puerto de Buenaventura, descontable anualmente de las importaciones futuras.

2. Incremento de las transferencias con destino específico la carretera a Buenaventura, con base en los ingresos generados a la Nación, por parte del puerto de Buenaventura.

3. Incluir una partida dentro de la adición presupuestal próxima a presentarse en el congreso con destino a beneficiar algunos sectores del TLC.

4. Pactar un porcentaje proyectado especial de crecimiento estable de las tarifas de peaje durante la vigencia de la concesión.”

4. En memorando de agosto 4 de 2006 el economista Gonzalo Pérez Albarracín³⁹² envía el documento concluyente del análisis financiero realizado a la propuesta del concesionario.

En el documento de 7 páginas se pronuncia el profesional sobre sus conclusiones a la revisión financiera de la propuesta.

Se señalan los siguientes apartes representativos del documento:

"En principio se consideró el alcance entre Buga Loboguerrero con una longitud en segunda calzada de 55 kilómetros aproximadamente y posteriormente un alcance final atendiendo lo instruido por el señor Ministro del Transporte, es decir Media Canoa Loboguerrero con una longitud de 47,5 kms aproximadamente.

³⁹² Fl. 149 ss del Cuaderno de Pruebas No. 18

METODOLOGIA DEL MODELO FINANCIERO

"El concesionario utiliza para la evaluación financiera de la propuesta un modelo financiero basado en la construcción de un flujo de caja libre mensualidad a partir de la obtención del EBITDA, indicador que se origina con la preparación del Estado de Resultados proyectado.

(...)

Impuestos

"Los impuestos dependen en definitiva de los intereses y de las amortizaciones: es decir que si el negocio está muy endeudado y se pagan intereses elevados y además se opta por un criterio de amortización acelerado, el impuesto a pagar se puede reducir considerablemente. Con lo cual el impuesto a pagar varía en función a criterios ajenos al negocio.

"Por lo tanto, el EBITDA tiende a eliminar las distorsiones que en algún momento pueda derivarse de contemplar los aspectos antes explicados.

(...)

"Sin embargo es importante destacar que la instrumentación aplicada en la formulación del modelo financiero utilizado y sus resultados, se encuentra enmarcado dentro de la práctica utilizada para la estructuración de la evaluación financiera de un proyecto, pero como es un modelo, sus datos de salida de la evaluación dependen de los insumos utilizados como datos de entrada. (página 2)

(...)

"Con base en el modelo financiero formulado se sigue la obtención del ingreso esperado para aquel periodo mes en el que la tasa interna de retorno TIR, alcance el valor esperado por el concesionario de cada alternativa según sus condiciones.

(...)

"De las tres alternativas simuladas como escenarios de la evaluación se observa que las alternativas (No. 1 y No.3) en las que se incluyen los ingresos de peaje provenientes de la cesión de la Estación de Loboguerrero, mejoran los resultados que contribuyen a la toma de la decisión respecto al proyecto, es decir el del ingreso esperado y plazo frente a la alternativa No. 2 que no los incluye.

"Ahora bien, si se confrontan los resultados de las alternativas No. 1 y No. 3, aún cuando en realidad

no son propiamente comparables en razón a que la No. 3 contempla aportes de la Nación, sin embargo para efectos decisorios se realiza, es así como el ingreso esperado de la alternativa No. 1, resultante es de \$2.076.650 Millones y la No. 3 de \$1.722.000 Millones de diciembre de 1997 y el plazo para la primera sería de 263 meses adicionales de concesión que responden a 22 años aproximadamente, terminando en noviembre de 2040, mientras que la tercera el ingreso esperado lo alcanza con 217 meses mas (sic) de concesión integrada, que en su equivalente en años ería de 18 años aproximadamente, finalizando en enero de 2037, diferencia que la genera la financiación del proyecto con los recursos provenientes del Presupuesto General de la Nación.

"Lo anterior se puede interpretar que los \$100.000 Millones de aportes de la Nación, le representan un menor plazo de la concesión integrada de 4 años aproximadamente y un menor ingreso esperado de \$354.650 Millones de pesos, frente a la alternativa No. 1 que no contempla los aportes de la Nación y en la medida en que se anticipen al periodo cero los aporte o se adiciones (sic) en su monto al plazo de terminación de la concesión se contrae.

"CONCLUSIONES

"-El modelo financiero utilizado por el concesionario para efectos de la evaluación financiera de adicionarle al contrato de Concesión No. 005-99, el sector de (sic) denominado Mediacanoa-Loboguerrero, es un instrumentos de carácter financiero que se enmarca dentro de las técnicas que se vienen utilizando para medir el desempeño de un negocio desde este campo del conocimiento como análisis de valoración previa.

"- La tasa de interés de descuento implícita para la evaluación seguida por el concesionario, frente a la TIR tanto en corriente entre el 12,51% y 12,56% que en términos reales se encuentra entre el 7,16% y 7,20%, resulta un parámetro competitivo respecto a las condiciones del mercado, pues al explorarse otra forma de emprender el proyecto seguramente esta demandará dentro de su estructura financiera recursos de terceros (Créditos o cualquier otra fuente), lo que conllevará que para recuperar la inversión se solicite un mayor ingreso esperado y por ende un mayor plazo, como efecto de incluir estos recursos dentro de la financiación, ya que el costo financiero tendrá un impacto en el cálculo del costo

de capital para el proyecto, en la determinación de la tasa de descuento, situación que puede resultar beneficiosa para la Nación ya que al parecer la fuente de financiación que utilizará el concesionario es originada en equity.

"- De los tres escenarios simulados, la mejor alternativa es la No. 3, es decir la que incluye los ingresos que se perciban de la estación de peaje de Loboguerrero y con aportes de la Nación, sin embargo en la medida en que se puedan anticipar en tiempo y valor los aportes el plazo y el ingreso esperado serán menores. Pero conociendo la situación fiscal del país que restringe la asignación de recursos del Presupuesto General de la Nación, la alternativa más conveniente será la primera, que considera los ingresos del peaje de la caseta de Loboguerrero y como última es la segunda."

Tanto en los documentos y correspondencia que se cruzaron las partes así como en el texto del propio contrato, se evidencia que la entidad estatal recibió el día 6 de julio un documento denominado **"Presupuesto Proyecto Loboguerrero-Mediacaño"** en el cual se contemplan los términos y condiciones de la propuesta económica de la UT para la realización de las obras y que, en principio, fue esa la propuesta objeto de evaluación por el INCO y por sus asesores.

En el texto de la propuesta el concesionario sometía a consideración de la Entidad Estatal tres alternativas³⁹³ que se insertan a continuación:

³⁹³ Fl. 277 ss del Cuaderno de Pruebas No. 1

ALTERNATIVA 1 - Con el peaje de Loboguerrero

B 84
65

**DATOS MEDIACANOA - LOBOGUERRERO - VALOR DE INGRESO ESPERADO (INCLUYE PEAJE LOBOGUERRERO)
El Concesionario fondea recursos para Predios, Gestión Social y Lic. Ambientales**

DATOS BÁSICOS EN MILLONES DE PESOS DE DICIEMBRE DE 1997

Valor de la Construcción	\$210.190
+ Diseños	\$7.756
+ Predios	\$7.727
+ Lic Ambientales	\$5.152
+ Gestión Social	\$1.030
Total Inversión	\$231.855
Tiempo de construcción (meses)	60
Inicio de Obra	oct-07
Fin de la obra	sep-12
Valor Infraestructura de operación	\$4.284
Km/calzada Contrato 005 de 1999	512
Km/calzada contrato Mediacanóa - Loboguerrero	57,4
Vlr/km mantenimiento periódico	\$103
Fecha último mantenimiento periódico contrato 005 de 1999	dic-16
Tiempo de mantenimiento periódico (años)	5
Duración del mantenimiento periódico (meses)	24
Mantenimiento Periódico Contrato 005 de 1999	\$56.648
Mantenimiento Periódico Mediacanóa - Loboguerrero	\$5.945
Reposición Equipos	\$3.606
Gastos de operación de peajes y de la vía, administración y mantenimiento rutinario (% sobre ingresos)	20%
Inflación anual (%)	5%
Tasa de renta	38,5%
Impuesto de timbre	0,75%
ICA	1,0%
Peaje Nuevo (Ingreso mensual) Pesos Corrientes de 2006	\$1.000
Tasa de crecimiento peajes	1,5%

INGRESO ESPERADO EN MILLONES DE PESOS DE DICIEMBRE DE 1997

Valor del Ingreso esperado Proyecto Mediacanóa - Loboguerrero	\$2.076.650
Valor ingreso esperado actual Contrato 005 de 1999	\$1.041.414
Total Ingreso Esperado Adicionando Mediacanóa - Loboguerrero	\$3.118.064
Mes de Cumplimiento [Mes Concesión]	413
Cumplimiento [Mes]	nov-40
Meses adicionales	263
Años adicionales	22
Tir Corriente	12,54%
Tir Real	7,18%

ALTERNATIVA 2 - Sin peaje ni Aportes de la Nación

**DATOS MEDIACANOA - LOBOGUERRERO - VALOR DE INGRESO ESPERADO (NO INCLUYE PE
El Concesionario fondea recursos para Predios, Gestión Social y Lic. Ambientales**

DATOS BÁSICOS EN MILLONES DE PESOS DE DICIEMBRE DE 1997

Valor de la Construcción	\$210.190
+ Diseños	\$7.756
+ Predios	\$7.727
+ Lic Ambientales	\$5.152
+ Gestión Social	\$1.030
Total Inversión	\$231.855
Tiempo de construcción (meses)	60
Inicio de Obra	oct-07
Fin de la obra	sep-12
Valor Infraestructura de operación	\$4.284
Km/calzada Contrato 005 de 1999	512
Km/calzada contrato Mediacanoa - Loboguerrero	57,4
Vlr/km mantenimiento periódico	\$103
Fecha último mantenimiento periódico contrato 005 de 1999	dic-16
Tiempo de mantenimiento periódico (años)	5
Duración del mantenimiento periódico (meses)	24
Mantenimiento Periódico Contrato 005 de 1999	\$56.649
Mantenimiento Periódico Mediacanoa - Loboguerrero	\$5.945
Reposición Equipos	\$3.606
Gastos de operación de peajes y de la vía, administración y mantenimiento rutinario (% sobre ingresos)	20%
Inflación anual (%)	5%
Tasa de renta	38,5%
Impuesto de timbre	0,75%
ICA	1,0%
Tasa de crecimiento peajes	1,5%

INGRESO ESPERADO EN MILLONES DE PESOS DE DICIEMBRE DE 1997

Valor del Ingreso esperado Proyecto Mediacanoa - Loboguerrero	\$3.840.265
Valor ingreso esperado actual Contrato 005 de 1999	\$1.041.414
Total Ingreso Esperado Adicionando Mediacanoa - Loboguerrero	\$4.881.679
Mes de Cumplimiento [Mes Concesión]	633
Cumplimiento [Mes]	mar-59
Meses adicionales	483
Años adicionales	40
Tir Corriente	12,51%
Tir Real	7,16%

ALTERNATIVA 3 - Con el peaje de Loboguerrero y Aportes de la Nación

DATOS MEDIACANOA - LOBOGUERRERO - VALOR DE INGRESO ESPERADO (INCLUYE PEAJE LOBOGUERRERO)
El Concesionario fondea recursos para Predios, Gestión Social y Lic. Ambientales

DATOS BÁSICOS EN MILLONES DE PESOS DE DICIEMBRE DE 1997

Valor de la Construcción	\$210.190
+ Diseños	\$7.756
+ Predios	\$7.727
+ Lic Ambientales	\$5.152
+ Gestión Social	\$1.030
Total Inversión	\$231.855
Tiempo de obra (meses)	60
Inicio de Obra	oct-07
Fin de la obra	sep-12
Valor Infraestructura de operación	\$4.284
Km/calzada Contrato 005 de 1999	512
Km/calzada contrato Mediacanóa - Loboguerrero	57,4
Vlr/km mantenimiento periódico	\$103
Fecha último mantenimiento periódico contrato 005 de 1999	dic-16
Tiempo de mantenimiento periódico (años)	5
Duración del mantenimiento periódico (meses)	24
Mantenimiento Periódico Contrato 005 de 1999	\$56.648
Mantenimiento Periódico Mediacanóa - Loboguerrero	\$5.945
Reposición Equipos	\$3.606
Gastos de operación de peajes y de la vía, administración y mantenimiento rutinario (% sobre ingresos)	20%
Inflación anual (%)	5%
Tasa de renta	38,5%
Impuesto de timbre	0,75%
ICA	1,0%
Peaje Nuevo (Ingreso mensual) Pesos Corrientes de 2006	\$1.000
Tasa de crecimiento peajes	1,5%

Aportes de la Nación	
Fecha Aporte	Valor
mar-08	20.000,00
mar-09	20.000,00
mar-10	20.000,00
mar-11	20.000,00
mar-12	20.000,00

INGRESO ESPERADO EN MILLONES DE PESOS DE DICIEMBRE DE 1997

Valor del Ingreso esperado Proyecto Mediacanóa - Loboguerrero	\$1.722.000
Valor ingreso esperado actual Contrato 005 de 1999	\$1.041.414
Total Ingreso Esperado Adicionando Mediacanóa - Loboguerrero	\$2.763.414
Mes de Cumplimiento [Mes Concesión]	367
Cumplimiento [Mes]	ene-37
Meses adicionales	217
Años adicionales	18
Tir Corriente	12,56%
Tir Real	7,20%

Presentaba adicionalmente una hoja de Excel que se adjuntó al dictamen de la perita ANA MATILDE CEPEDA MANCILLA y un flujo de caja de ingresos y egresos proyectados.

Llama la atención del Tribunal el hecho de que el documento presentado por Profesionales de Bolsa S.A.³⁹⁴ no tenga fecha y que incluya en su estudio un documento diferente del que fuera presentado por la concesionaria con su carta de julio 6 de 2006.

DATOS BÁSICOS EN MILLONES DE PESOS DE DICIEMBRE DE 1997	
Valor de la Construcción	\$ 273.123
+ Diseños	\$ 7.756
+ Predios	\$ 7.727
+ Lic Ambientales	\$ 5.152
+ Gestión Social	\$ 1.030
Total Inversión	\$ 294.788
Tiempo de obra (Meses)	60
Inicio de obra	oct-07
Fin de la obra	sep-12
Valor Infraestructura de Operación	\$ 4.284
Km/Calzada Contrato 005 de 1999	512
Km/Calzada Contrato Buga-Loboguerrero	57,4
Vr/Km Mantenimiento Periódico	\$ 103
Fecha último mantenimiento periódico contrato 005 de 1999	dic-16
Tiempo de mantenimiento periódico (Años)	5
Duración Mantenimiento Periódico (Meses)	24
Mantenimiento Periódico Contrato 005 de 1999	\$ 56.359
Mantenimiento Periódico Contrato Buga-Loboguerrero	\$ 5.914
Reposición Equipos	\$ 3.606
Gastos de operación de peajes y de la vía, administración y mantenimiento rutinario (% sobre ingresos)	20,00%
Inflación Anual (%)	5,00%
Tasa Impuesto de Renta	38,50%
Impuesto de Timbre	0,75%
ICA	1,00%
Peaje Nuevo (Ingreso Mensual) Pesos Corrientes 2006	\$ 1.000
Tasa de crecimiento - Peajes	1,50%

Los resultados obtenidos para cada una de las alternativas son:

INGRESO ESPERADO EN MILLONES DE PESOS DE DICIEMBRE DE 1997

	Alternativa 1	Alternativa 2	Alternativa 3
Valor del Ingreso Esperado Proyecto Mediacanoa - Loboquerrero	\$ 2.568.650	\$ 3.963.265	\$ 2.191.450
Valor Ingreso Esperado Actual Contrato 005 de 1999	\$ 1.041.414	\$ 1.041.414	\$ 1.041.414
Total Ingreso Esperado Adicional Mediacanoa - Loboquerrero	\$ 3.610.064	\$ 5.004.679	\$ 3.232.864
Mes de Cumplimiento (Mes de Concesión)	465	642	420
Cumplimiento (Mes)	mar-45	ene-60	jun-41
Meses Adicionales	315	493	270
Años Adicionales	26	41	23
TIR Corriente	11,59%	11,59%	11,60%
TIR Real	6,28%	6,28%	6,28%

Sin embargo, revisada detalladamente la etapa precontractual que concluyó en la celebración del adicional No. 13, se observa que no existen, o por lo menos no fueron aportados por las Partes, documentos

³⁹⁴ Fl. 331 del Cuaderno de Pruebas No. 1

en los cuales consten los criterios que sirvieron de base a la Entidad para evaluar la propuesta presentada, pero en cambio aparece palmario que, no obstante los conceptos previos obtenidos de la firma Profesionales de Bolsa y de la interventoría, la Entidad Estatal hizo caso omiso de sus observaciones y las desatendió al momento de celebrar el Contrato.

Todos los asesores que participaron concluyen en unas recomendaciones que finalmente nunca fueron atendidas por la entidad pública y se desconocen las razones de esta decisión, que ha sido precisamente el origen de las discrepancias que se ventilan en este Tribunal.

Sobre el particular, conviene citar a continuación apartes de los testimonios de los Señores Héctor Ulloa³⁹⁵, Andrés Juyar³⁹⁶, Patricia Cortes³⁹⁷ y Juan Manuel Martínez³⁹⁸ sobre los antecedentes a la celebración del adicional No. 13.

TESTIMONIO HÉCTOR ULLOA

"DRA. RUÁN: Cuáles fueron sus recomendaciones al INCO de manera concreta?

SR. ULLOA: Mire, nuevamente, la primera porque es bien importante, los intangibles o los diferidos hay que amortizarlos, segundo, como están haciendo una financiación, teóricamente a punta de equity, exija que haya algún tipo de cierre financiero, o sea demuestran que sí van a tener los recursos para hacerlo, que no vean que cuando es deuda uno pide el contrato de rebirthing de un costo de bolsa o pide un contrato de crédito pero si es a punta de equity, más allá que pudiera ser un CP de un banco pues solicítelo. Hombre, yo miro y no sé, yo creo que esas eran como la recomendaciones más importantes.

Ah, y la otra que hicimos es, pues se presentaron más alternativas, si ustedes las miran las 3 alternativas que se presentaron eran equivalentes, la que nosotros habíamos recomendado en su modelo era tratar de incluir el peaje Loboquerrero, entre otras para no ampliar el contrato en ese número de años, qué hacía el peaje Loboquerrero, que empezaba a generar unos ingresos que el concesionario en ese momento no tenía antes del año 2018 o 2019.

³⁹⁵ Fl. 201 ss del Cuaderno de Pruebas No. 21

³⁹⁶ Fl. 402 ss del Cuaderno de Pruebas No. 21

³⁹⁷ Fl. 69 ss del Cuaderno de Pruebas No. 21

³⁹⁸ Fl. 451 ss del Cuaderno de Pruebas No. 21

Como no había claridad en ese momento si se iban a contar con recursos, nosotros dijimos, -hombre- en este momento por la situación fiscal específica del país no creemos que haya a haber recursos de vigencias futuras pero lo otro que dijimos sí es, deje una provisión contractual, de tal manera que si llega a haber un aporte específico de la Nación de caja puede haber un ajuste al momento, porque eso hubiera cambiado de una manera importante los resultados específicos, o sea los plazos del contrato hubieran tenido una variación tremendamente importante, yo no sé si después hubo o no aporte pero lo que sí habíamos recomendado es, dejar la previsión contractual para que si esto se llegaba a dar en el futuro se tenga en cuenta a nivel de modelo financiero.

(...)

"DRA. MIER: Sólo una precisiones doctor Ulloa, muchas gracias, usted ha sido muy didáctico, voy a ser bastante breve, en las conclusiones y recomendaciones de su informe, en el punto 4.2 se expresa: "El valor del ingreso esperado retribuye al concesionario en una tasa de rentabilidad baja con respecto al cálculo mediante la metodología WACC explicada anteriormente en caso de utilizarse deudas para su financiación, aún más si se tiene en cuenta que la financiación de las inversiones se realizará con capital propio en la medida en que los flujos del proyecto no sean suficiente para alcanzar al futuro del 70-30 utilizada en el análisis de la rentabilidad esperada.

Sé que se ha referido con bastante extensión a este caso pero la pregunta concreta es para que se precise, la rentabilidad baja que está previendo usted en este escrito es en caso de utilizarse deuda para su financiación únicamente?

"SR. ULLOA: No, no, no, lo que estoy diciendo yo es que, incluso si el decidiera financiar el 70-30, incluso, la tasa que él debió haber solicitado en mi opinión era muy superior y con mayor veras si la iba a financiera sólo con equity, es decir en el 2006 meterse en este negocio a punta de equity a ganarse el 6.7% a 20 años francamente no es recomendable. Nuevamente, ningún asesor financiero serio le va a aconsejar a su cliente que haga un negocio de estos a punta de equity, por el contrario, lo que vivimos nosotros trabajando es en función de ver cómo aumentamos el apalancamiento de los proyectos y

conseguimos el máximo nivel de deuda, esto es atípico.

(...)

“DR. BEJARANO: Yo le quisiera preguntar doctor Ulloa, usted dijo en alguna parte de su declaración y sobre ese punto se ha vuelto, que le llamó la atención lo de la financiación con el solo equity.

SR. ULLOA: Sí señor.

DR. BEJARANO: Usted le advirtió eso al INCO?

SR. ULLOA: Sí, el documento específicamente menciona que, no sólo que se iba con equity sino que precisamente le solicitamos o le recomendamos al INCO que debía incluir una cláusula donde se acreditara un cierre financiero así fuera solamente por equity o de deuda subordinada porque, nuevamente, eso sí que no es una práctica normal, me refiero práctica normal la de estructurar un negocio con sólo equity.

(...)

“DR. MARÍN:4.8 que dice, tratando de hacer ver la alternativa que sería la mejor: "Aun cuando la mejor alternativa sería la combinación de los recursos del peaje de Loboguerrero y los aportes de recursos públicos dadas las condiciones fiscales del país, no se considera apropiado recomendar esta opción." Me gustaría que me contara un poquito sobre porqué se hace esa aseveración así de concreta siendo que usted manifiesta que podría ser la alternativa más viable...

SR. ULLOA: Pero, doctor, respetuosamente yo creo que el tema no es un tema de viabilidad porque, nuevamente, las 3 propuestas son equivalentes en rentabilidad, lo que pasa es que en la medida en que usted pudiera entregarle ingresos más rápido al concesionario, llámese por el peaje Loboguerrero o eventualmente con unos aportes públicos, el resultado tanto en el ingreso esperado como en el plazo hubiera sido tremendamente significativo.

Ahora, lo que nosotros estamos diciendo ahí es que por distintas circunstancias, y lo pueden averiguar en su momento en Hacienda, no se disponían de muchos recursos para hacer estas modificaciones, sin embargo, lo que nosotros sí advertimos después de eso es, si llega a darse el caso pues sí habría que hacerle un ajuste porque claramente el impacto de hacer pagos mucho antes en el tiempo con vigencias futuras o pagos específicos de la Nación tienen un impacto tremendamente importante en ese modelo

financiero o en esa hoja de cálculo como tal, tremendamente importante. Entonces claramente, lo mejor hubiera sido en ese momento si se tuviera cómo dar un solo cheque y que pagara esa inversión, hubiera sido el mejor escenario de todos; la segunda era compénselo con, creo que había una opción de vigencias futuras de 20 mil millones de pesos al año o algo por el estilo pero al no tener los recursos pues no se recomendó, pero sí tenía que haberse, no sé si se hizo alguna previsión de que si se pagaba tocaba correr la fórmula.

TESTIMONIO ANDRÉS JUYAR

"DRA. RUAN: *Usted se ha referido a que en el proceso para la celebración del contrato adicional No. 13 participaron una serie de entidades distintas al Gobierno, habló usted del Ministerio de Transporte, de INVÍAS y también se refirió al INCO, podía usted narrar en qué participaron si lo recuerda dichas entidades?*

DR. JUYAR: *Lo que recuerdo es que la mesa densa era el tema técnico y en esa digamos participó inclusive el mismo Ministro de Transporte en su momento, mirando acorde con las necesidades porque finalmente él tenía la ejecución de las políticas que se habían fijado en el mismo documento Conpes y funcionarios técnicos del INVÍAS que ayudaron en las valoraciones, los precios, todo lo que se pudiera determinar digamos a efectos del ejercicio interno del Instituto para efectos de la celebración de ese adicional.*

DR. JUYAR: *Vamos por partes, es un poco extensa, me hace referencia usted a una ley, me la puede poner de presente?*

DRA. RUAN: *No la tengo aquí, pero entonces le modifico la ley, la pregunta es si recuerda usted si previa la suscripción del adicional No. 13, el adicional No. 13 fue presentado ante el consejo directivo del INCO, le hago esa pregunta porque el doctor era el asesor jurídico de la gerencia, si usted lo recuerda.*

DR. JUYAR: *Yo me acuerdo que estuvo precedido del documento Conpes, le faltaría a la verdad, no recuerdo si el tema específicamente se trató en el consejo directivo, imagino que sí porque inclusive el mismo Ministro y aquí participaron muchas áreas también del alto Gobierno para llegar a ese documento Conpes como era el Departamento*

Nacional de Planeación, el Ministerio de Hacienda, el Ministerio de Transporte quienes hacían parte del consejo directivo de la entidad.

DRA. RUAN: Recuerda usted y teniendo en cuenta la afirmación que usted hizo previamente sobre la política pública, si la adición de los contratos de concesión mediante el incremento del ingreso esperado correspondía a una política pública en razón de la falta de recursos en el presupuesto asignado al INCO?

DR. JUYAR: Para ese momento digamos era con lo que se contaba, tenemos que devolvernos unos 10, 12 años, donde las condiciones económicas y de desarrollo para este tipo de contratos eran otras.

Veníamos de una crisis grande en el sistema de concesiones donde las concesiones de primera generación venían arrastrando una cartera en contra de la Nación de más de medio billón de pesos, era una suma muy importante para ese momento, tal vez para este momento ya no lo sea tanto y parte de la labor del Instituto y la política fijada para eso era la reorganización de las concesiones viales, para el caso de las concesiones de primera generación obedecieron a distribución riesgos, muy diferente a la forma como se están estructurando los nuevos proyectos.

Debemos recordar que en el caso de la concesión de la malla vial del Valle, fue la primera concesión que superó la primera generación de concesiones y fue la primera concesión de ingreso esperado, obviamente comenzaron a trasladarse una serie de riesgos adicionales al concesionario, no todos por supuesto porque la Nación siguió observando algunos de ellos y específicamente una de las condiciones o características y para lo cual refiere la cláusula que usted ha referido del contrato, para ese momento había distintas alternativas, una de ellas para que el concesionario pudiera ejecutar esas obras era que él mismo financiara los recursos, las hiciera y las mismas le fueran pagadas con los excedentes posteriores de los peajes que se iban a liberar cuando se fuera pagando el tramo inicial del contrato de concesión.

Y así se trabaron varios acuerdos para efectos de atender necesidades específicas de otros proyectos y lo mismo estaba precedido de una necesidad y un análisis que diera resultado a este tipo de modificaciones.

DRA. RUAN: Al momento en que ustedes revisaron, que la parte previa a la celebración del contrato adicional No. 3, se habían suscrito otras adiciones bajo esa política pública en otros contratos de concesión?

DR. JUYAR: Como le decía parte de la política era la restructuración del contrato y a efectos de las realidades que se estaban viviendo en ese momento y sí, sí se habían modificado algunos otros proyectos con cargo al ingreso o con cargo a la restructuración por ejemplo en la distribución de riesgos de los contratos de primera generación, para efectos de hacerlos más eficientes está el ejemplo del contrato del Eje Cafetero que era un contrato de primera generación que llevaba casi 11 años construyéndose y no se había terminado específicamente por las dificultades que había tenido en muchas etapas unas de ellas en las instalaciones de peajes y cosas por problemas con la comunidad.

*Y también específicamente muchos problemas en el tema de la adquisición de predios donde el Gobierno para ese momento seguía guardando o había guardado esa responsabilidad en su cabeza, entonces por múltiples motivos hubo modificaciones con miras a la política de tratar de hacer viables y sacar adelante esos contratos para que cumplieran los cometidos y los fines para los cuales fueron **celebrados**".*

TESTIMONIO PATRICIA CORTÉS

"DRA. RUAN: ¿Sobre el adicional No. 13 y sus otros íes usted conoció o asistió a las negociaciones previas con la ANI para la celebración del contrato adicional 13?

SRA. CORTÉS: Sí conocí, sí estuve, participé.

DRA. RUAN: ¿Quiénes participaron en dichas negociaciones por parte de la Unión Temporal

SRA. CORTÉS: Todos los socios y yo, me refiero a todos los socios: al doctor Carlos, al doctor Luis Enrique en su calidad de representante de países en Colombia y al contratista.

DR. NIETO: ¿Carlos qué?

SRA. CORTÉS: Carlos Solarte, Luis Solarte y Pavimentos Colombia su representante que es Luis Enrique López.

DRA. RUAN: ¿Y por parte de la institución pública contratante?

SRA. CORTÉS: Pues nosotros en algunos eventos estuvimos con el Ministro de Transporte, en otros eventos estuvimos con el INCO en su momento, creo que esa fue la época en que estaba el gerente Luis Carlos... y en la gerencia ejecutiva o en la Rama Ejecutiva estaba Maximiliano González, por parte de la Agencia entiendo que en ese momento estaba Sandra Mc Collins, digo entiendo porque finalmente la doctora Sandra Mc Collins emitió conceptos pero yo no estuve en reuniones con la doctora Mc Collins y entiendo que también el doctor Andrés Juyar otra de las personas que estuvo, pero en las reuniones que nosotros tuvimos con la entidad estaba fijo el ejecutivo del proyecto, el que manejaba el proyecto por parte de la Agencia que era el supervisor del proyecto que en ese entonces era Richard Bayona y **a veces se hacían las reuniones con Luis Carlos... a veces era con el Ministro de Transporte y a veces era con el doctor Maximiliano.**

DRA. RUAN: ¿La entidad en algún momento, aunque usted ya lo dijo pero quiero de manera concreta que lo exprese, solicitó que se modificaran las propuestas presentadas con la Unión Temporal por algún tema en concreto?

SRA. CORTÉS: ¿Usted se refiere al contrato adicional No. 13?

DRA. RUAN: Sí señora.

SRA. CORTÉS: Sí, nosotros básicamente desde la primera propuesta que nosotros presentamos hasta la última hubo necesidad de hacer variaciones y de hecho la última propuesta que nosotros presentamos pues obviamente como económicamente la idea era siempre baje y baje, y una de las cosas que pesaban bastante dentro de la propuesta inicial eran los derrumbes, nosotros en la última propuesta que presentamos la presentamos sin derrumbes, sin puentes peatonales, sin iluminación, sin paraderos porque básicamente todo eso se fue suprimiendo para efecto de poder ir bajando, bajando el costo de la propuesta.

DRA. RUAN: ¿A qué se refiere usted con derrumbes?

SRA. CORTÉS: Derrumbes es que finalmente nosotros estábamos en un tramo montañoso en donde finalmente el riesgo de derrumbe es muy alto y nosotros dentro de la propuesta habíamos tenido en cuenta el movimiento de esos derrumbes porque es que son grandes volúmenes lo que se está derrumbando, y en ese orden de ideas la entidad nos dijo no, sabe qué, a mí me parece muy alto su

presupuesto de derrumbe, entonces yo le dije listo, yo no le incluyo dentro del presupuesto los derrumbes pero usted me los tiene que pagar en caso de que se dé como una obra adicional porque es que eso es un riesgo, entonces es un riesgo que en su momento cuando a mí me dijeron no me los incluya en la propuesta pues si no se los incluyo no puedo asumir ese riesgo.

DRA. RUAN: ¿La entidad negoció los precios de la obra que ustedes habían presentado?

SRA. CORTÉS: Pues básicamente todas esas negociaciones fueron las que fueron llevando a que al final entonces listo, esto es lo que yo le voy a hacer y esto es lo que me voy a cobrar.

DRA. RUAN: ¿La entidad les solicitó que ustedes, la Unión Temporal, modificara la tasa de renta utilizada en el modelo financiero?

SRA. CORTÉS: No.

DRA. RUAN: ¿La tasa le exigió que incluyera en el modelo financiero el beneficio tributario por depreciación y amortización de activos?

SRA. CORTÉS: No nos exigieron porque eventualmente, por eso le digo doctora Ana María, si a nosotros nos hubieran exigido cambios en las variables que estábamos nosotros asumiendo unos riesgos nosotros hubiéramos tenido que elevar la tasa interna de retorno esperado porque de otra manera no podemos asumir esos riesgos.

DRA. RUAN: ¿Discutió la entidad con ustedes la tasa interna de retorno?

SRA. CORTÉS: No.

(...)

DRA. RUAN: ¿Los miembros de la Unión Temporal estuvieron de acuerdo con la suscripción del contrato adicional No. 13?

SRA. CORTÉS: SÍ”.

TESTIMONIO JUAN MANUEL MARTÍNEZ PAZ

"DRA. HERNÁNDEZ: ¿El plazo del contrato que se pretendía modificar, se ve alterado o modificado o tiene en ese plazo incidencia la tasa de impuesto que se use?

SR. MARTÍNEZ: Muchas cosas pueden tener incidencia en la tasa.

DRA. HERNÁNDEZ: ¿Pero tiene incidencia el impuesto?

SR. MARTÍNEZ: Muchos temas tienen incidencia, si cambia el impuesto o si cambia la rentabilidad al

final, el proyecto pudo haber sido de 20, 30, 50 o hasta 100 años dependiendo de la rentabilidad que hubieran querido, me voy a explicar... (Interpelado)

DRA. MESA: Doctor Martínez, la pregunta es muy importante y sí le pido que la conteste muy concretamente, después aclare lo que le tenga que aclarar a la doctora Aida Patricia.

SR. MARTÍNEZ: Sí, efectivamente puede tener variabilidad pero vuelve y juega, esto está amarrado con varias cosas y al final cuál es el resultado que espera un inversionista cuando mete unos datos dentro de un modelo: oiga, si yo voy a hacer esta inversión me demoro tanto tiempo haciéndola, los ingresos son estos, cuál es la rentabilidad que espero recibir y espero porque esa rentabilidad nunca va a ser esa exactamente porque al final por eso se están asumiendo unos riesgos, entonces la rentabilidad puede ser o mayor o menor dependiendo de qué cantidad los riesgos se vayan a dar, entonces ahí es donde voy a la respuesta.

El Concesionario cuando hizo su oferta dijo yo pongo 38.5 porque me da susto que simplemente me los retengan así hacia delante, pero además también hizo algo que se los acabo de decir, puso una rentabilidad baja, la realidad es que si uno hace un cálculo preciso de cuánto debía ser la rentabilidad de un proyecto con esas características que existe una metodología que es el famoso WACC, estaban alrededor del 11.33 y es un cálculo que no solamente lo digo yo sino que estaba en una Resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que hacía para proyectos de infraestructura de más o menos estas características existe una rentabilidad mínima que debería ser del 11.33 en riesgo y aquí quedó una rentabilidad del 7.18, entonces un poco lo que quiero explicar es si efectivamente si se baja la tasa de renta pues en teoría lo que va a hacer es que se aumenta la rentabilidad, ¿a cuánto?, ese es el análisis que hay que hacer pero con seguridad estaba muy por debajo de lo que debería ser una rentabilidad desde el punto de vista objetivo de cálculo de como lo calcularía uno para recomendar.

DRA. HERNÁNDEZ: Discúlpeme mi ignorancia.

SR. MARTÍNEZ: Sí, tranquila.

DRA. HERNÁNDEZ: Y si baja la tasa usted nos dice aumenta la rentabilidad ¿y si aumenta la rentabilidad puede tener incidencia en el plazo, a mayor rentabilidad menos plazo?

SR. MARTÍNEZ: *Dependa la rentabilidad con la que quiera cerrar el Concesionario, si el Concesionario decide que la rentabilidad es de 10 con seguridad el plan no hubiera sido 30-40, lo que se amplió sino hubieran sido 100 años, si la rentabilidad hubiera sido de 4, 5, 6, pues con seguridad el plazo hubiera sido distinto.*

DRA. HERNÁNDEZ: *Pero de acuerdo con lo que usted vio en ese modelo.*

SR. MARTÍNEZ: *Cuando el Concesionario entrega su oferta lo que dice es mire, yo aspiro a ganarme una rentabilidad bajo estas condiciones con estos valores que estoy metiendo en este modelo, con seguridad, y se lo digo por puro conocimiento profesional, es que si hubiera tomado la decisión de que se bajara la tasa de renta con seguridad hubiera pedido mayor rentabilidad porque estaba asumiendo un riesgo, entonces lo que hace es cubrirse los riesgos.*

Repito algo que dije y es, el mismo proyecto las mismas cifras con seguridad cada inversionista lo ve de manera distinta, si los ponemos a los dos a competir en una oferta alguno va a decir para mí la rentabilidad que espero es una, y el otro va a decir la rentabilidad que espero es otra porque obviamente cada uno hace su propio análisis de riesgo, entonces la rentabilidad que ellos proponen es una rentabilidad teniendo en cuenta los datos puestos dentro del modelo de renta, etc., si hubiera puesto otros datos con seguridad hubiera dicho no estoy cubierto en ese riesgo, aspiro a una rentabilidad mayor, ese es como el tema.

DRA. HERNÁNDEZ: *Usted nos dice que es común que en una estructuración se tomen en cuenta impuestos que están vigentes al momento del modelo pero que pueden cambiar.*

SR. MARTÍNEZ: *Sí.*

DRA. HERNÁNDEZ: *¿Es muy común?*

SR. MARTÍNEZ: *Muy común.*

DRA. HERNÁNDEZ: *¿Y usted puede recordar algún otro proyecto donde eso se haya hecho?*

SR. MARTÍNEZ: *En todos los que estoy haciendo.*

DRA. HERNÁNDEZ: *¿Y alguno que esté ejecutándose?*

SR. MARTÍNEZ: *Autovía Neiva-Girardot.*

DRA. HERNÁNDEZ: *O sea se toma en cuenta por ejemplo una tasa de impuesto de renta que... (Interpelada)*

SR. MARTÍNEZ: *Por ejemplo hoy tenemos una sobretasa del CREE que en el año 2019 llega a tener*

un impuesto de renta del 43%, lo que hace uno como privado de aquí en adelante es oiga, mantenga una sobretasa o del mismo 9 o del 4.5 o del 5 o del 6, inclusive hay muchos que dan recomendaciones al respecto de eso, y como privado.

Cuando trabajamos como estructuradores del público obviamente el público no puede meter un impuesto distinto al que esté en la Ley porque están del lado del público, pero cuando un concesionario presenta una oferta a la ANI para una APP que además es un modelo que no se conoce, pues él lo que hace es cubrirse en los riesgos que ve que son los riesgos que le genera.

Y voy a salir un poco del tema del riesgo impositivo, un proyecto que tenga un túnel: se van a presentar dos concesionarios, uno tiene experiencia en túneles y el otro no tiene experiencia en túneles, con seguridad el que tiene experiencia en túneles va a ser mucho más competitivo en esa oferta porque obviamente el riesgo que él ve para ejecutar ese túnel es distinto, mientras que el que no conoce pues obviamente se va a cubrir de lo que no sabe hacer.

En el tema impositivo le digo, uno no sabe qué va a pasar con los impuestos, de hecho ya están hablando en la reforma tributaria donde dicen que vamos a pagar impuestos por norma contable que es la norma internacional financiera que seguramente en las concesiones el monto es gigantesco de lo que va a pasar hoy en día, con seguridad como están hoy en día los contratos de 4G a la ANI le va a tocar sacar una plata porque hay un cubrimiento especial de liquidez con respecto a esos impuestos, en fin, cada cual se cubre, pero en las iniciativas privadas no hay un cubrimiento, entonces el Concesionario lo que dice es no, pues si no hay un cubrimiento, y no sé qué vaya a pasar porque al final eso es un tema que es muy difícil prever, pues yo trato de cubrirme de la mejor manera, de la mejor manera pongo una oferta, vuelvo y repito, esta era la oferta del Concesionario a la ANI o hacia el INCO, o sea el INCO debió haber evaluado lo que tenía que evaluar, si le parecía que estaba bien o no estaba bien, entonces ese era el tema del INCO en su momento.

DRA. HERNÁNDEZ: Cuando usted trabajó con la Unión Temporal, la herramienta que usted menciona tomó en cuenta las fechas de inversión que se habían dado hasta ese momento, si habían presentado inversiones o si se había corrido ese... (Interpelada)

SR. MARTÍNEZ: *Acuérdese que cuando se hizo el modelo no había inversiones, el modelo era precisamente para poder evaluar unas inversiones futuras, entonces se pusieron las inversiones como el plan de obras lo estableció, claramente.*

DRA. HERNÁNDEZ: *¿Para ustedes trabajar en esa herramienta tuvieron que estudiar cómo estaba el modelo financiero del contrato principal del que se iba a adicionar?*

SR. MARTÍNEZ: *No, de hecho, como les dije, es una herramienta que es marginal, lo único que teníamos en cuenta es que el contrato se acababa o los ingresos del contrato principal se terminaban en 2019 porque a partir de ahí era la fuente de pago de este contrato adicional porque es que no existe el contrato principal, de hecho, porque en los contratos de segunda generación existe un valor, primera generación sí habían contratos y habían modelos y de hecho eso dio para muchas controversias si el modelo era contractual o no era contractual y por eso en segunda generación se quitaron los modelos para evitarse el problema de que fueran contractuales, entonces al final lo que se le pide al Concesionario cuando se pedía una oferta es dígame cuál es el número de ingreso esperado, hoy se **llama... o sea los ingresos que usted aspira recibir** para poder ejecutar este proyecto en estas condiciones, con estas obligaciones; entonces ese es un poco el planteamiento, pero nunca tuvimos en cuenta el modelo inicial porque primero, no existía, y segundo, era un modelo marginal.*

DRA. HERNÁNDEZ: *Como quiera que para nosotros es muy importante en este proceso conocer lo que se presentó durante la formación del contrato adicional No. 13, ¿nosotros podíamos tener una copia de ese documento que usted le presentó a la Unión Temporal?*

SR. MARTÍNEZ: *Realmente el trabajo se hizo dentro de las oficinas de la Unión Temporal y ahí aceptó el modelo.*

DRA. HERNÁNDEZ: *O sea ustedes como firma **consultora no presentaron... (Interpelada)***

SR. MARTÍNEZ: *No nos quedamos con ninguna copia, lo entregamos y ese fue el modelo porque además entiendo que después se sentaron y negociaron muchas, como les digo seguramente el que yo hice no es el valor final de lo que negociaron, posiblemente subió la obra, bajó la obra, la tasa de crecimiento del tráfico pudo haber sido la misma o*

distinta o ampliaron el plazo, inclusive el modelo permitía meter nuevos ingresos, en fin, muchas cosas, parte del tema era que la herramienta pudiera servir para hacer eso.

DRA. HERNÁNDEZ: No más preguntas, muchas gracias.

(...)

DRA. RUAN: En esa misma línea doctor, y teniendo en cuenta una pregunta que previamente le hizo la doctora Aida Patricia sobre la fijación de impuestos en el ejercicio financiero que usted realizó, le quiero preguntar primero, ¿se fijan impuestos en un ejercicio financiero o se incluye una tasa impositiva para efectos de la modelación?

SR. MARTÍNEZ: Se incluye una tasa impositiva para efectos de la modelación, pero los impuestos no se fijan, pues el impuesto depende de muchas cosas: ingresos, gastos, si el gasto fue mayor, si el ingreso fue menor, si la inversión fue mayor, si el gasto fue menor ahí el impuesto cambia.

DRA. RUAN: ¿Usted sabe o conoce, como estructurador financiero, cuál es la tasa impositiva actualmente vigente en Colombia para este tipo de proyectos?

SR. MARTÍNEZ: Hoy en día con... están alrededor del 40 o 41%, exactamente no sé porque hay una sobretasa que cambia todos los años, pero debe estar en el 41 y en dos años debe llegar al 44 o 43.

DRA. RUAN: ¿El plazo del contrato de concesión, y de manera concreta el adicional No. 13 al contrato de concesión de Malla Vial, se determina por la tasa impositiva o por el comportamiento del tráfico y la recuperación del ingreso esperado?

SR. MARTÍNEZ: Por el comportamiento del tráfico, el ingreso esperado es la suma de los ingresos hacia delante del proyecto y lo que dice el contrato es que en el momento en que se obtenga el ingreso pues se acaba el contrato y es exactamente lo mismo que está pasando en todos los proyectos de tercera, y en los de cuarta ya cambia mucho porque el VPIP es un VPIP garantizado por el Estado, o sea el ingreso es garantizado por el Estado.

(...)

DR. BEJARANO: ¿En el caso de la suscripción del adicional No. 13 no se sabía al momento de la suscripción del acuerdo del contrato adicional No. 13 que iba a producirse un cambio en la tasa del impuesto?

SR. MARTÍNEZ: *Sí, pero tampoco se sabía que íbamos a tener una sobretasa que está llegando a...*
(Interpelado)

DR. BEJARANO: *No, pero mi pregunta es ¿sabían en ese momento que sí iba a producirse un cambio que ya estaba autorizado en la Ley y eso no se tomó en consideración?*

SR. MARTÍNEZ: *Básicamente el Concesionario dijo es muy probable que no lo bajen, entonces dijo voy a seguir. Muchas veces pasa eso, 4x1.000, por poner un ejemplo, el 4x1.000 lo vienen quitando hace 7-8 años, no sé, 9, y hoy en día seguimos en la misma tasa del 4x1.000, el Concesionario en este caso dijo para mí ese es un riesgo alto, prefiero cubrirme.*

Yo creo que aquí hay una cosa que hay que enfocar muy bien y es claro, hay herramientas financieras donde uno dice oiga, para asumir esos riesgos del riesgo/país qué debo hacer, hay un cálculo que es el famoso WACC, con base en ese WACC uno dice oiga, con esa rentabilidad soy capaz de asumir este tema del riesgo/país, la viabilidad de impuestos, etc., porque está contenido dentro de las variables con las cuales se calcula el WACC, en este caso el Concesionario hace una oferta, por debajo del WACC como les digo desde mi punto de vista baja y lo que hace es, para compensar un poco esa rentabilidad se cubren los riesgos, ese es un poco el... que hace uno de ese ejercicio.

Cuánto estoy esperando en rentabilidad cuánto estoy buscando en cubrir, esa es la razón, sin miedo a equivocarme si pusieran el riesgo al 33-34 la rentabilidad jamás va a llegar a ser cerca de lo que en un WACC se calcularía, cuando uno estructura para el Estado hace el cálculo del WACC que además tiene una metodología... determina que ese WACC es X valor y con base en ese WACC cierra el modelo financiero porque obviamente está asumiendo unos riesgos inmersos dentro del riesgo/país, pero cada concesionario dice yo no quiero comerme ese riesgo entonces prefiero bajarme en la rentabilidad.

Hoy inclusive hay algunos que dicen venga, yo veo que el riesgo es muy alto pero además mi rentabilidad tiene que ser muy alta porque veo otro riesgo dentro del proyecto y eso es una decisión de cada cual, al final la rentabilidad de este proyecto estaba entre el 6 y el 7 de los ejercicios que se hicieron y eso era lo que daba un CDT, o sea me voy a ir a meter a hacer un riesgo en un CDT con esa

rentabilidad, ese es el análisis financiero que uno hace, no era mi decisión era una decisión de ellos.

DR. BEJARANO: ¿De quién fue la decisión finalmente?

*SR. MARTÍNEZ: Como le digo es una herramienta y yo me imagino que ellos tomaron una decisión **dentro del...***

DR. BEJARANO: Usted ha dicho que fue asesor de la ANI.

SR. MARTÍNEZ: SÍ''.

Así las cosas, analizados esos soportes precontractuales y de la revisión a las consideraciones y estudios que le fueron aportados no encuentra los siguientes elementos propios del ejercicio del deber de planeación:

1. Razones financieras y precios de mercado que justifiquen o expliquen las necesidades.
2. Justificación técnica o legal diferente a la experiencia del concesionario que explique las razones por las cuales era más eficiente desde la perspectiva económica entregarle el proyecto a la misma UT.
3. Conceptos previos en materia de predios, sociales y ambientales.

Por el contrario, encuentra probado en el trámite que la ausencia del cumplimiento estricto del deber de planeación, en algunos de los requisitos previos, fueron precisamente, los motivos por los cuales no fue posible iniciar el proyecto en el término inicialmente proyectado.

Para mencionar quizá el más evidente, se menciona la comunicación del 24 de agosto de 2006 a menos de un mes de celebrado el contrato adicional No. 13 suscrita por el Director de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (CVC) en la cual manifiesta su preocupación por el trazado de la carretera, por la posible afectación de la reserva Forestal Yotoco. Sin lugar a equivocación es claro que de haberse adelantado un estudio previo ambiental, este problema habría sido previsto desde el inicio y el trámite de la licencia ambiental que llevó al desplazamiento de las obras, no habría tenido ocurrencia. No sobra recordar que para este contrato el riesgo ambiental lo asumió el concesionario, quien ha debido también con diligencia previa, verificar las zonas afectadas por el trazado.

Como consecuencia de esa situación, fue necesario extender el plazo del Contrato Adicional No. 13 y en el curso del mes de Enero de 2008, modificar su trazado vial para incluir un Par Vial de 2.5 kilómetros e incluir como remuneración, el peaje de Loboguerrero, en un proceso en el que también estuvo ausente la planeación del Proyecto.

Evidentemente resulta muy significativa esta incluida en el Otrosí No. 2 modificación por cuanto al evaluar las propuestas o alternativas que le fueron presentadas al INCO en el año 2006 sus asesores³⁹⁹ le recomendaron optar por la alternativa que incluía ese peaje como parte de la remuneración y no obstante esa recomendación, el INCO en el año 2006 optó por la alternativa que remuneraba el Adicional No. 13 con el recaudo de los peajes ubicados en el Contrato Original.

Se observa también que el INCO entregó en concesión a la firma del Contrato una vía que aún no había recibido de INVIAS, toda vez que el Contrato se firmó el 6 de agosto y tan solo el 20 de octubre de 2006 se firmó la **Resolución 007257 "por la cual se autoriza la entrega de una infraestructura vial al Instituto Nacional de Concesiones INCO**

Ahora bien, las mismas consideraciones respecto de la falta de planeación, son predicables de la celebración del Otrosí No.2

El 14 de enero de 2008 mediante memorando dirigido a Miguel David Bonilla Subgerente de Gestión contractual por Fabián Ernesto Moscote Aroca, con base en el concepto de la asesora Sondra Macollins, se da concepto favorable a la viabilidad jurídica del otrosí. No. 2.

Las propias consideraciones al otrosí evidencian las razones que llevaron a suscribir el Otrosí, expresadas por las mismas partes en los siguientes términos:

4. "El Director Regional de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca CVC mediante oficio del 24 de agosto de 2006, recibido en el INCO con radicado No. 0145539 del 19 de septiembre de 2006, manifestó su preocupación relacionada con la afectación a la Reserva Forestal de Yotoco, la cual se vería seriamente afectada con la construcción de la segunda calzada entre Mediacanoa y Loboguerrero"

Y en la consideración No 5 agrega que el INCO mediante oficio No. 011648 del 29 de septiembre de 2006 señaló **lo siguiente:** *"Es mi deseo manifestarle que comparto su preocupación y le manifiesto que ni el diseño ni la construcción de la segunda calzada afectará la Reserva Forestal, la cual se vería seriamente afectada a la Reserva Forestal de Yotoco, lo cual se vería seriamente afectada con la construcción de la segunda calzada entre Mediacanoa y Loboguerrero."*

.....

"12. Que la interventoría, en oficio CIV-SEA-089-2004-738-OP del 8 de enero de 2008, emitió su concepto frente a la solicitud de ampliación de plazo

³⁹⁹ Profesionales de Bolsa cuaderno de pruebas folio 297 y siguientes

del Contrato Adicional No. 13 al Contrato de Concesión No. 005 de 1999, considerando precedente ampliar el plazo de ejecución del citado Contrato Adicional en cinco (5) meses más, teniendo en cuenta la solicitud de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca - CVC- de evitar afectar la Reserva Forestal de Yotoco y que a tal fecha el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial no había expedido la licencia ambiental correspondiente.

13. Que EL CONCESIONARIO, con oficio UTDVVCC-0047-2008, presentó al INCO la propuesta económica y el modelo financiero de Ingreso Esperado para el pago de los estudios y diseños, las obras el fondeo de los fideicomisos, la adquisición de predios y la gestión ambiental y el pago de los costos de operación y mantenimiento de los 2,25 kilómetros a adicionar, así Valor de los Diseños: \$290.850.001 pesos de diciembre de 1997; Valor de las Obras: \$7.882.128.691 pesos de diciembre de 1997; Valor Total Obras y Diseños: \$8.172.978.691 pesos de diciembre de 1997; Valor Estimado para Gestión Predial: \$2.000.000.000 pesos de diciembre de 1997; Valor Estimado para Gestión Ambiental \$3.000.000.000 pesos de diciembre de 1997.

14. Que la Interventoría, con oficio CIV-SEA-089-2004-741-OP del 11 de enero de 2008, emitió su concepto sobre el oficio UTDVVCC-0047-2008, en cuanto a las obras de construcción del Par Vial de la Reserva Forestal de Yotoco, manifestando desde el punto técnico lo siguiente:

- Que la ejecución del citado proyecto, es viable y deberá regirse por las Especificaciones Técnicas del Contrato de Concesión.*
- Que una vez realizada la evaluación entre el trazado original contemplado en el Contrato Adicional No. 13 y el trazado estimado para el Par Vial, se determinó que existe una mayor longitud de 2250 metros lineales, los cuales fueron objeto de la valoración respectiva realizada por dicha interventoría.*
- Que respecto del Valor propuesto por EL CONCESIONARIO para el diseño y construcción de los 2250 metros lineales del Par vial de la Reserva Forestal de Yotoco, la interventoría lo encontró razonable en la cantidad de \$8.172.978.691 de diciembre de 1997, siempre y cuando quede*

establecido que en dicho valor se incluyen 202 metros lineales de puentes vehiculares estimados para este par vial.

15. Que desde el punto de vista financiero, la Interventoría determinó la rentabilidad que EL CONCESIONARIO obtendría por ejecutar las obra adicionales, realizando una inversión de \$13.173.000.000 pesos de diciembre de 1997 y cobrando un ingreso esperado de \$35.025.000.000 pesos de diciembre de 1997. La interventoría determinó la Tasa Interna de Retorno (TIR) de 7.38% E.A, que se (espacio en blanco) a las de captación del sistema financiero colombiano y que es inferior a las obtenidas para otros proyectos de infraestructura recientemente concesionados. Dicho análisis financiero incluye los costos de mantenimiento periódico y rutinario durante todo el periodo de la concesión.”

Se precisa señalar además, que a diferencia de lo pactado en el adicional No. 13, en el cual ambiguamente se expresó la forma de determinar la remuneración, en el otro si No. 2 se indicó la TIR del **proyecto y se señaló que “solo se entenderán como valores de la propuesta presentada por EL CONCESIONARIO los valores correspondientes al monto de la inversión y al ingreso esperado cobrado” manifestación que no se incluyó en el adicional.**

En la propuesta básica presentada por el concesionario se incluyeron igualmente la tasa de impuesto de 38,5 % y el impuesto de timbre **“debiendo cumplir con esta obligación conforme al Artículo 24 del decreto 3050 de 1997.” (cláusula octava del otrosí No. 2)”**

Con base en las anteriores consideraciones y conceptos previos, el día lunes 14 de enero de 2008 (un día hábil después del viernes 11 de enero) se firma el otrosí No. 2 al adicional No. 13 con el objeto de **“modificar el trazado vial establecido para la segunda calzada entre Mediacanoa y Loboguerrero al paso por la Reserva Forestal de Yotoco, paralelo a la vía existente entre el K98+200 y el K103+150, para lo cual EL CONCESIONARIO se obliga realizar bajo su cuenta y riesgo los estudios, los diseños definitivos y la construcción del Par Vial rodeando la Reserva Forestal de Yotoco en una longitud de 7200 metros, obteniéndose como longitud adicional a la inicialmente contratada una distancia de 2250 metros, de acuerdo con la sección establecida en las Especificaciones Técnicas del Anexo No. 1 del Contrato Adicional No. 13 al Contrato de Concesión No. 005 de 1999.”**

Con base en un estudio analítico de los soportes precontractuales que enmarcaron la firma del Contrato Adicional No. 13 y del otro si No. 2 concluye el Tribunal que el principio de planeación no se acata plenamente por el solo hecho de cumplir unos requerimientos documentales para satisfacer formalmente el cumplimiento de la norma. El cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivos los principios de economía y de selección objetiva consagrados en la Ley 80; con un conocimiento real de los precios del mercado, en desarrollo de la política señalada por el Estado para el desarrollo de la infraestructura y con la finalidad de la entidad puede cumplir con su deber de selección objetiva y tener las bases para escoger la propuesta más favorable en términos económicos, como verdaderos soportes que le permitan a la Entidad y al particular ejecutar un contrato en las condiciones más favorables de estabilidad, rentabilidad y eficiencia. Ello es aún más claro, tratándose de actividades que están calificadas como servicio público, porque la indebida planeación se refleja directamente en el bienestar del ciudadano que es finalmente a quien el Estado le debe garantizar la oportuna y eficaz prestación de ese servicio.

Ha sostenido el Consejo de Estado que:

"Dentro de esos parámetros, como se acaba de expresar, se encuentran los estudios previos que, entre otros fines, persiguen cumplir con la obligación de establecer los precios reales del mercado de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista."⁴⁰⁰

Respecto de la relación entre el principio de planeación, el principio de selección objetiva y el principio de economía, señala la doctora PALACIO JARAMILLO:

"Seleccionar objetivamente implica, en primer término, escoger la oferta 'más favorable' para los intereses y fines de la entidad, lo que se constituye en segundo requerimiento. Es claro que lo más favorable no es necesariamente lo mejor en sí mismo considerado, y por tanto, estos dos factores deben analizarse armónicamente. Lo fundamental que debe tener claro la entidad contratante es qué requiere, qué necesita para el

⁴⁰⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 22471.

cumplimiento específico de su misión, y una vez obtenida esta respuesta, determinar cuál de las ofertas es la más favorable a ese propósito. No existe duda en que lo favorable para una entidad puede no serlo para otra, o incluso para la misma en otras circunstancias. Lo interesante de estos dos requerimientos de la ley es la actividad previa a cualquier proceso selectivo, que debe ser desplegada por la administración para su cabal entendimiento y cumplimiento, no vista como un trámite sino en toda su dimensión gerencial pública. La planeación, el conocimiento de la entidad y sus necesidades, la estructuración individual de cada negocio, los requerimientos técnicos y de recursos, la especificidad del servicio a prestar y la mejor forma de viabilizarlo, son aspectos que debe tener presente todo servidor al momento de dar inicio a un proceso de selección.

Para que la entidad contratante pueda saber qué oferta es la más favorable a sus intereses y fines, debe tener absoluta claridad de sus requerimientos y para ello, obviamente, se hace menester tener estudios claros internos del proyecto a realizar, la necesidad a satisfacer, los recursos con que cuenta, su análisis técnico o del área consumidora, los estudios de prefactibilidad y factibilidad, sondeos de mercado, y en fin, contar con la información suficiente e idónea que permita a la entidad la valoración correcta para definir, en cada caso, cuál es el ofrecimiento más favorable para el logro de los fines buscados"⁴⁰¹.

En cuanto a la omisión del deber de libre competencia como consecuencia de la decisión autónoma del INVIAS de entregar la concesión al mismo concesionario, resulta evidente que, si efectivamente el concesionario hubiere tenido un competidor que le hubiere permitido a la Entidad comparar las propuestas, posiblemente en un racional más económico el monto del Ingreso Esperado hubiere sido calculado con unas variables diferentes y la estimación del riesgo tributario se habría comportado diferente.

La Entidad Estatal para la celebración del Contrato Adicional No. 13 se enfrentó ante dos alternativas (i) estructurar adecuadamente el nuevo proyecto para adjudicar el corredor vial Buga- Buenaventura, que comprende la doble calzada "Mediacanoa- Loboguerrero", al

⁴⁰¹ PALACIO JARAMILLO, María Teresa. Selección de contratistas. Revista de Derecho No. 17. Universidad de los Andes. Mayo de 2004. Pág. 91 y 92.

proponente que ofreciera la oferta más favorable para el INCO o (ii) renegociar el Contrato de Concesión No. 005 de 1999 y modificar su objeto contractual para incluir la doble calzada "Mediacanoa-Loboguerrero".

Desde la óptica financiera, la renegociación de los contratos de concesión puede implicar: (i) no realizar aportes estatales, lo que implica que el plazo del contrato se extiende, de manera desproporcionada, dado que los flujos de los peajes existentes están ya comprometidos hasta que se cumpla la obligación inicial, y (ii) realizar aportes estatales, caso en el cual se comprometen recursos del presupuesto nacional al precio que ofrezca el concesionario. En el caso que nos ocupa sucedió el primer supuesto: el plazo del Contrato de Concesión No. 05 se extendió de 20 a 55 años, producto del Contrato Adicional No. 13 y su Otrosí No. 2.

Por las anteriores razones, no le queda duda al Tribunal que la celebración del Contrato Adicional No. 13 y de su otrosí No. 2 estuvieron enmarcadas en total ausencia del verdadero deber de planeación, de libre concurrencia y de economía.

Si efectivamente el Estado tenía la inminente necesidad de construir la vía Mediacanoa Loboguerrero en el año 2006, tenía la posibilidad de acudir a la declaración de urgencia manifiesta, que en todo caso no lo relevaba de la atención y cumplimiento de las normas y procedimientos legales.

El Tribunal estima pertinente transcribir el siguiente aparte de un pronunciamiento del Consejo de Estado sobre el deber de planeación, porque evidencia claramente su ausencia en el Contrato Adicional No 13 y en el otrosí No.2

"(...) es una manifestación del principio de economía que rige los contratos de la administración, en la medida en que su cabal cumplimiento garantiza que la ejecución del futuro contrato, en las condiciones razonablemente previsibles, se adelantará sin tropiezos, dentro de los plazos y especificaciones acordados, puesto que la correcta planeación allana el camino para evitar las múltiples dificultades que se pueden presentar alrededor de las relaciones contractuales de las entidades estatales.

Contrario sensu, el incumplimiento de este deber se traducirá en una errática ejecución contractual, que se enfrentará a diversos obstáculos e inconvenientes, los cuales a su vez se pueden traducir en demoras y sobre costos en la obtención del objeto contractual en cuestión, todo lo cual, obviamente, atenta contra el mencionado principio de economía

*que debe regir en la contratación estatal*⁴⁰² (destacado fuera del texto).

Está probado en el curso de este trámite que el origen de las diferencias que han sido objeto de las pretensiones de la convocante se refieren precisamente a sobrecostos y a demoras que derivan de la errática celebración y ejecución del Contrato, en contra de los principios que rigen la contratación estatal.

Si bien la sola causal objetiva de la transgresión de los límites de adición del contrato sería suficiente para declarar la nulidad, también resultan probadas y evidentes la falta de planeación y la ausencia del proceso licitatorio que como se ha dicho, eran obligatorias para concluir la celebración del Contrato Adicional No 13 y de su otrosi No. 2 conforme a los principios legales y constitucionales que regulan la contratación estatal.

No puede desconocer el Tribunal, que el Consejo de Estado ha sostenido que la sola ausencia del deber de planeación puede en algunos casos no ser suficiente para declarar de oficio la nulidad del contrato estatal, pero resalta que en el caso concreto objeto de análisis es evidente que esa ausencia de atender tal principio, redundó clara y directamente en el clausulado del Contrato Adicional y en su ejecución, que desde el inicio se ha visto rodeado de tropiezos y demoras que le han generado al Estado un evidente perjuicio económico.

Pone de presente adicionalmente, que la celebración del contrato Adicional No. 13 contrariando una norma imperativa de derecho y en ausencia del deber de planeación, no son conductas que puedan predicarse exclusivamente del Estado. El Concesionario, en su calidad de comerciante con experiencia en temas de infraestructura, estaba en el deber de conocer la ley, de estudiar la viabilidad del proyecto y su trazado, y en general de desplegar el profesionalismo y diligencia de un buen hombre de negocios, para realizar en la etapa previa a la celebración del Contrato Adicional No. 13 todas aquellas conductas que condujeran a la celebración de un contrato en el marco de la ley y en beneficio equitativo de los dos contratantes.

No puede entonces concluirse en este caso concreto que la ausencia del deber de planeación o las causas que llevaron a celebrar el Contrato Adicional No. 13, en transgresión de las normas imperativas, obedece exclusivamente a una conducta de la Entidad Estatal sino a lo que se conoce como concurrencia de culpas que da origen a una compensación de responsabilidades.

⁴⁰² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 2 de noviembre de 2011, Exp. 20739, C.P. XX y Sentencia del 20 de octubre de 2014, Exp. 24809, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Con base en las anteriores consideraciones y en cuanto resulta probado en el proceso que el Contrato Adicional No. 13 se celebró en contra de las normas que regulan los principios generales de la contratación pública, específicamente el deber de planeación y de libre concurrencia el Tribunal considera que la omisión de dicho deber también encuadra dentro del supuesto de la celebración del Contrato en contra de una norma imperativa de derecho y contra expresa disposición legal.

Añade además que, en cuanto el deber de planeación le asiste no solamente al Estado sino también al particular que es su colaborador, según ha señalado la Jurisprudencia del Consejo, la declaratoria de nulidad absoluta no obedece a actuaciones exclusivas del Estado, sino a las conductas de imprevisión y falta de diligencia en las que concurren ambas partes en las etapas previas a la celebración del Contrato Adicional No. 13 y posteriormente al Otro si No. 2, conductas que las llevaron a transgredir el derecho público de la Nación con la celebración de actos jurídicos y por ello no es posible afirmar que los hechos o causas que dieron origen a la nulidad son atribuibles a una sola de las partes. Estas consideraciones deben tenerse en cuenta para el reconocimiento y pago de las prestaciones mutuas conforme a los artículos 48 de la ley 80, norma especial para los contratos de tracto sucesivo y 1746 del Código Civil, norma general.

6.4 Efectos de la nulidad declarada

El Tribunal precisa que la declaratoria de nulidad se contrae única y exclusivamente al Contrato Adicional No. 13 celebrado entre el INCO y la UT Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca celebrado el seis de agosto del año 2006 y al Otro si No. 2 celebrado entre las mismas partes el 14 de enero del año 2008.

En consecuencia, el Contrato de Concesión No. 005 de 1999 y los demás Contratos adicionales diferentes al Contrato Adicional No. 13 continuarán en pleno vigor hasta la fecha de su terminación, sin que pueda entenderse que la decisión del Tribunal afecta la validez o eficacia ni del Contrato Principal ni de los demás adicionales u otrosíes.

En su decisión el Tribunal procederá a declarar de oficio la nulidad del Contrato Adicional y los otrosíes Nos. 1, 2, 3 y 4 del Contrato Adicional No. 13. No obstante, no tiene los elementos cuantitativos precisos para proceder a la liquidación del Contrato.

El artículo 48 de la Ley 80 de 1993 dispone:

Artículo 48: La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el

*momento de la declaratoria. Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícito, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio, que ésta hubiera obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para **satisfacer un interés público**”*

Para efectos de la aplicación del artículo 48 citado, se debe tener en cuenta, en primer lugar, que el contrato de concesión encuadra en la categoría de contrato de ejecución sucesiva y específicamente, para determinar el concepto de prestaciones ejecutadas, deberá remitirse al objeto del Contrato Adicional No. 13 modificado por el otrosí No. 2 a dicho Contrato Adicional.

En el análisis conjunto de las normas citadas y en cuanto el artículo 60 de ley 80 de 1993 defiere al acuerdo de las partes los términos y condiciones de la liquidación, considera que, en desarrollo de las normas de contratación, el propio Contrato No. 005/99 incluye una cláusula en la cual convinieron la forma de liquidar el Contrato por causas no imputables a las partes.

Con el propósito de respetar esa voluntad de los contratantes en cuanto a la forma de calcular el monto a que tendría derecho el Concesionario y si bien la declaratoria de nulidad no tiene origen en la decisión conjunta de las partes, pero tampoco es consecuencia del incumplimiento contractual de la ANI o de la UT, el Tribunal considera que el reconocimiento de las sumas por concepto de las prestaciones ejecutadas a que se refiere el artículo 48 de la ley 80 de 1993 debe establecerse con base en la fórmula convenida en el numeral 12.9 transcrito, y en cuanto el numeral 12.10 su contenido expresamente **manifiesta la voluntad inequívoca de incluir en esa liquidación “las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la terminación anticipada, incluyendo sin limitarse a daño emergente, lucro cesante, perjuicios directos e indirectos, presentes y futuros, pérdidas o interrupciones en los negocios, etc.**

En cuanto para el Tribunal la declaratoria de nulidad no tiene como consecuencia ninguna prestación indemnizatoria mutua, la liquidación del Contrato Adicional No. 13 y de los otrosíes Nos. 1, 2, 3 y 4, deberá adelantarse conforme a lo previsto en la Cláusula 12.9 del Contrato y así se dispondrá en la parte Resolutiva de este laudo para efectos de la liquidación del Contrato Adicional No. 13.

En la cláusula 12.9 del Contrato convinieron:

"12.9 TERMINACIÓN POR CAUSAS NO IMPUTABLES A LAS PARTES DURANTE LA ETAPA DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO.

Si en el transcurso de esta etapa, se presenta la terminación anticipada por la ocurrencia de la causal prevista en el numeral 10.9. de la cláusula 10 del presente Contrato, el INVIAS pagará al Concesionario el monto P_g según la fórmula siguiente:

$$P = \left(\sum (A_i - D_i)(1 + r_i) \right) - M + R + D + O_{inv}$$

Donde:

n: año en que se produce la liquidación contado a partir de la iniciación de la ejecución del Contrato.

A_i: Monto del aporte de capital propio realizado por los socios o miembros del Concesionario en el año i en Pesos del año i , de acuerdo con los registros contables de Fideicomiso Principal.

D_i: Monto de los dividendos recibidos por los socios o miembros del Concesionario o de la reducción de capital efectuada en el año i en Pesos del año i , de acuerdo con los registros contables del Fideicomiso Principal.

M: Multas pendientes de pago causadas por mora en el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario, a lo largo del Proyecto hasta el momento de la liquidación, en Pesos del momento de la liquidación.

R: Valor de los bienes no sujetos a reversión según valor en libros.

D: Saldo de la deuda del Concesionario a la fecha de liquidación.

O_{inv}: Obligaciones del INVIAS con el Concesionario pendiente de pago en Pesos del momento de la liquidación.

r_i: Tasa remuneratoria del capital para el año i .

$$r_i = \left((IPC_n / IPC_i)(1 + k)^{(n-1)} \right) - 1$$

donde:

IPC_n: Índice de Precios al Consumidor del mes de diciembre del año anterior en el que se hace la liquidación.

IPC_i: Índice de Precios al Consumidor del mes de diciembre anterior al año i .

K: Tasa remuneratoria anual real del capital.

k=0

Si el monto P_g resulta negativo, el pago deberá hacerse por el Concesionario al INVIAS."

La cláusula 10.9 contempla el supuesto de la terminación por mutuo acuerdo de las partes.

Asimismo, revisado el texto de la cláusula 12.13 y en cuanto como consecuencia de la declaratoria de nulidad la ANI está en la obligación de reconocer y pagar unas sumas a favor del concesionario, el análisis del Tribunal conduce a concluir que en cuanto dicho aparte contiene la **frase amplia de “en cualquier caso de pago directo al Concesionario, en virtud de terminación anticipada del Contrato” se deberán aplicar los plazos establecidos en dicha cláusula para el pago.**

"12.13. En cualquier caso de pago directo al Concesionario, en virtud de la terminación anticipada del Contrato, el INVIAS tendrá un plazo de dieciocho (18) meses para pagar el cincuenta por ciento (50%) del monto correspondiente, y un año adicional para el pago del saldo remanente. Durante estos periodos se causarán intereses equivalentes a la tasa de interés promedio del saldo de la deuda vigente del Proyecto en COLS. A la fecha de liquidación. En caso de haberse pagado la deuda, el INVIAS reconocerá un interés del DTF más tres puntos porcentuales (3%) sobre los saldos adeudados. Vencidos estos términos se causarán intereses de mora de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 52 de este Contrato."

Por último, en cuanto el recaudo del Peaje de Loboguerrero que había sido cedido a favor del concesionario para el pago de las obras contempladas en el Otrosi No. 2 al Contrato adicional No. 13 fue objeto de reversión mediante documento firmado por las partes el día 23 de enero del año 2014, en cuanto las partes declararon que el Ingreso esperado se había alcanzado se precisa que la nulidad no se extiende a los acuerdos celebrados entre las partes en relación con el Peaje de Loboguerrero.

7. El Contrato Adicional No. 13.

7.1. Las Pretensiones

La Convocante en su documento de reforma integrada de la reforma formuló las siguientes pretensiones:

1. Declarar que el contrato de concesión No. 005 de 1999 celebrado entre la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI- (antes Instituto Nacional de Vías – INVIAS) y la Unión Temporal Desarrollo Vial del Calle

del Cauca y Cauca, fue adicionado con el contrato adicional No. 13, y este último modificado con el otrosí No. 2.

2. Declarar que los modelos financieros del contrato adicional No. 13 y su otrosí No. 2, relacionados con el contrato No. 005 de 1999, están contenidos en diferentes propuestas presentadas por la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca denominadas presupuesto (considerando No. 6 adicional No. 13) (cláusula 13 adicional No. 13) y

3. Declarar que existió un desplazamiento en el cronograma de ejecución de las obras dentro de la etapa de construcción, mejoramiento y rehabilitación del contrato de concesión No. 005 de 1999, sus adicionales y otrosíes.

4. Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión inmediatamente precedente se declare que el desplazamiento en el cronograma de ejecución de las obras de la etapa de construcción, mejoramiento y rehabilitación del adicional No. 13 y su otrosí No. 2, ocasionó un beneficio financiero a la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y un correlativo empobrecimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI.

5. Declarar que los modelos financieros adoptados en el contrato adicional No. 13 y Otrosí No. 2, relacionados con el contrato de concesión No. 005 de 1999, son nulos por ser contrarios a las leyes entonces vigentes para el momento en que se suscribió cada uno de estos actos, en cuanto ambos incluyeron una tasa de renta del 38.5%, superior a la legalmente autorizada, y en cuanto el otrosí No. 2 al adicional No. 13 no incluyó la deducción por activos fijos, como entonces lo ordenada el artículo 158-3 del estatuto tributario.

a. En subsidio de la anterior pretensión, solicito declarar que los modelos financieros adoptados en el contrato adicional No. 13 y el otrosí No. 2, relacionados con el contrato de concesión No. 005 de 1999, son contrarios a las leyes entonces vigentes para el momento en que se suscribió cada uno de estos actos, en cuanto ambos incluyeron una tasa de renta de 38.5% superior a la legalmente autorizada, y en cuanto al otrosí No. 2 al adicional No. 13 no incluyó la deducción por activos fijos, como entonces lo ordenaba el artículo 158-3 del estatuto tributario.

6. Como consecuencia de la pretensión inmediatamente anterior declarar que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI debió reconocerle a la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca un mayor valor del ingreso esperado al que realmente estaba obligada a reconocerle.

7. Declarar que los modelos financieros adoptados en el contrato adicional No. 13 y el otrosí No. 2, relacionado con el contrato de

concesión No. 005 de 1999, no incluyeron las amortizaciones y las depreciaciones de las inversiones.

8. Como consecuencia de la prosperidad de la pretensión inmediatamente precedente declarar que la base definida para pagar el impuesto de renta resultó siendo mucho mayor de la que realmente debió tener en cuenta.

9. Declarar que el modelo financiero del otrosí No. 2 al adicional No. 13 del Contrato de Concesión No. 005 de 1999, incluyó una tasa de pago del impuesto de timbre para el periodo restante de la obtención del ingreso esperado, no obstante que el parágrafo segundo del artículo 519 del Estatuto Tributario modificado por el artículo 72 de la ley 1111 de 2006, entonces vigentes ya había dispuesto una disminución gradual de la referida tasa que a partir del 2010 en adelante ha sido cero por ciento (0%).

10. Declarar que los modelos financieros elaborados para la suscripción del Adicional No. 13 y el Otrosí No. 2, ocasionaron un desproporcionado aumento del ingreso esperado de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, lo cual implica y genera el rompimiento de la ecuación financiera del contrato en perjuicio de la Agencia Nacional de Infraestructura.

11. Que como consecuencia de la prosperidad de todas las pretensiones 3, 5, 7, 8 y 9 una o alguna de ellas, se declara que la ecuación financiera del Adicional No. 13 y el Otrosí No. 2 del contrato 005 de 1999, se desequilibró en menoscabo de los derechos de la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI- y en un beneficio financiero injustificado de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca.

12. Que como consecuencia de la pretensión precedente se declare que el ingreso esperado del contrato adicional No. 13 no es de \$4.881.679 MM de diciembre de 1997 sino que debe reducirse a \$2.445.055 MM de diciembre de 1997.

13. Que como consecuencia se declare que el ingreso esperado del Otrosí No. 2 del Contrato Adicional No. 13 no es de \$35.025 MM de diciembre de 1997, sino que debe reducirse a \$22.795 MM de diciembre de 1997.

14. Que para restablecer el equilibrio de la ecuación financiera del adicional No. 13 y el otrosí No. 2 del contrato 005 de 1999, el laudo defina e imponga un modelo financiero adecuado a las reales condiciones financieras y tributarias, que determine el real y justo ingreso esperado a que tiene derecho la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca.

a. En subsidio de la anterior pretensión, solicito que en cuanto se refiere al ingreso esperado del otrosí No. 2, se condene a la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, a la sociedad Pavimentos de Colombia S.A.S. y los señores Carlos Alberto Solarte Solarte, Gabriel David Solarte Viveros, Luis Fernando Solarte Viveros y Diego Alejandro Solarte Viveros, Nelly Daza de Solarte, María Victoria Solarte Daza y Luis Fernando Solarte Marcillo, a pagar en forma solidaria a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI-, dentro de los cinco días siguientes al laudo que le ponga fin a este proceso la suma de \$doce mil doscientos treinta millones de pesos de diciembre de 1997 (\$12.230.000.000.00), la cual se actualizará desde diciembre de 1997 y hasta la fecha del laudo, más los intereses comerciales moratorios a la más alta legal autorizada en la ley que se causen desde cuando se hicieren exigibles y hasta cuando el pago se realice, por concepto de la indemnización a que tiene derecho la Agencia Nacional de Infraestructura para establecer el equilibrio financiero del otrosí No. 2 del adicional No. 13 del contrato 005 de 1999. No sé si es necesario volver a transcribirlas.

Con el fin de pronunciarse sobre las anteriores pretensiones que fueron coadyuvadas por la Agencia de Defensa Jurídica del Estado el Tribunal las dividirá en cuatro grupos diferentes, pero relacionados entre sí.

1. La celebración del Contrato Adicional No. 13 y del Otrosí No, 2.
2. El Desequilibrio económico del Contrato por efectos tributarios
- 3 El Otrosí No 2 al Contrato Adicional No. 13.
4. El Desequilibrio económico por Desplazamiento del Cronograma de Obra del Adicional No. 13

7.1. Antecedentes y naturaleza del Contrato Adicional No. 13

Como quiera que al analizar el punto relativo a la nulidad el Tribunal hizo un amplio análisis de los antecedentes del Contrato Adicional No. 13, se remite a ese aparte respecto de los puntos generales e incluirá en este capítulo aquellos que tienen relación con el ejercicio financiero y sus efectos en la remuneración.

7.1.1. El ejercicio financiero y la propuesta del concesionario para la celebración del Adicional No. 13.

El objeto de las controversias sometidas a consideración de este Tribunal ha sido, como punto principal, el efecto que podría tener en la remuneración y en el equilibrio económico del contrato adicional No. 13 el hecho de haber incluido en el ejercicio que sirvió de base para aceptar la propuesta del concesionario una tasa de renta de 38,5% constante

durante la vigencia del Contrato Adicional No. 13 y haber excluido de ese ejercicio el efecto de las depreciaciones y amortizaciones de los activos.

Para la Entidad Convocante, las consecuencias de esta situación afectan **la economía del contrato por "el impacto que se genera a favor del concesionario y en perjuicio económico de la ANI"**.

En el capítulo referente a la planeación de los contratos estatales, el Tribunal ha abordado el estudio de los documentos y estudios previos a la celebración del Contrato y se remite a ese aparte para la revisión, en lo pertinente, sobre los efectos de los antecedentes en la formación del contrato y en la determinación de la remuneración.

Respecto de los elementos utilizados por los contratantes para determinar la remuneración se ha establecido en el presente proceso, que el monto del ingreso esperado tuvo origen en una propuesta del Concesionario que incluía un ejercicio financiero (comunicación de Julio 6 de 2006) y la revisión que de esa propuesta hicieron los asesores del INCO.

Con base en el ejercicio financiero presentado, se negoció y suscribió la cláusula Décima Tercera del Contrato Adicional:

'CLAUSULA DECIMA TERCERA" VALOR INGRESO

ESPERADO Será de Cuatro Billones ochocientos ochenta y un mil seiscientos setenta y nueve millones de diciembre de 1997 (\$4.881.679.000.000). Este valor disminuirá en la medida en que la financiación de las inversiones de EL CONCESIONARIO, objeto de (sic) presente Contrato se efectúe, además, con aportes anuales del Presupuesto General de la Nación, mediante el compromiso de vigencias futuras y/o cesión de recaudo de peaje de la estación Loboguerrero y/o incremento tarifario de las estaciones de peaje de la malla vial. PARAGRAFO: El valor del ingreso esperado será determinado como resultado del ejercicio financiero presentado por EL CONCESIONARIO, mediante oficio UTDVVCC 1056 de Julio 6 de 2006 donde se define la Tasa Interna de Retorno, para cada una de las tres alternativas **propuestas y/o cualquier combinación de éstas"**.

La redacción de esta cláusula en concepto del Tribunal es especialmente ambigua, porque no aparece reflejado ningún criterio de la entidad para definir la alternativa por la cual finalmente optó y ni siquiera señala en su texto que finalmente su decisión se inclinó hacia la alternativa No. 2.

Esa conclusión surge del análisis del contenido de la alternativa No. 2 porque las cifras coinciden con el valor del Ingreso Esperado.

En concordancia con la mencionada cláusula y por la relación que existe entre el Ingreso Esperado y el Plazo del Contrato, las partes convinieron también:

"CLAUSULA DECIMA El término de ejecución del Contrato de Concesión 005 de 1999 será el allí previsto y hasta 35 años más"

Estos 35 años resultan sin lugar a dubitación alguna de la escogencia de la alternativa No. 2

"CLAUSULA DECIMA PRIMERA

"El valor del presente Contrato Adicional se estima en la suma de doscientos treinta y un mil ochocientos cincuenta y cinco millones noventa y ocho mil trescientos noventa y siete pesos de diciembre de 1997 (\$231.655'098.397), correspondiente a la inversión que ejecutará EL CONCESIONARIO en cumplimiento del objeto señalado en la Cláusula Primera, el cual se discriminan en la siguiente forma:

<i>ITEMS</i>	<i>Valor en pesos de Diciembre de 1997</i>
<i>Valor de la Construcción</i>	<i>210.190'098.397</i>
<i>Valor de los Diseños</i>	<i>7.756'000.000</i>
<i>Fondeo Fideicomiso Predios</i>	<i>7.727'000.000</i>
<i>Fondeo Fideicomiso Licencias Ambientales</i>	<i>5.152'000.000</i>
<i>Fondeo Fideicomiso Gestión Social</i>	<i>1.030'000.000</i>
<i>Valor Total del Contrato</i>	<i>231.855'098.397</i>

Para efectos fiscales, el valor del presente Contrato Adicional es indeterminado

CLAUSULA DECIMA SEGUNDA

"Como contraprestación de las actividades objeto del presente Contrato Adicional, EL CONCESIONARIO obtendrá la amortización de sus inversiones con los derechos de recaudo de los Peajes existentes en el Proyecto Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca, incluyendo el peaje de Loboguerrero en el evento de la cesión de los derechos de recaudo de este. No obstante lo anterior, la remuneración de las actividades objeto del presente Contrato podrán imputarse, además, a aportes del Presupuesto General de la Nación Mediante el compromiso de vigencias futuras."

Tampoco resulta clara la redacción de la cláusula décima segunda en cuanto a la forma de pago porque señala que EL CONCESIONARIO obtendrá la amortización de las inversiones con los derechos de los Peajes existentes en el Proyecto Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca **"incluyendo el Peaje de Loboguerrero en el evento de la cesión de los derechos del recaudo de éste"** y más adelante señala que **"la remuneración de las actividades objeto del presente Contrato podrán imputarse, además, a aportes anuales del Presupuesto General de la Nación"**. Así, en concordancia con lo dispuesto por la cláusula décimo tercera parecería las partes dejaron abiertas la posibilidad de modificar la forma de remuneración a las otras alternativas que fueron sometidas a consideración de la Entidad Estatal.

7.4 El otrosí No. 2 al adicional No. 13

Mediante comunicación de enero 11 de 2008 la UT pone en consideración del INCO la propuesta financiera para la construcción del par vial de Yotoco integrando en el modelo financiero el cobro del peaje de Loboguerrero, a partir de enero de 2010, que comprende un anexo con el flujo de caja libre y un cuadro resumen.

El mismo 11 de enero de 2008 el Consorcio Intervalle, interventor del Proyecto, emite **concepto técnico y financiero y determinó** "la rentabilidad que éste obtendría por ejecutar las obras adicionales, realizando una inversión de 13.173.000.000 (\$ de 1997) y cobrando un ingreso esperado de 35.025.000.000 determinando la TIR a partir del flujo de caja presentado en la propuesta, obteniéndose los resultados que se detallan a continuación:

AÑO	FCL ANUAL (\$ CTES)	TIR
2008	-\$4.387,02	
2009	-\$3.026,69	
2010	\$1.603,00	
2011	\$1.651,14	
2012	\$1.700,01	-14,14%
2013	\$1.594,56	-3,91%
2014	\$2.659,98	5,94%
2015	\$576,25	7,38%

El resultado obtenido fue del 7,30% E.A. tasa que se ajusta a las de captación del sistema financiero colombiano, e inferior a las obtenidas **para otros proyectos de infraestructura recientemente concesionados"**

Es importante mencionar que el Ingreso Esperado proviene del Peaje de Loboguerrero a partir de Enero de 2010.

Agrega además que "Al momento de elaborar el otro si se debe destacar que el flujo presentado por el concesionario se tomó como referencia y que solo se entenderán como valores de la propuesta, los valores correspondientes al monto de la inversión y al ingreso esperado".

Las consideraciones expuestas en el capítulo en el cual se analizó la nulidad son aplicables al otro sí No. 2, por cuanto denotan nuevamente la ausencia del deber de planeación.

Respecto de la tasa de impuestos, de la ausencia de la deducción por activos fijos y de la inclusión del impuesto de timbre se precisa señalar que efectivamente, en la propuesta que fuera presentada por el Concesionario se incurre nuevamente en la conducta de incluir dentro de los impuestos a cargo de concesionario el correspondiente al impuesto de timbre, cuando en la realidad este tributo se había ido desmontando gradualmente hasta llegar a una tarifa del 0% en el año 2010 y la sobretasa del 10% en el impuesto sobre la renta prevista por el artículo 7 de Ley 863 de 2003 tuvo vigencia únicamente hasta el año 2006, volviendo entonces la tarifa del Impuesto de 38,5% al 35% para el año gravable 2007 y siguientes, incluyendo el año 2008, por supuesto.

En esta oportunidad nuevamente la Entidad Estatal tuvo la posibilidad de conocer y revisar la propuesta presentada y la rentabilidad del Concesionario fue igualmente calculada con base en esas variables.

En efecto en la cláusula 49 del Contrato 005 se establece que la carga de asumir y pagar el impuesto de timbre del Contrato es del Concesionario.

La inadvertencia o falta de diligencia de la Entidad Estatal, una vez más, al revisar la propuesta del Concesionario en este punto particular efectivamente le genera, como se sostuvo anteriormente, un aumento de la rentabilidad al Concesionario, pero esta circunstancia se repite, no encuadra dentro de los supuestos legales y jurisprudenciales para subsumirse en la ocurrencia de un evento de desequilibrio contractual.

En este supuesto, el documento contractual tiene por objeto la modificación del objeto inicialmente contratado en el adicional No. 13 para incluir un par vial destinado a proteger la reserva forestal de Yotoco y la modificación del ingreso esperado en el sentido de incluir dentro de la remuneración el derecho al recaudo de Loboguerrero que había sido excluido en la alternativa No. 2 que sirvió de base para la determinación del ingreso esperado.

A este respecto el Tribunal pone de presente que la inclusión del Peaje de Loboguerrero representaba para el concesionario el derecho adicional a recaudar ese peaje y que esa era precisamente la alternativa que le habían recomendado los asesores del INCO al tiempo de adoptar la decisión de celebrar el Contrato Adicional No. 13.

Según se observa en los antecedentes que sirvieron de base para adoptar la decisión de modificar el Adicional No. 13 para incluir el otrosí

No. 2, las causas invocadas tienen origen en las diversas comunicaciones que fueron enviadas por la Entidad ambiental del Valle del Cauca, que casi inmediatamente a la celebración del Contrato Adicional No. 13 manifestó su preocupación por el trazado de la Doble calzada objeto de adición en cuanto afectaba la denominada Reserva de Yotoco.

En consecuencia, luego de casi dos años de celebrado el Contrato adicional No. 13 y de comunicaciones reiteradas de la UT para ampliar el plazo de inicio de la etapa de construcción, las partes convinieron en la modificación del diseño inicial para incluir un par vial de 2,5 kilómetros que sería cancelado con el recaudo del peaje de Loboguerrero y cuya remuneración se calculó por el Concesionario en la suma de \$35.025.000.000. En documento suscrito por las partes (Otrosí No. 9 al contrato) se convino que el peaje de Loboguerrero se revertía al INCO por haberse alcanzado el Ingreso Esperado tal y como se precisó en el capítulo relacionado con la nulidad este otro sí al contrato continua en plena vigencia por cuanto no está viciado de nulidad.

En cuanto al Otrosí No. 2 al Contrato Adicional mencionado, se observa que, mediante comunicación de enero 11 de 2008 la UT pone en consideración del INCO la propuesta financiera para la construcción del par vial de Yotoco integrando en el modelo financiero el cobro del peaje de Loboguerrero, a partir de enero de 2010, que comprende un anexo con el flujo de caja libre y un cuadro resumen.

El mismo 11 de enero de 2008 el Consorcio Intervalle, interventor del Proyecto, emite concepto técnico y financiero y **determinó "la rentabilidad que éste obtendría por ejecutar las obras adicionales, realizando una inversión de 13.173.000.000 (\$ de 1997) y cobrando un ingreso esperado de 35.025.000.000 determinando la TIR a partir del flujo de caja presentado en la propuesta, obteniéndose los resultados que se detallan a continuación:**

AÑO	FCL ANUAL (\$ CTES)	TIR
2008	-\$4.387,02	
2009	-\$3.026,69	
2010	\$1.603,00	
2011	\$1.651,14	
2012	\$1.700,01	-14,14%
2013	\$1.594,56	-3,91%
2014	\$2.659,98	5,94%
2015	\$576,25	7,38%

El resultado obtenido fue del 7,30% E.A. tasa que se ajusta a las de captación del sistema financiero colombiano, e inferior a las obtenidas **para otros proyectos de infraestructura recientemente concesionados"**

Es importante mencionar que el Ingreso Esperado proviene del Peaje de Loboguerrero a partir de Enero de 2010.

Agrega además que **“Al momento de elaborar el otro si se debe destacar que el flujo presentado por el concesionario se tomó como referencia y que solo se entenderán como valores de la propuesta, los valores correspondientes al monto de la inversión y al ingreso esperado”.**

Las consideraciones expuestas en el capítulo en el cual se analizó la nulidad son aplicables al otro sí No. 2, por cuanto denotan nuevamente la ausencia del deber de planeación.

Respecto de la tasa de impuestos, de la ausencia de la deducción por activos fijos y de la inclusión del impuesto de timbre se precisa señalar que efectivamente, en la propuesta que fuera presentada por el Concesionario se incurre nuevamente en la conducta de incluir dentro de los impuestos a cargo de concesionario el correspondiente al impuesto de timbre, cuando en la realidad este tributo se había ido desmontando gradualmente hasta llegar a una tarifa del 0% en el año 2010 y la sobretasa del 10% en el impuesto sobre la renta prevista por el artículo 7 de Ley 863 de 2003 tuvo vigencia únicamente hasta el año 2006, volviendo entonces la tarifa del Impuesto de 38,5% al 35% para el año gravable 2007 y siguientes, incluyendo el año 2008, por supuesto.

En esta oportunidad nuevamente la Entidad Estatal tuvo la posibilidad de conocer y revisar la propuesta presentada y la rentabilidad del Concesionario fue igualmente calculada con base en esas variables.

En efecto en la cláusula 49 del Contrato 005 se establece que la carga de asumir y pagar el impuesto de timbre del Contrato es del Concesionario.

La inadvertencia o falta de diligencia de la Entidad Estatal, una vez más, al revisar la propuesta del Concesionario en este punto particular efectivamente le genera, como se sostuvo anteriormente, un aumento de la rentabilidad al Concesionario, pero esta circunstancia se repite, no encuadra dentro de los supuestos legales y jurisprudenciales para subsumirse en la ocurrencia de un evento de desequilibrio contractual.

En este supuesto, el documento contractual tiene por objeto la modificación del objeto inicialmente contratado en el adicional No. 13 para incluir un par vial destinado a proteger la reserva forestal de Yotoco y la modificación del ingreso esperado en el sentido de incluir dentro de la remuneración el derecho al recaudo de Loboguerrero que había sido excluido en la alternativa No. 2 que sirvió de base para la determinación del ingreso esperado.

A este respecto el Tribunal pone de presente que la inclusión del Peaje de Loboguerrero representaba para el concesionario el derecho adicional a recaudar ese peaje y que esa era precisamente la alternativa

que le habían recomendado los asesores del INCO al tiempo de adoptar la decisión de celebrar el Contrato Adicional No. 13.

Según se observa en los antecedentes que sirvieron de base para adoptar la decisión de modificar el Adicional No. 13 para incluir el otrosí No. 2, las causas invocadas tienen origen en las diversas comunicaciones que fueron enviadas por la Entidad ambiental del Valle del Cauca, que casi inmediatamente a la celebración del Contrato Adicional No. 13 manifestó su preocupación por el trazado de la Doble calzada objeto de adición en cuanto afectaba la denominada Reserva de Yotoco.

En consecuencia, luego de casi dos años de celebrado el Contrato adicional No. 13 y de comunicaciones reiteradas de la UT para ampliar el plazo de inicio de la etapa de construcción, las partes convinieron en la modificación del diseño inicial para incluir un par vial de 2,5 kilómetros que sería cancelado con el recaudo del peaje de Loboguerrero y cuya remuneración se calculó por el Concesionario en la suma de \$35.025.000.000. En documento suscrito por las partes (Otrosí No. 9 al contrato) se convino que el peaje de Loboguerrero se revertía al INCO por haberse alcanzado el Ingreso Esperado tal y como se precisó en el capítulo relacionado con la nulidad este otro sí al contrato continua en plena vigencia por cuanto no está viciado de nulidad.

Con base en las anteriores consideraciones generales sobre el Adicional No. 13 y el Otrosí No. 2, se precisa que las diferencias a consideración de este Tribunal se contraen sin embargo a dilucidar tres puntos:

1. Si el ejercicio presentado tiene el alcance de modelo contractual vinculante para las partes;
2. Los efectos jurídicos de la inclusión de la tasa de renta y de la exclusión de las amortizaciones y depreciaciones en el ejercicio financiero y las consecuencias de que la entidad estatal lo hubiere aceptado así.
3. El eventual desequilibrio del contrato como consecuencia de la tasa incluida en los ejercicios del concesionario.

7.1.2. La naturaleza jurídica del ejercicio

La primera inquietud se predica respecto de la naturaleza jurídica del ejercicio financiero como anexo de una propuesta entregada por el concesionario. Mientras la entidad Convocante señala que el ejercicio es un modelo financiero vinculante y que como tal la inclusión de esas tasas lleva de suyo implícita su nulidad por contrariar una norma imperativa de derecho, para las convocadas se trata simplemente de

una proyección no vinculante que es consecuencia de una decisión consciente y voluntaria del particular de cubrir un riesgo que había asumido contractualmente, que es propio del Estado y respecto del cual no existe disposición legal alguna que le imponga el deber de reflejar en esa propuesta la tasa vigente en esa fecha, por tratarse de una estimación de variables que en el transcurso del tiempo y durante la ejecución contractual para incrementarse o decrecer, consecuencia que en cualquier caso, debe asumir el particular porque retuvo esa contingencia.

Ya ha señalado el Tribunal al hacer el análisis general del Contrato 005 de 1999, aplicable al Adicional No. 13, por la naturaleza del Contrato de Concesión de segunda generación no se incluye un modelo financiero vinculante para las partes, porque la remuneración a la cual tiene derecho el concesionario está referida exclusivamente al concepto de ingreso Esperado.

En efecto, ha señalado la justicia arbitral en reciente laudo *que* **“las partes tienen claro que Modelo Financiero es un instrumento contractual dinámico en el sentido de que su comportamiento depende del que a su vez observen las diferentes variables que constituyen sus insumos o factores y que no solo desde el punto de vista de su cuantía, si no desde el que tiene que ver con la oportunidad temporal en que ocurran”**⁴⁰³

En aquellos contratos de concesión que incluyen un Modelo Financiero la decisión de elevarlo a la categoría de cláusula contractual con efectos vinculantes no surge de la interpretación o la decisión unívoca de una parte porque esa decisión es objeto de manifestación de las partes de otorgarle efectos jurídicos a ese modelo y por esa misma razón es objeto también de pacto contractual el listado de variables que interviene en el respectivo modelo tanto macro económicas como de ingresos y egresos.

Por ello es preciso distinguir entre el ejercicio financiero elaborado unilateralmente por una de las partes como base para un cálculo y estimación de unas variables y un modelo financiero vinculante cuyas variables se revisan periódicamente para derivar de esa revisión un efecto contractual.

En los contratos de concesión de segunda generación se reitera, no se pactó un modelo contractual.

En los testimonios de los señores Alonso Castellanos, y Juan Manuel Martínez, y en las audiencias de contradicción de los dictámenes los testigos y peritos dijeron sobre el particular:

⁴⁰³ Tribunal de Arbitramento Integra de Colombia S.A.S, Castro Tsherassi S.A., Civilla S.A., Ofinsa Inversiones S.A.S., Equipo Universal S.A., G4S Secure Solutions S.A. (G4S) y Mincivil S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura, 6 de octubre de 2016, página 58.

Contradicción Alonso Castellanos.

"DRA. RUÁN: Entonces doctor cómo se explica que usted corrigió por factores asociados a riesgos... a cargo del Concesionario?

SR. CASTELLANOS: En el momento en el cual se pactó el adicional 13 existía una normativa tributaria muy clara en la cual, si me permiten, se establecía que la tasa de impuesto a la renta en Colombia era de 35% y tenía una sobre tasa temporal con plazo definido del 10% que la hacía elevarse al 38.5%, y cuya vigencia equivalía al 10% y vencía en el año 2006.

Cuando revisamos el ejercicio encontramos que se había hecho la proyección como si la tasa del 38.5% fuese a aplicar de manera permanente, era una ley con una vigencia específica y clara, no era una norma **que luego se cambió... era claro que expiraba en ese momento.** Por lo tanto procedemos a hacer corrección adecuada.

Quiero referirme al aspecto de riesgos y mitigación de riesgo que es bastante árido pero creo que es bien importante para este tema, la teoría que se aplica en Colombia desde hace muchos años ha sido contemplada en varios pronunciamientos del Compes, luego del Confis, Planeación Nacional, diversas leyes y decretos, dice que el riesgo se le debe asignar a aquella parte mejor capacitada para manejarlo, y existen unos mecanismos de mitigación, mitigar el riesgo en términos financieros se refiere a tomar medidas que nos permitan poder compensar la posible materialización de un riesgo en un momento, y más adelante me referiré a eso.

Sin embargo, hay una diferencia muy grande entre mitigar un riesgo y transferirlo a la contraparte, qué sucedió acá, se utilizó una tasa que no existía, decir que voy a utilizar una tasa del 38.5% para un plazo en el cual tengo claridad en ese momento de que la tasa es 35%, es erróneo, no tiene ningún sustento, no es ni puede ser una medida de mitigación. De hecho constituye en nuestra opinión financiera una modificación de la matriz de riesgos, en qué sentido: cuando una parte dice: yo le voy a cobrar a usted un dinero que me permita cubrir mis costos y esos costos incluyen un impuesto que yo no voy a pagar.

Yo lo que estoy haciendo efectivamente es decir: señor, págume por ese costo aún si no se materializa, como en efecto no se materializó, porque la base con la cual se definió el ingreso esperado era en buena parte los egresos del Concesionario y aquí

*se le está remunerando por un egreso que sabía que no iba a tener, no había ninguna razón válida financieramente para incluirlo e hizo que la remuneración que recibía por medio de ingreso esperado le pagara ese ingreso, repito nuevamente, aún en el evento de que tal como sucedió no se materializara, en nuestra opinión fue un error hacerlo de esa manera y no tiene justificación financiera ni **bajo la teoría de... riesgos.***

DRA. RUÁN: Pero usted dice doctor, yo quiero entender que como en efecto no se materializó, y estamos hablando de un riesgo tributario a cargo del Concesionario.

SR. CASTELLANOS: Sí señora.”

(...)

"DRA. HERNÁNDEZ: ¿Nos puede explicar qué entiende por modelo financiero del contrato del 99?

SR. CASTELLANOS: Nuevamente, entiendo que hubo un modelo financiero en el 99, pero hasta donde entiendo no tiene la connotación de modelo contractual como había en la primera generación en la cual se pactaba específicamente que las diferencias se resolverían con base en ese modelo, las cuales muchas están en tribunales de arbitramento por motivos similares, en el del 99 original debería, presumo, debió haber un modelo financiero del concesionario cuando presentó su oferta y del INCO en ese momento cuando estructuró el negocio, nosotros nos concentramos fue en el 13 que ese bacilo en utilizar la palabra, consideramos que era más contractual en el sentido de que fue la génesis de la modificación, fue la manera como se calcularon los términos financieros de la modificación.

DRA. HERNÁNDEZ: ¿Entonces si queremos consultar el modelo financiero del otrosí número 13, del modificadorio número 13, tenemos que simplemente verificar los documentos que se surtieron entre las partes en la etapa precontractual?

SR. CASTELLANOS: Parecería atinado, pero ya no es una respuesta de tipo financiero.

DRA. HERNÁNDEZ: ¿Financieramente para establecer la remuneración, la forma en qué se pactó, los componentes, qué debemos consultar?

SR. CASTELLANOS: Los documentos que las partes acuerden y consideren pertinentes, nosotros trabajamos sobre la base de un modelo que presumimos era un modelo correcto conocido por las partes y que reflejaba lo que habían hecho, los documentos firmados con base en ese modelo,

particularmente la modificación adicional número 13 y los soportes que hayan tenido estos documentos. (...)"

Testimonio Juan Manuel Martínez.

"DRA. MESA: ¿En la elaboración o en la revisión que usted hizo de ese modelo recuerda si hubo la oportunidad de conocer modelos o documentos anteriores de la estructuración de ese contrato o simplemente se refirió al otrosí?"

SR. MARTÍNEZ: De hecho vale la pena mencionar que este es un modelo que desde el punto de vista lo llamamos un modelo marginal, marginal por qué, porque el modelo inicial del proyecto de concesión no se conoce, eso es parte de la política de la segunda generación de concesiones, en la segunda generación de concesión no existe un modelo anexo dentro del contrato de concesión cosa que sí pasaba en la primera generación de concesiones, entonces pues no existía específicamente un modelo donde uno pudiera arrancar entonces por eso se hizo un modelo marginal, qué es un modelo marginal, un modelo donde se ponen unas inversiones que son las inversiones nuevas, los nuevos costos y los ingresos que se empiezan a generar con respecto al marginal. De acuerdo con este proyecto obviamente los ingresos se empiezan a generar a partir del 2019 porque era la fecha en la que se tenía estimado que se obtuviera el ingreso esperado del contrato original, por eso se llama marginal, entonces nunca se tocó ese modelo inicial, primero, no existía y lo segundo, porque era muy difícil conocer los datos para construirlo en su momento, ese es un tema clave."

En conclusión, en concepto del Tribunal el ejercicio que sirvió de base para determinar el ingreso esperado no tiene la entidad de ser un modelo financiero contractual, pero si es la base para remunerar las nuevas obras objeto de la adición para el nuevo tramo Mediacanoa Loboguerrero, porque el concesionario, en su propuesta estimó dicho ingreso en la suma de 4 billones en pesos corrientes de 1997, con base en ese ejercicio financiero.

El solo hecho de que en el texto del Contrato se señalé que la propuesta hace parte del otrosí, como un elemento que sirvió de base para la estimación del ingreso por parte del concesionario no tiene la virtualidad de convertir ese documento en un modelo contractual con los efectos que éste tiene en los contratos en los cuales la determinación del

ingreso y la rentabilidad se determina periódicamente en función de la variación de los supuestos contemplados en el modelo.

Como quiera que esta remuneración sería cancelada al concesionario exclusivamente con ingresos generados por los peajes incluidos en el Contrato No. 005 e inicialmente no incluía nuevos peajes ni recursos provenientes de vigencias futuras, como lo proponía la Alternativa No. 2 que fue aceptada por el Concesionario, la consecuencia del aumento del ingreso esperado se reflejó en la extensión del plazo de la concesión de 20 años a 55 años, tiempo necesario para que los peajes generaran los ingresos suficientes para cubrir el valor de las obras nuevas adicionadas.

Por esa razón, se observa que en las tres alternativas presentadas, el concesionario plantea las mismas variables básicas y una suma única de ingreso esperado, con una rentabilidad de 12,26% igual para las tres propuestas. Pero las variables con las cuales se alimentó el flujo de caja respecto de los ingresos y egresos para las tres alternativas difieren en cuanto a los ingresos, en atención a las diferentes alternativas de origen de los ingresos, y a los gastos asociados al peaje de Loboguerrero.

Se señala adicionalmente para reafirmar lo sostenido por el Tribunal que ni en el Contrato original ni en los contratos adicionales No. 6 y No. 8 que también modificaron el Ingreso esperado se hace referencia alguna ni a modelo financiero ni a ejercicio que se incorpore al texto contractual para determinar o definir el ingreso esperado, sin que ninguna de las partes hubiere manifestado que la ausencia de dicho ejercicio tiene efectos en la validez, en la existencia o en la determinación del ingreso esperado del Contrato. Tampoco aparece durante la ejecución contractual documento alguno que tenga por objeto revisar, modificar o convenir un modelo financiero contractual.

Esta circunstancia además, para interpretar este aspecto del contrato acude a las siguientes reglas del Código Civil:

i) En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.

ii) Las cláusulas de un contrato se interpretaran unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

iii) Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia o por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con la aprobación de la otra parte.⁴⁰⁴

⁴⁰⁴ Arts. 1618 y ss. del Código Civil.

Con base en las anteriores consideraciones se concluye que el ejercicio presentado por el Concesionario no es un modelo contractual vinculante.

Por las anteriores razones, el Tribunal despachará desfavorablemente la pretensión encaminada a declarar que el Contrato Adicional No. 005 y sus adicionales adoptaron un modelo financiero vinculante contractualmente.

7.2. Los efectos jurídicos de la inclusión de la tasa de renta en el ejercicio financiero

Está aceptado por ambas partes y el Ministerio Público, que en el ejercicio financiero mencionado y que sirvió de base para determinar el ingreso esperado en el adicional No 13, el concesionario incluyó como tasa de impuesto de renta constante durante la ejecución del contrato, la tasa del 38,5% en las tres alternativas y que omitió incluir las amortizaciones y depreciaciones.

En el mismo sentido en los dictámenes que obran en el proceso se observa:

ERNST & YOUNG

"Impacto de la Tasa del Impuesto de Renta utilizada

En las proyecciones realizadas por el Concesionario se utilizó como tarifa del impuesto de renta el 38.5%, esta tarifa era la suma de la tarifa general de renta aplicable para ese momento (35%) y una sobretasa temporal, cuya vigencia terminaba en el año 2006, y que equivalía al 10% de la tasa general del impuesto. Dado que conocía que la sobretasa se eliminaría en el 2006, no se debió continuar aplicando dicha tasa a lo largo de la proyección del ejercicio.

"Consideramos que la tasa del 38,5% no debería aplicarse a lo largo de todo el periodo de proyección por lo cual rectificamos la tasa utilizada en el modelo y la ajustamos al 35%.

"En nuestra opinión, el hecho de que la sobre tasa al impuesto de renta hubiera sido como una medida temporal, es argumento suficiente para utilizar la tarifa del 35% en las proyecciones.

"Por otro lado, hemos ajustado en el ejercicio financiero entregado por la ANI la aplicación y el impacto del impuesto de renta sobre el flujo de caja libre y sobre la TIR del proyecto.

"En el ejercicio de manera errónea se considera el pago del impuesto de renta de manera mensual. Hemos corregido el ejercicio de acuerdo con las normas tributarias colombianas estimando que el impuesto de renta causado en el año "x" efectivamente se paga en el año siguiente "y". Para nuestro cálculo hemos supuesto que el impuesto se paga en dos cuotas anuales así

<i>Fecha pago Impuesto de Renta</i>	
<i>Abril</i>	<i>50%</i>
<i>Junio</i>	<i>50%</i>

<i>Fecha</i>	<i>Impuesto Renta</i>
<i>ene-19</i>	<i>5.103</i>
<i>feb-19</i>	<i>5.103</i>
<i>mar-19</i>	<i>5.103</i>
<i>abr-19</i>	<i>5.103</i>
<i>may-19</i>	<i>5.103</i>
<i>jun-19</i>	<i>5.103</i>
<i>Jul-19</i>	<i>5.103</i>
<i>ago-19</i>	<i>5.103</i>
<i>sep-19</i>	<i>5.103</i>
<i>oct-19</i>	<i>5.103</i>
<i>nov-19</i>	<i>5.103</i>
<i>dic-19</i>	<i>5.103</i>
<i>Total</i>	<i>61.233</i>

<i>Fecha</i>	<i>Impuesto Renta</i>
<i>Ene-19</i>	<i>-</i>
<i>Feb-19</i>	<i>-</i>
<i>Mar-19</i>	<i>-</i>
<i>Abr-19</i>	<i>30.616</i>
<i>May-19</i>	<i>-</i>
<i>Jun-19</i>	<i>30.616</i>
<i>Jul 19</i>	<i>-</i>
<i>Ago-19</i>	<i>-</i>
<i>Sep-19</i>	<i>-</i>
<i>Oct-19</i>	<i>-</i>
<i>Nov-19</i>	<i>-</i>
<i>Dic-19</i>	<i>-</i>
<i>Total</i>	<i>61.233</i>

Valor & Estrategia del 24 de noviembre de 2015

"Con respecto a los impuestos hay que hacer varias aclaraciones; en primer lugar, la reforma de la demanda presume que la tasa de Impuesto de Renta que usó el Concesionario fue superior a la legal permitida, basándose en el Modelo Financiero de referencia que sirvió para presentar la propuesta para el Contrato Adicional No. 13 y su Otrosí No. 2. Retomando lo que se ha dicho anteriormente, es incorrecto asumir que la tasa de impuestos es superior, tomado como base unos Modelos financiero que no son Contractuales y que simplemente eran una herramienta de evaluación del Concesionario para la presentación de una propuesta, haciendo estimativos razonables del comportamiento que podría (sic) tener las variables claves de evaluación. Nuevamente, acudiendo a la asignación de riesgos, se tiene que el Riesgo Tributario está cargo (sic) del Concesionario y hacer un supuesto en este sentido no permite afirmar que las consideraciones tenidas en cuenta eran contrarias a la Ley del momento.

"Dentro de las variables consideradas en aspecto tributarios en el modelo de Referencia del Concesionario, este realizó una estimación de un Impuesto de Renta dentro de una proyección de largo plazo que se podría dar o no dar, pero que mitigaba el riesgo tributario que asumía la UTDVVCC, Al respecto, se podría afirmar entonces que tampoco tuvo en cuenta otros impuestos aplicables, como: el Gravamen a los Movimientos Financieros que afectaba todas las erogaciones que tenía que hacer durante la vida del proyecto; el estimativo de pago de Impuesto de Renta Presuntiva en caso de aplicar; el costo del Impuesto al Patrimonio que para la fecha de suscripción del Adicional No. 13 y del Otrosí No. 2 estaba vigente y de hecho se ha ido extendiendo, la Contribución Especial de Obra Pública, de acuerdo con la Ley 1106 de 2006 que grava a tarida del 2.5x1.000 el valor del recaudo que genera una Concesión y, en general, las previsiones que a su juicio eran coherentes tener e incorporar en el modelo, más sabiendo que era un riesgo a su cargo, con sus efectos favorables y desfavorables, y que la carga impositiva en Colombia es cambiante; Se tiene que desde el año 2000, se han dado en el país 8 Reformas Tributarias, a través de las Leyes 633 de 2000, 788 de 2002, 863 de 2003, 1111 de 2006, 1370 de 2010, 1607 de 2012 y 1739 de 2014."

SAC Consulting S.A.S.

"(...) el Modelo Financiero de MEDIACANOA-LOBOGUERRERO utilizado por el CONCESIONARIO en las proyecciones tomo como tarifa del impuesto de renta el 38,5%; esta tarifa fue el resultado de sumarle a la tarifa general de renta aplicable para ese momento (35%) una sobretasa cuya vigencia terminaba en el año 2006, que equivalía al 10% de la tasa general del impuesto. Dado a que el CONCESIONARIO conocía que la sobretasa se eliminaría en el año 2006, no debió continuar aplicando dicha tasa a lo largo de la proyección del ejercicio.

2.1.1.1.2 En nuestra opinión y de acuerdo con la legislación vigente, en el acápite de impuesto de RENTA del modelo financiero, el CONCESIONARIO debió tener en cuenta la tasa del impuesto de renta del 35% la cual debió aplicar desde el año gravable 2007.

Valor del Ingreso esperado Proyecto Mediacañoa - Loboguerrero	\$2.843.044	
Valor ingreso esperado actual Contrato 005 de 1999	\$1.041.414	
Total Ingreso Esperado Adicionando Mediacañoa - Loboguerrero	\$4.527.449	\$4.881.679
Mes de Cumplimiento [Mes Concesión]	\$997.221	532
Cumplimiento [Mes]		Oct-50
Meses adicionales		\$997.221
Años adicionales		La Diferencia Total Ingr Esperado
Tir Corriente	12,52%	
Tir Real	7,16%	

Efectuado el análisis y examen anterior el CONCESIONARIO por haber aplicado la tasa de renta del 38,5%, tasa que no correspondía en su momento a la real, para aplicar dentro del Modelo Financiero de MEDIACANOA-LOBOGUERRERO obtuvo una ventaja financiera en el Ingreso Esperado por el valor de la suma de novecientos noventa y siete mil doscientos veintiún millones (MM997.221)."

Valor & Estrategia 7 de marzo de 2016

"SAC Consulting en la página 73 de su dictamen menciona: "Como consecuencia de haber incluido en el Contrato adicional No. 13 y su otrosí No. 2, tarifas de impuesto por encima de las establecidas legalmente, se produce lesión en contra del INCO, hoy ANI, por haber incluido tarifas de impuesto de renta mayor al que efectivamente debía liquidar y cancelar al concesionario.", afirmación que como se ha mencionado ha dejado de lado la asignación de riesgos asumida por el Concesionario, en donde el riesgo tributario está en cabeza en lo positivo y en lo negativo y, por ende, en sus estimaciones debe tener las precisiones del caso; como se citó en el párrafo anterior, la ley tributaria en Colombia es cambiante y así como la tasa de renta ha disminuido otros tributos se han creado y otros que, de hecho eran transitorios al momento de la suscripción del Contrato, han permanecido en el tiempo."

(...)

"En lo que SAC Consulting SAS denomina "Impacto de la Tasa del Impuesto de Renta Utilizada" (Página 43) se incorpora el siguiente cuadro que aunque muestra un ingreso esperado de \$4.881.679 (MM), no corresponde a la alternativa aceptada por la ANI. Todos los datos encerrados en círculos, corresponde a información errada."

(...)

"Como se observa en la parte inferior de este cuadro, se presenta una TIR corriente de 12,39% y real de 7,04% que no corresponde al ejercicio financiero presentado originalmente por el Concesionario."

(...)

"Acto seguido, en la página 44, bajo el título "MODELO SIN AJUSTE PRESENTADO POR EL CONCESIONARIO", se presenta el siguiente cuadro que nuevamente tiene un Ingreso Esperado de COP\$4.881.679 MM, pero reporta una TIR corriente de 12,66% y real de 7,31% diferente tanto a la presentada en su cuadro precedente como a la correspondiente a la alternativa aceptada por la ANI.

"Con lo anterior, no se tiene certeza sobre la información que presenta el Perito y si la misma sí corresponde o no a la presentada por el Concesionario y validada por la Interventoría.

"Acto seguido SAC Consulting SAS, presenta en la página 45 el siguiente cuadro titulado "MODELO CON AJUSTE DE TASA DE RENTA", donde concluye que "Efectuado el análisis y examen anterior el CONCESIONARIO por haber aplicado la tasa de renta de 38,5% tasa que no correspondía en su momento a la real, para aplicar dentro del Modelo Financiero de MEDIACANOA-LOBOGUERRERO obtuvo una ventaja financiera en el Ingreso Esperado por valor de la suma de novecientos noventa y siete mil doscientos veintiún millones (MM 997.221)."

"Pues bien, con base en el Ejercicio Financiero de Excel correspondiente al Adicional No. 13, se realizó la simulación inicial hecha por SAC Consulting SAS y modificando la única variable de la tasa para ver su impacto, pasando de 38,5% a 35%, se obtiene que, manteniendo la TIR de 12,51%, el ingreso esperado se debería

obtener en el mes 552 correspondiente a junio de 2052 (no al 532 correspondiente a Octubre de 2050) y, por lo tanto, la diferencia no sería COP\$997.221 Millones sino COP\$807.592 Millones, es decir, COP\$189.629 Millones de diferencia con respecto a lo que presenta SAC Consulting SAS (equivalente a 19% de diferencia), cifra representativa en la cuantificación de los supuestos perjuicios."

Dictamen presentado por la señora Ana Matilde Cepeda del 26 de septiembre de 2016

<p>"Sírvasse determinar, cuáles han sido los tributos que ha tenido que asumir el concesionario, en virtud de la asignación de riesgos del contrato de concesión? En particular identifique cuáles fueron los inicialmente vigentes al momento de celebración del contrato, cómo ha sido su evolución y cuáles son en la actualidad? "</p>	<p><i>Tributos</i></p> <p>1. <i>Impuesto de renta:</i></p> <p><i>Las uniones temporales ni los consorcios son contribuyentes ni declarantes de renta desde el año de 1995, en virtud del artículo 61 de la Ley 223 de 1995, incorporado en el artículo 18 del Estatuto Tributario, donde se establece que los consorcios y las uniones temporales no son contribuyentes del impuesto sobre la renta.</i></p> <p><i>Los miembros del consorcio o de la Unión deben llevar en su contabilidad y declarar de manera independiente, los ingresos, costos y deducciones que le corresponda, de acuerdo con su participación en los ingresos costos y deducciones del consorcio. Esta norma estuvo vigente en el año 1999 y no ha sido modificada hasta la fecha.</i></p> <p>2. <i>Impuesto de renta de los concesionarios que ceden sus derechos económicos a una fiducia:</i></p> <p><i>Si bien es cierto que el concesionario debe llevar en su contabilidad el detalle de los ingresos costos y gastos que le corresponden, en el presente caso el concesionario transfirió a un patrimonio autónomo todos los derechos económicos derivados del Contrato, sin desprenderse de las obligaciones a su cargo.</i></p>
---	---

	<p><i>Por tal razón la contabilidad de la concesión la lleva la Fiduciaria y el concesionario solo registrará el resultado positivo o negativo que le certifique la fiduciaria, en la contabilidad del concesionario fideicomitente no se reflejan ingresos costos y gastos de la concesión.</i></p> <p><i>Para efectos fiscales en cumplimiento del artículo 271-1 del Estatuto Tributario, la fiduciaria le certificará anualmente los rendimientos y/o pérdidas acumuladas al final del ejercicio, las cuales constituyen una renta bruta especial.</i></p> <p><i>De acuerdo con las normas que regulan la fiducia, es necesario tener en cuenta los siguientes parámetros para efectos de establecer el impuesto de renta en cabeza del concesionario fideicomitente, en aplicación del artículo 102 del Estatuto Tributario:</i></p> <p><i>a) Opera el fenómeno de la transparencia fiscal, lo cual significa que las utilidades recibidas por el patrimonio autónomo, a quien se le cedieron los derechos económicos del contrato de concesión, tendrán la naturaleza de gravadas o no gravadas con el impuesto de renta, como si hubieran sido recibidas directamente por el fideicomitente.</i></p> <p><i>b) la Legislación del impuesto de renta en materia de fiducia mercantil tuvo un cambio importante en el año 2012 con la expedición de la Ley 1607 de 2012.</i></p> <p><i>El artículo 127 de dicha ley modificó el numeral 2° del artículo 102 del Estatuto Tributario y permitió que los fideicomitentes pudiesen incluir en sus declaraciones no solo las utilidades obtenidas en los</i></p>
--	--

	<p><i>fideicomisos, sino también las pérdidas. Antes del año 2012 las pérdidas fiduciarias no eran deducibles.</i></p> <p><i>c) Las utilidades certificadas por la fiduciaria deben ser incluidas anualmente en las declaraciones de los fideicomitentes, independientemente de que la fiduciaria las haya repartido y pagado a los mismos.</i></p> <p><i>Este punto es de vital importancia en la proyección del flujo de caja de los concesionarios fideicomitentes, porque deberán declarar utilidades y liquidar el impuesto de renta y de CREE sobre las mismas, independientemente a su flujo de caja, si la fiduciaria no les ha repartido dichas utilidades.</i></p> <p><i>Este es un riesgo tributario que debe asumir el concesionario cuando cede sus derechos económicos a una fiducia.</i></p> <p><i>d) El impuesto de los concesionarios debe proyectarse con base en los resultados del patrimonio autónomo.</i></p> <p><i>e) Si el patrimonio autónomo realizó inversiones en activo fijos productivos durante los años 2007 a 2010, en virtud del artículo 158-3 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 8° de la Ley 1111 de 2006 y adicionado por el artículo 10° de la Ley 1370 de 2009 y 1° de la Ley 1430 de 2010, los concesionarios fideicomitentes tenían derecho a solicitar la deducción, facultad que podían utilizar o no.</i></p> <p><i>Se transcribe el aparte del Concepto de la DIAN N°14873 del</i></p>
--	---

	<p><i>20 de febrero de 2009, sobre el tema:</i></p> <p><i>"A la luz del numeral 2 del artículo 102 del Estatuto Tributario, los activos fijos reales productivos adquiridos por el patrimonio autónomo, con el propósito de que sean utilizados en forma directa y permanente en la actividad que se desarrollará por medio del contrato de fiducia, y cuya renta tributará en cabeza del beneficiario, dan derecho al fideicomitente beneficiario a solicitar la deducción de que trata el artículo 158-3 del Estatuto Tributario, previo cumplimiento de las demás condiciones señaladas por la ley y el reglamento."</i></p> <p><i>Los beneficios por la inversión en activos fijos reales productivos adquiridos fueron los siguientes:</i></p> <p><i>Del 2007 al 2009: Una deducción del 40% del valor de las inversiones efectivas realizadas en activos fijos productivos, aún bajo la modalidad de leasing financiero con opción irrevocable de compra.</i></p> <p><i>En el año 2010: La deducción se redujo al 30% del valor de las inversiones efectivas realizadas en activos fijos reales productivos.</i></p> <p><i>A partir del año 2011: Ningún contribuyente pudo hacer uso de esta deducción, a menos que hubiesen suscrito un contrato de estabilidad jurídica que se incluya dicha deducción.</i></p> <p><i>En todos los años gravables en que estuvo vigente la deducción no se generó utilidad gravada en cabeza de los socios, beneficio fiscal que debería tenerse presente al calcular</i></p>
--	---

	<p><i>el impuesto de renta de los concesionarios personas jurídicas.</i></p> <p>3. <i>Impuesto de Industria y Comercio de los concesionarios:</i> <i>El impuesto de industria y comercio regulado por la Ley 14 de 1983 grava los ingresos brutos que provengan de la realización de actividades industriales, comerciales o de servicios en cada jurisdicción municipal.</i></p> <p><i>El valor del impuesto de industria y comercio por la construcción rehabilitación y mantenimiento de las vías contratadas se determina sobre el valor de los ingresos que perciban los concesionarios. El valor del contrato se encuentra en la cláusula 16 del contrato de concesión cuyo texto se citó en la respuesta a la pregunta anterior.</i></p> <p>4. <i>El ICA en la fiducia:</i> <i>De acuerdo con el artículo 54 de la Ley 1430 de 2010, los fideicomitentes son sujetos pasivos por las actividades gravadas que se realicen a través del patrimonio autónomo, por ello los fideicomitentes deberán tributar sobre los ingresos gravados que se perciban a través del fideicomiso.</i></p>
--	--

La controversia que ha planteado la Entidad Convocante se contrae a definir las consecuencias financieras de la inclusión de esa tasa en la remuneración del concesionario que se reflejan directa e inequívocamente en el Ingreso Esperado y en el plazo del Contrato. Para la Convocante y para la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, la inclusión de una tasa superior a la vigente en la propuesta es causa suficiente para concluir que existe un desequilibrio económico del contrato que debe restablecerse para reducir el ingreso esperado y en consecuencia reducir el plazo de la concesión. Para el concesionario, por el contrario, la tasa de impuesto de renta incluida en el modelo no afecta ni los ingresos generados ni la remuneración pactada por cuanto en términos financieros la tasa de impuesto en las proyecciones no afecta ni el ingreso generado ni el ingreso esperado al que tiene derecho el concesionario.

En cuanto al primero de los aspectos, en concepto del Tribunal es claro que la propuesta del concesionario a la cual se adjuntó el ejercicio financiero con base en el cual se calcularon las variables financieras contenidas en el adicional No. 13 claramente es un acto jurídico unilateral que produce efectos jurídicos.

En ese sentido, considera que si efectivamente se llegare a concluir que el concesionario estaba en la obligación legal de reflejar en dicha propuesta las leyes tributarias vigentes a la fecha de presentación de la propuesta, y las depreciaciones y las amortizaciones, por el sólo hecho de no hacerlo hubiere transgredido una norma imperativa, y la propuesta en si misma considerada, como acto jurídico unilateral, estaría viciada de nulidad absoluta.

Sin embargo, no encuentra el Tribunal ninguna disposición legal de la cual surja la obligación del particular de incluir en esa propuesta la tasa vigente en el momento de formular su oferta de la que pueda concluirse que esta pudiere estar viciada por contrariar una norma imperativa de derecho.

En la cláusula 49 del Contrato 005 se establece que

"Régimen Fiscal

La ejecución del presente Contrato se realizará de conformidad con lo previsto en las normas tributarias aplicables en la República de Colombia.

Se entiende que todos los impuestos, tasas y contribuciones asociados a la actividad del Concesionario vigentes durante la ejecución del Contrato están incluidos en los cálculos de la Propuesta hecha por el Concesionario.

El Concesionario pagará el impuesto de timbre de conformidad con las normas tributarias vigentes."

La interpretación a esta norma contractual, en concordancia con lo señalado atrás por el Tribunal, impone en el concesionario una obligación de carácter legal de pagar los impuestos que se generan a su cargo durante la ejecución contractual; sin embargo de la lectura de esa cláusula no surge obligación alguna de la cual pueda concluirse que el concesionario debía reflejar las variables de su propuesta a la UT la tasa vigente en la fecha de la propuesta.

En la realidad de la modelación financiera, es claro que los diversos factores que se incluyen en las proyecciones del negocio son simplemente valores estimados con base en el conocimiento de quien los elabora sobre el comportamiento futuro de la variable, pero que como verdaderas estimaciones (de ahí el nombre de variables) no significa que ellas necesariamente sean las que efectivamente ocurren. De la misma forma que la propuesta asume una inflación un costo de

construcción puede asumir también que en el largo plazo de ejecución del contrato la tasa de impuesto a la renta sería constante en el 38,5 % principalmente en un país que se ha caracterizado por la inestabilidad en la legislación tributaria.

En el mismo sentido, se observa que en los dictámenes presentados por la Convocante no se encuentran razones o fundamentos específicos para concluir, razonablemente, que en un ejercicio financiero de modelación deba incluirse la tasa de renta proyectada para el año siguiente a la fecha de esa modelación ni la propia entidad Convocante señala específicamente la norma legal que impone la obligación legal de incluir en las proyecciones o modelos, la tasa de renta vigente a la fecha del documento.

La Agencia de Defensa Jurídica del Estado, por el contrario, señala que conforme a jurisprudencia arbitral que cita las normas tributarias se entienden incorporadas al contrato, afirmación que comparte el Tribunal parcialmente, porque es cierto que conforme a la cláusula 49, el particular está en la obligación de pagar los tributos y acatar las normas imperativas en la materia, pero ello no implica que esa obligación se extienda a la inclusión de una tasa determinada en los supuestos de la propuesta, porque precisamente se trata de variables estimadas; en ese sentido no se encontró evidencia legal o contractual alguna de la cual pueda concluirse que el INCO al momento de recibir y analizar esa propuesta hubiere considerado su invalidez o nulidad como consecuencia de esa inclusión, que le fue manifiestamente advertida por sus asesores.

La inclusión de una tasa de renta constante de 38,5% cuando a partir del año 2007 la tasa prevista era del 35% no implica la transgresión a una norma imperativa de derecho ni tampoco una conducta de mala fe precontractual. En un negocio de concesión de largo plazo en el cual el concesionario a retenido el riesgo tributario, existe la posibilidad de que quien retiene ese riesgo intente razonablemente cubrirse de las contingencias normales derivadas de la mayor o menor tasa impositiva porque como se dijo antes, en todo caso le corresponde asumir esas consecuencias en su resultado cualquiera que sea la variación.

En este sentido ha sostenido el Consejo de Estado⁴⁰⁵

"El contrato de concesión es para el contratista a más de realización de la obra un negocio financiero entendido como que su finalidad es la de recuperar el capital invertido por quienes financiaron el proyecto pues para éstos lo importante es la recuperación del mismo más los rendimientos correspondientes.

⁴⁰⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil Concepto del 9 de febrero de 2006 CP: Gustavo Aponte Santos Exp. 1674.

A diferencia de lo que sucede en un contrato de obra pública financiado con recursos del estado, no corresponde al valor de la obra, pura y simplemente sino que resulta de la concurrencia de esa variable con las demás de carácter financiero y la distribución de los riesgos contractuales que se vayan a asumir por el concesionario es entonces la conjunción de estas variables en el modelo financiero aceptado por las partes al momento de contratar la base de la ecuación contractual y el punto de partida para analizar las situaciones o circunstancias que afecten el equilibrio económico.”

Si bien en el valor estimado de obra que aparece en el modelo financiero del contrato está incluida la valoración económica del riesgo constructivo asumido el resultado de la fluctuación de los precios estimado en el contrato puede operar a favor o en contra del concesionario por el alza o decrecimiento de los mismos durante la ejecución del contrato.”

No obstante, la providencia se refiere a la variación de la obra, la conclusión se predica tratándose de la modificación de cualquier variable durante la ejecución del contrato

Adicionalmente a lo anterior, en concepto del Tribunal el hecho de la eventual nulidad de un ejercicio de excel incluido en una propuesta no implicaría que pueda concluirse que el contrato adolece del mismo vicio, toda vez que según se ha señalado en el presente análisis, es claro que si bien el ejercicio financiero sirvió de base para determinar el consentimiento del ente, no es un elemento del contrato ni se incorporó como cláusula contractual.

Tampoco puede afirmarse que como consecuencia de la decisión del concesionario de incluir esta tasa o excluir los beneficios derivados de las depreciaciones y las amortizaciones la Entidad estatal asumió contractualmente la obligación de reconocerle o remunerarle una tasa constante de renta de 38.5%.

7.2.1. Aspectos Tributarios aplicables a la Unión Temporal.

A propósito del impuesto de renta y de las consecuencias de incluir en el ejercicio los beneficios derivados de las depreciaciones y las amortizaciones, el Tribunal estima preciso, para abordar el tema del posible desequilibrio contractual, realizar un breve análisis de dichos conceptos tributarios, de su naturaleza y de la base para calcularlo.

En primer lugar, contextualizar las implicaciones que en materia tributaria, tiene la constitución de una Unión Temporal (UT). En efecto, mediante contrato firmado el 5 de octubre de 1998 para participar en el proceso de licitación para el desarrollo del proyecto MVVCC se constituyó la Unión Temporal a la que se le adjudicó el contrato. Según la ley 80 de 1993:

*"ARTÍCULO 7o. DE LOS CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES. Para los efectos de esta ley se entiende por:
(...)*

2o. Unión Temporal:

Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal".

El párrafo 2º del citado artículo 7 fue derogado por la ley 223 de 1995, en su artículo 285, norma esta que había sido declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-414 del 22 de septiembre de 1994.

A este respecto considera el Tribunal señalar los siguientes apartes de la citada sentencia:

"Con relativa frecuencia en el Derecho Tributario se encuentran sujetos que no encuadran con exactitud en la noción de persona, y sin embargo pueden ser responsables de obligaciones tributarias. Es así como la ley eleva a la condición de sujetos pasivos de una obligación tributaria a ciertos "entes colectivos sin personería jurídica o masas de bienes, como las sucesiones ilíquidas, las sociedades de hecho, la comunidad organizada y los consorcios, entre otros.

La identificación de los sujetos tributarios, en los casos señalados, surge por razón de los fines de sus actividades, objetivamente considerados y de la relativa autonomía funcional con que operan. La ausencia de personería, por lo mismo, no supone una dificultad para identificar a estos sujetos pasivos especiales del tributo.

(...) En estos eventos el Estatuto no se refiere a una persona y sin embargo permite que los consorcios y uniones temporales puedan contratar con el Estado, lo cual, en resumen significa que la ley les reconoce su capacidad jurídica a pesar de que no les exige como condición de su ejercicio, la de ser personas morales”.

El Tribunal se refiere a continuación a las características del contrato de unión temporal en materia fiscal.

- *Impuesto sobre la Renta*

De conformidad con el art. 18 del ET:

“Los Consorcios y las Uniones Temporales no son contribuyentes del Impuesto sobre la Renta. Los miembros del Consorcio o la Unión Temporal, deberán llevar en su contabilidad y declarar de manera independiente, los ingresos, costos y deducciones que les correspondan, de acuerdo con su participación en los ingresos, costos y deducciones del Consorcio o Unión Temporal”.

En consecuencia, para efectos del Impuesto sobre la Renta y Complementarios las UT no son contribuyentes, y por tanto no están obligadas a presentar declaración de renta sino única e individualmente en cabeza de sus miembros.

Los ingresos son percibidos por la UT, para efectos del Impuesto sobre la Renta y Complementarios, se entienden recibidos por sus miembros, y así se deberán contabilizar y declarar por cada uno de ellos.

En el concepto 056991 del 19 de agosto de 2005, la DIAN se pronunció respecto del artículo 18 (artículo 61 de la ley 223 de 1995) frente a los consorcios, concepto que en esta materia es aplicable a la unión temporal:

“De la lectura del artículo citado se observa que en relación con el impuesto sobre la renta y complementarios, los miembros de un consorcio o unión temporal responden directamente de las obligaciones tributarias que se generen en desarrollo del contrato de cooperación empresarial. Valga la pena aclarar que tal responsabilidad nace porque la misma ley así lo consagró en el sentido de establecer para los consorcios y uniones temporales la calidad de no contribuyentes del impuesto de renta y complementarios.

Por lo tanto como consecuencia del anterior mandato legal, al no ser el consorcio sujeto pasivo del impuesto sobre la renta no hay obligación alguna sobre la cual los consorciados deban responder al lado del consorcio en forma solidaria, en razón a que cada uno de ellos responde directamente por los ingresos, costos y deducciones le corresponda de acuerdo con su participación. Por tanto responden por los impuestos, sanciones e intereses que se deriven de su participación⁴⁰⁶”.

En este sentido la perita Ana Matilde Cepeda al responder la pregunta número 1 al cuestionario formulado por la parte Convocante tanto en la pregunta inicial como en las aclaraciones respondió:

“Determinará el monto del impuesto de renta que canceló la UNION TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA entre los años 2007 a 2012.”

Respuesta:

Para atender esta pregunta, se recibió de la UNIÓN TEMPORAL “DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA”, copia del Contrato de Administración Delegada de fecha 30 del mes de agosto de 2002, celebrado entre el Consorcio Carreteras y la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, del cual se adjunta copia en este informe y copia del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía - Patrimonio Autónomo No. 3-4-405 MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA” (antes) “CONSORCIO CARRETERAS FID. 3-4-405 MALLA VIAL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA” de fecha 30 del mes de agosto de 2002, para la administración de recursos y garantía en cumplimiento del CONTRATO DE CONCESIÓN No.005 de 1999 suscrito el día 29 de enero de 1999, entre el entonces Ministerio de Transporte – INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – “INVÍAS” y la Unión Temporal “Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca”.

Conforme la petición en esta pregunta, se requirió la contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos

⁴⁰⁶ DIAN. Concepto 056991 del 19 de agosto de 2005 reiterando el concepto 040303 de 2000.

y Garantía de Pago, entre los años 2007 a 2012; de acuerdo con las verificaciones realizadas a la contabilidad antes citada, no se encontraron registros contables por concepto del impuesto de renta que hubiera "cancelado por la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA (UTDVVCC) entre los años 2007 a 2012.

Adicionalmente, se precisa que: según el Estatuto Tributario Nacional – Decreto Extraordinario 624 de 1989, las Uniones Temporales no son contribuyentes del Impuesto sobre la Renta, tal y como se lee en: "ART. 18.- MODIFICADO. L. 223/95, ART.61. RENTA DE LOS CONSORCIOS y UNIONES TEMPORALES. Los Consorcios y Uniones Temporales no son contribuyentes del impuesto sobre la renta. Los miembros del Consorcio o la unión temporal, deberán llevar en su contabilidad y declarar de manera independiente, los ingresos, costos y deducciones que les correspondan, de acuerdo con su participación en los ingresos, costos y deducciones del Consorcio o Unión Temporal. [...]".

Solicitud No. 1: ANI -

Solicito que la perita responda la pregunta número 1 que hube de formularle en el cuestionario incluido en la reforma de la demanda, pues su respuesta se limitó a señalar que la UT no es sujeto tributario, sin haberse ocupado de absolver el interrogante respecto de quienes son miembros de la misma.

En efecto, en el aludido interrogante se le solicitó a la perita que: "Determinara el monto del impuesto de renta que canceló la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA entre los años 2007 a 2012".

A esa pregunta tan clara, la perita se pronunció en los siguientes términos:

"Conforme la petición en esta pregunta, se requirió la contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y garantía de Pago, entre los años 2007 O 2012; de acuerdo con las verificaciones realizadas a la contabilidad antes citada, no se encontraron registros contables por concepto del impuesto de

renta que hubiera "cancelado por la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA (UTDWCC,) entre los años 2007 a 2012.

Adicionalmente se precisa que.' según el Estatuto Tributario Nacional - Decreto Extraordinario 624 de 1989, las Uniones Temporales no son contribuyentes del Impuesto sobre la renta, tal y como se lee en: "ART 18. MODIFICADO. L.223/95, ART. 61 RENTA DE LOS CONSORCIOS y UNIONES TEMPORALES. Los Consorcios y Uniones Temporales no son contribuyentes del impuesto sobre la renta. Los miembros del Consorcio la unión temporal, deberán llevar en su contabilidad y declarar de manera independiente, los ingresos, costos y deducciones que les correspondan, de acuerdo con su participación en los ingresos, costos y deducciones del Consorcio o Unión temporal (...)"

Con base en la respuesta anterior, debe ordenarse a la perita que responda el interrogante respecto de quienes son miembros de la UT, porque si su pronunciamiento es que la última no es sujeto tributario, obviamente ha debido pronunciarse respecto de quienes sí tienen esa responsabilidad, en este caso los miembros de la UT. Obviamente, debe responder respecto a los impuestos pagados por los miembros de la UT que se originen en este contrato.

Aclaración y/o complementación: (Aclara Pág.41 – 10 octubre 2016)

Las razones de la respuesta -entre otros- se señalan las siguientes:

1) Dentro de los documentos exhibidos en UT no se encontraban las declaraciones de renta de los miembros de la UT: Sideco Americana (Empresa domiciliada en Argentina), Luis Héctor Solarte Solarte, Carlos Alberto Solarte Solarte y Pavimentos Colombia S.A., para los años gravables 2007 a 2012, u otros integrantes según evolución.

2) Dentro de los documentos exhibidos en UT no reposaba la contabilidad de los miembros de la UT: Sideco Americana S.A., sociedad comercial constituida bajo las leyes de la República de Argentina, Luis Héctor Solarte (q.e.p.d.) identificado

con cédula de ciudadanía No. 4.609.816 de Popayán y Carlos Alberto Solarte identificado con cédula de ciudadanía No. 5.199.222 de Pasto y Pavimentos Colombia Ltda., sociedad comercial Colombiana; identificada con el Nit 860.024.586-8, para los años gravables 2007 a 2012.

3) Si las declaraciones de renta para los miembros: Sideco Americana S.A., sociedad comercial constituida bajo las leyes de la República de Argentina, Luis Héctor Solarte (q.e.p.d.) identificado con cédula de ciudadanía No. 4.609.816 de Popayán y Carlos Alberto Solarte identificado con cédula de ciudadanía No. 5.199.222 de Pasto y Pavimentos Colombia Ltda., sociedad comercial Colombiana; identificada con el Nit 860.024.586-8, hubieran sido puestas a disposición de la perito, esta no contaba con facultades para revisarlas, en virtud del artículo 583 del ET. Donde se establece que la información tributaria respecto de las bases gravables y la determinación privada del impuesto que figura en las declaraciones tributarias, tendrá el carácter de información reservada, la cual puede ser utilizada por la DIAN y en los procesos penales; es decir, la perito requeriría de la autorización de los declarantes para examinar las declaraciones de renta.

4) Entre los años 2012 a 2015, las declaraciones de renta de los miembros que conforman la UT, no solo deben incluir los valores certificados por la Fiduciaria como renta bruta especial de acuerdo a su participación en el patrimonio del fideicomiso, sino los otros ingresos, costos y deducciones por actividades ajenas al Contrato de Concesión No.005 de 1999, e incurridas en cada vigencia declarada; información que goza de la reserva otorgada por el ET antes citado.

5) Tampoco se había decretado la exhibición de las declaraciones de renta y de las contabilidades de los miembros de UT, conformados por personas naturales, sucesiones, personas jurídicas (sociedades nacionales y extranjeras) encaminada a determinar cuáles fueron los ingresos, costos y gastos asociados a la UT y establecer su incidencia en el impuesto de renta a cargo en cada uno de los años gravables.

*Se reitera lo expresado en la respuesta a página 21 del dictamen pericial, porque la UT tiene directamente su relación con el Contrato de Concesión No.005 de 1999 y la pregunta decretada **hace relación al "impuesto de renta que canceló la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA entre los años 2007 a 2012"***

En cuanto a que "ha debido pronunciarse respecto de quienes sí tienen esa responsabilidad, en este caso los miembros de la UT", me permito presentar las siguientes anotaciones:

í Se requería decreto específico por parte del Tribunal para atender la pregunta en este sentido; por otra parte:

→ Las declaraciones de renta cuentan con restricción y se requeriría autorización para su examen – levantar la reserva –

→ Cada uno de los integrantes de la UT, podrían tener otras actividades económicas incluidas en las declaraciones de renta."

Respecto de la retención en la fuente, según el art. 368 del ET las uniones temporales son agentes de retención a título del Impuesto sobre la Renta, por lo tanto los pagos que reciba la unión temporal están sujetos a retención en la fuente por el contratante de la UT, retención que se debe imputar proporcionalmente por cada uno de los miembros de la misma. Por ello, al expedir la factura correspondiente se debe informar quiénes son los miembros de la UT y en qué porcentaje participan, para efectos de que quien paga registre y certifique la retención.

Los pagos efectuados por la UT a su vez estarán sujetos o no a retención en la fuente de acuerdo con las reglas generales. Frente a la retención en la fuente la Administración Tributaria reconoció que:

"En relación con la retención en la fuente y teniendo en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 de la ley 80 de 1993 los consorciados responden solidariamente por las obligaciones tributarias que se deriven del contrato, es claro que si para el desarrollo de este contrato el consorcio o unión temporal realiza pagos sujetos a retención en la fuente de acuerdo con el artículo 368 del Estatuto Tributario, debe efectuar la respectiva retención, de lo contrario, estaría incumpliendo una obligación de

*orden legal, de la cual es responsable tanto el consorcio como los consorciados por ser una obligación que se deriva de la misma naturaleza del contrato*⁴⁰⁷.

- *Impuesto sobre las Ventas*

En el inciso 3 del literal f del artículo 437 del ET se incluyen expresamente como responsables del IVA a "los consorcios y uniones temporales cuando en forma directa sean ellos quienes realicen actividades gravadas".

La sección cuarta del Consejo de Estado reconoce tal responsabilidad por parte de las uniones temporales, y al analizar la norma mencionada, expresa:

"Como se desprende de lo transcrito, al formar la Unión Temporal, cada parte contractual, se compromete a responder solidariamente por las obligaciones del contrato cuya adjudicación persiguen "como integrantes de la unión temporal", no individualmente considerados.

*(...) de acuerdo con los términos contractuales, "La Contratista" es la que directamente se compromete con FONADE a prestar todos los servicios estipulados en el contrato y que a la postre van a constituir el hecho generador del impuesto sobre las ventas, convirtiendo a esa contratista (La Unión Temporal) en sujeto pasivo del aludido gravamen, con todas las responsabilidades inherentes a tal calidad, entre ellas la de facturar los servicios prestados*⁴⁰⁸.

En caso de que el servicio se preste por cada uno de los miembros, es necesario que cada uno expida la correspondiente factura con el IVA respectivo, efectuando la retención correspondiente, y será entonces cada miembro de la UT quien deba cumplir con el deber de declarar y pagar tales retenciones.

Además, en concepto de la DIAN en el evento en que sea cada miembro quien preste el servicio, la factura emitida por los proveedores o contratantes debe ser expedida a su nombre para permitirle solicitar los costos, deducciones e impuestos descontables⁴⁰⁹.

La doctrina de la DIAN ha dicho sobre el particular:

⁴⁰⁷ Idem. Nota al pie No. 1.

⁴⁰⁸ Sentencia. Consejo de Estado, Sección Cuarta. 11 de noviembre de 2009. Exp. 16372. C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

⁴⁰⁹ DIAN. Concepto 24187 del 28 de abril de 2005.

“Como corolario de lo expuesto, tenemos que los consorciados son responsables solidarios del pago de las obligaciones tributarias por concepto del impuesto a las ventas, cuando los consorcios y uniones temporales actúen directamente en operaciones gravadas con dicho impuesto. En tal virtud, si el Consorcio o la Unión Temporal no actúan directamente serán responsables (sic) cada uno de los consorciados por las operaciones gravadas que realicen”.

Como consecuencia de lo anterior, es necesario determinar en primer lugar de acuerdo con los propios términos contractuales, el sujeto prestador del servicio. A partir de allí se determinan en la contabilidad de la UT los conceptos por el IVA generado, y el IVA descontable incurrido. Adicionalmente, la UT debe presentar la correspondiente declaración del IVA y de retención por este concepto.

- *Impuesto de Industria y Comercio*

Aunque en principio los consorcios y las uniones temporales no eran sujetos pasivos de impuestos locales, el artículo 54 de la Ley 1430 de 2010 consagró la posibilidad de considerarlos obligados al pago de los impuestos locales, incluido por supuesto el Impuesto de Industria y Comercio.

El mencionado artículo dice:

“ARTÍCULO 54. Son sujetos pasivos de los impuestos departamentales y municipales, las personas naturales, jurídicas, sociedades de hecho, y aquellas en quienes se realicen el hecho gravado, a través de consorcios, uniones temporales, patrimonios autónomos en quienes se figure el hecho generador del impuesto”.

La interpretación de esta norma ha sido diversa en las jurisdicciones locales; algunas han considerado que tienen vía libre para considerar a las uniones temporales como sujetos pasivos directos y otras por el contrario responsabilizan del pago del impuesto a los consorciados o miembros de la UT.

El citado artículo 54 de la ley 1430 de 2010 fue adicionado con el artículo 177 de la ley 1607 de 2012 que incluyó el parágrafo 1 del siguiente tenor:

"PARÁGRAFO 1o. La remuneración y explotación de los contratos de concesión para la construcción de obras de infraestructura continuará sujeta a todos los impuestos directos que tengan como hecho generador los ingresos del contratista, incluidos los provenientes del recaudo de ingresos".

Con base en el esquema propuesto por la Orientación Profesional No. 4 de 2002, por Consejo Técnico de la Contaduría Pública el Tribunal ha actualizado dicho cuadro matriz con las modificaciones posteriores al año 2002, por cuanto en términos básicos las responsabilidades tributarias no se modifican en su esencia.

IMPUESTO O RESPONSABILIDAD	RESPONSABLE		TARIFA	LEY, DECRETO O CONCEPTO
	SI	NO		
Impuesto de renta y complementarios		X	- 2006: 35%+3.5% - 2007 y ss.: 35%	Art. 18 del E.T. modificado Ley 223 de 1995 Artículo 61
Retención en la fuente	X		Según el bien o servicio adquirido y la persona a la que se adquiera.	Art. 368 del E.T. modificado Ley 488/98 artículo 115
IVA	X			Art. 437 del E.T. adicionado con el Artículo 66 Ley 488 de 1998. Concepto DIAN No.2980 de febrero de 2002
Retención IVA	X			
Expedición de factura	X		-	Art. 615 del E.T. Y Decreto 3050 de 1997 Artículo 11
ICA (Bogotá)*	Hasta 2010 NO. Después de 2010 depende del municipio.		Según municipio y según bien o servicio prestado/vendido.	Art. 28 Decreto Distrital 400 de 1999; Concepto 794 agosto de 1999 de la Dirección de Impuestos Distritales Secretaria de Hacienda (para Bogotá).
Impuesto de timbre		X	Hasta 2007: 1.5% -2008: 1% -2009: 0.5% -2010 y ss.: 0%	Art. 518 del E.T. Concepto DIAN No.13851

**El ICA es un aspecto debatido y según la jurisdicción puede ser responsable el consorcio o la UT, o sus miembros individualmente considerados.*

7.2.2. El Impuesto de Renta en general

El Impuesto sobre la Renta es un impuesto directo, de periodo anual, cuyo hecho generador es la obtención de ingresos en el período gravable, susceptibles de aumentar el patrimonio del contribuyente, que no estén expresamente exceptuados, y habiendo reconocido los costos y gastos incurridos para producir tal ingreso.

En la actualidad, los sujetos pasivos de este impuesto son las personas naturales, jurídicas y asimiladas, que no estén expresamente exceptuadas por la ley.

Tal y como se señaló, el art. 18 del Estatuto Tributario exceptuó expresamente a los Consorcios y UT del pago de este tributo; y el

artículo 22 exceptúa a la Nación y demás entidades territoriales, Unidades Administrativas Especiales, Superintendencias, entre otros.

En los términos del artículo 26 del estatuto tributario, la depuración del impuesto sobre la renta para determinar el impuesto a pagar se hace de la siguiente manera:

“ARTICULO 26. LOS INGRESOS SON BASE DE LA RENTA LIQUIDA. La renta líquida gravable se determina así: de la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o período gravable, que sean susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción, y que no hayan sido expresamente exceptuados, se restan las devoluciones, rebajas y descuentos, con lo cual se obtienen los ingresos netos. De los ingresos netos se restan, cuando sea el caso, los costos realizados imputables a tales ingresos, con lo cual se obtiene la renta bruta. De la renta bruta se restan las deducciones realizadas, con lo cual se obtiene la renta líquida. Salvo las excepciones legales, la renta líquida es renta gravable y a ella se aplican las tarifas señaladas en la ley”.

La Corte Constitucional en sentencia C-785 de 2012 Señaló:

“Ahora bien, el artículo 26 del Estatuto Tributario establece la manera en que se determina la renta líquida gravable. Al respecto se indica que esta proviene de la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o período gravable, que sean susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción, y que no hayan sido expresamente exceptuados, se restan las devoluciones, rebajas y descuentos, con lo cual se obtienen los ingresos netos. De los ingresos netos se restan, cuando sea el caso, los costos realizados imputados a tales ingresos, con lo cual se obtiene la renta bruta. Se agrega, que de la renta bruta se restan las deducciones realizadas, con lo cual se obtiene la renta líquida”.

Tal descripción se explica a continuación:

- a. Se suman todos los ingresos ordinarios y extraordinarios obtenidos en el período gravable, que no hayan sido expresamente exceptuados. El resultado de esa sumatoria son los (1) INGRESOS BRUTOS.
- b. A los Ingresos brutos se les restan las devoluciones, rebajas y descuentos para obtener los (2) INGRESOS NETOS.

- c. De los ingresos netos se deducen los costos, para obtener la (3) RENTA BRUTA.
- d. A continuación se restan de la renta bruta los gastos respectivos y el resultado es la (4) RENTA LÍQUIDA.
- e. En caso de que haya rentas exentas se deben restar de la renta líquida para obtener la (5) RENTA LÍQUIDA GRAVABLE. En caso de que no existan rentas exentas, la (4) RENTA LÍQUIDA constituye la misma (5) RENTA LÍQUIDA GRAVABLE.

Así las cosas, en términos generales el proceso es el siguiente:

(+) Ingresos ordinarios y extraordinarios causados/devengados en el período gravable susceptibles de aumentar el patrimonio del contribuyente, no exceptuados expresamente por la ley

- (1) Ingresos Brutos
- (-) Devoluciones, rebajas y descuentos
- (2) Ingresos Netos
- (-) Costos
- (3) Renta Bruta
- (-) Gastos y deducciones
- (4) Renta Líquida
- (-) Rentas Exentas
- (5) Renta Líquida Gravable

Las tarifas del impuesto a la renta se aplican sobre la Renta líquida gravable; en consecuencia la renta del contribuyente no está determinada exclusivamente por la tasa aplicable sino por todas las variables que se utilizan para obtener esa renta líquida, con base en los diversos factores que influyen en su determinación.

Así por ejemplo, si el sujeto pasivo del impuesto genera gastos que están directamente relacionados con los ingresos y éstos se encuentran debidamente justificados, la base para determinar la Renta Líquida Gravable será menor y menor será también el impuesto a pagar, independientemente de la tarifa aplicable.

Revisadas las tarifas del Impuesto sobre la Renta desde 1999 se observa lo siguiente:

AÑO	IMPORENTA	SOBRETASA	CREE	TOTAL
1999	35%	0%	0%	35,00%
2000	35%	0%	0%	35,00%
2001	35%	0%	0%	35,00%
2002	35%	0%	0%	35,00%
2003	35%	3,5%	0%	38,50%
2004	35%	3,5%	0%	38,50%
2005	35%	3,5%	0%	38,50%
2006	35%	3,5%	0%	38,50%

2007	34%	0%	0%	34,00%
2008	33%	0%	0%	33,00%
2009	33%	0%	0%	33,00%
2010	33%	0%	0%	33,00%
2011	33%	0%	0%	33,00%
2012	33%	0%	0%	33,00%
2013	25%	9%	0%	34,00%
2014	25%	9%	0%	34,00%
2015	25%	9%	5%	39,00%
2016	25%	9%	6%	40,00%

- Amortizaciones y Depreciaciones

Las depreciaciones y amortizaciones son conceptos contables que reconocen el desgaste natural por el uso de los activos, dada su participación en la producción de la renta para el contribuyente. Aquel se refiere a los bienes tangibles, mientras que la amortización hace referencia a los intangibles.

El sistema más conocido para calcular la depreciación y amortización es el de línea recta, que busca determinar un valor constante por la deducción por concepto del desgaste del activo durante el tiempo de su vida útil. Es decir, si compré una maquinaria cuyo valor fiscal fue \$100 y su vida útil es de 5 años, la alícuota a deducir será de \$20 en cada uno de los 5 años, al cabo de los cuales el valor del bien será \$0. El resto de sistemas de amortización o depreciación incluyen modificaciones al valor de tal alícuota y al valor final del bien, pero el objeto es el mismo: reconocer el desgaste de un activo en el proceso de generación de la renta.

Tributariamente, se reconoce tal desgaste mediante la inclusión de una deducción, de tal forma que la depreciación o amortización son un gasto que se puede deducir de la renta bruta con la correspondiente disminución de la base gravable sobre la que se aplicará la tarifa del impuesto, y que arroja como resultado un menor impuesto a cargo. Tanto la amortización como la depreciación son la materialización del principio de asociación, el cual está contemplado en el artículo 13 del decreto 2649 de 1993:

"ARTICULO 13. ASOCIACION. Se deben asociar con los ingresos devengados en cada período los costos y gastos incurridos para producir tales ingresos, registrando unos y otros simultáneamente en las cuentas de resultados (...)"

Tanto la amortización como la depreciación reconocen el deterioro o desgaste de los activos en el proceso productivo para la generación de

la renta. En la misma línea se expresa el principio de asignación reconocido en el artículo 54 del citado Decreto 2649:

"ARTICULO 54. ASIGNACION. Los costos de los activos y los ingresos y gastos diferidos, re-expresados como consecuencia de la inflación cuando sea el caso, deben ser asignados o distribuidos en las cuentas de resultados, de manera sistemática, en cumplimiento de la norma básica de asociación. La asignación del costo de las propiedades, planta y equipo se denomina depreciación. La de los recursos naturales, agotamiento. Y la de los diferidos e intangibles, amortización. Las bases utilizadas para calcular la alícuota respectiva deben estar técnicamente soportadas. Los cambios en las estimaciones iniciales se deben reconocer mediante la modificación de la alícuota correspondiente en forma prospectiva, de acuerdo con las nuevas estimaciones".

Ahora, el art. 64 del Decreto 2649 de 1993, norma que rige los principios de contabilidad, prescribe:

*"ARTICULO 64. PROPIEDADES, PLANTA Y EQUIPO. Las propiedades, planta y equipo, representan los activos tangibles adquiridos, construidos, o en proceso de construcción, con la intención de emplearlos en forma permanente, para la producción o suministro de otros bienes y servicios, para arrendarlos, o para usarlos en la administración del ente económico, que no están destinados para la venta en el curso normal de los negocios y cuya vida útil excede de un año.
(...) Se entiende por vida útil el lapso durante el cual se espera que la propiedad, planta o equipo, contribuirá a la generación de ingresos. Para su determinación es necesario considerar, entre otros factores, las especificaciones de fábrica, el deterioro por el uso, la acción de factores naturales, la obsolescencia por avances tecnológicos y los cambios en la demanda de los bienes o servicios a cuya producción o suministro contribuyen.
La contribución de estos activos a la generación del ingreso debe reconocerse en los resultados del ejercicio mediante la depreciación de su valor histórico ajustado. Cuando sea significativo, de este monto se debe restar el valor residual técnicamente determinado. Las depreciaciones de los inmuebles*

deben calcularse excluyendo el costo del terreno respectivo.

*La depreciación se debe determinar sistemáticamente mediante métodos de reconocido valor técnico, tales como línea recta, suma de los dígitos de los años, unidades de producción u horas de trabajo. Debe utilizarse aquel método que mejor cumpla la norma **básica de asociación (...)**.*

Respecto de la depreciación dispones el art. 127 del estatuto tributario:

“ARTICULO 127. BENEFICIARIOS DE LA DEDUCCIÓN. El contribuyente beneficiario de la deducción por depreciación es el propietario o usufructuario del bien, salvo que se trate de venta con pacto de reserva de dominio, en cuyo caso el beneficiario es el comprador. El arrendatario no puede deducir suma alguna por concepto de depreciación del bien arrendado. Sin embargo, cuando el arrendatario de un inmueble le haga mejoras cuya propiedad se transfiera al arrendador sin compensación, el arrendatario puede depreciar el costo de la mejora, conforme a la vida útil de ésta, sin atender al término de duración del contrato. Si quedare un saldo pendiente por depreciar, al enajenar definitivamente la mejora, el arrendatario tiene derecho a deducirlo como pérdida, siempre que no utilice la mejora posteriormente”.

Con referencia a la amortización de activos intangibles, el Decreto 2649 de 1993 señala:

*“ARTICULO 66. ACTIVOS INTANGIBLES. Son activos intangibles los recursos obtenidos por un ente económico que, careciendo de naturaleza material, implican un derecho o privilegio oponible a terceros, distinto de los derivados de los otros activos, de cuyo ejercicio o explotación pueden obtenerse beneficios económicos en varios períodos determinables, tales como patentes, marcas, derechos de autor, crédito mercantil, franquicias, así como los derechos derivados de bienes entregados en fiducia mercantil. (...) **Para reconocer la contribución de los activos intangibles a la generación del ingreso, se deben amortizar de manera sistemática durante su vida útil. Esta se debe determinar tomando el lapso que fuere menor entre el tiempo estimado de su explotación y la duración de su amparo legal o contractual. Son***

métodos admisibles para amortizarlos los de línea recta, unidades de producción y otros de reconocido valor técnico, que sean adecuados según la naturaleza del activo correspondiente. También en este caso se debe escoger aquél que de mejor manera cumpla la norma básica de asociación. Al cierre del ejercicio se deben reconocer las contingencias de pérdida, ajustando y acelerando su amortización”.

A su vez, el artículo 142 del ET prescribe:

"ARTICULO 142. DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DE INVERSIONES. Son deducibles, en la proporción que se indica en el artículo siguiente, las inversiones necesarias realizadas para los fines del negocio o actividad, si no lo fueren de acuerdo con otros artículos de este capítulo y distintas de las inversiones en terrenos. Se entiende por inversiones necesarias amortizables por este sistema, los desembolsos efectuados o causados para los fines del negocio o actividad susceptibles de demérito y que, de acuerdo con la técnica contable, deban registrarse como activos, para su amortización en más de un año o período gravable; o tratarse como diferidos, ya fueren gastos preliminares de instalación u organización o de desarrollo; o costos de adquisición o explotación de minas y de exploración y explotación de yacimientos petrolíferos o de gas y otros productos naturales. También es amortizable el costo de los intangibles susceptibles de demérito”

- Proyectos Preoperativos

Para los proyectos preoperativos se reconocen los costos y gastos en los que se incurre y que están relacionados con la generación de ingresos susceptibles de ser gravados, así como también se reconoce que estos ingresos se generarán posteriormente a la inversión requerida para poner en marcha el proyecto. Dado que existe una realidad económica atípica (se incurre en egreso de recursos para obtener ingresos futuros), la contabilidad ha de reconocer este hecho y contemplar un diferimiento de tales gastos o costos, en la misma medida en que se vayan generando estos ingresos.

Fiscalmente se le da el mismo tratamiento que en el tema contable: hasta tanto se empiecen a generar los ingresos operativos como consecuencia de los gastos y costos incurridos con anterioridad, no se

incluirán éstos dentro de las declaraciones del Impuesto sobre la Renta. Una vez se empiecen a generar tales ingresos operativos, se les deberá imputar el porcentaje correspondiente de los costos y gastos que se habían clasificado como diferidos.

El artículo 55 del Decreto 2649 de 1993 dispone que:

"ARTICULO 55. DIFERIDOS. Deben contabilizarse como diferidos, los ingresos hasta que la obligación correlativa esté total o parcialmente satisfecha y los gastos hasta que el correspondiente beneficio económico esté total o parcialmente consumido o perdido".

En la misma línea expresa el artículo 67 del mismo estatuto:

"ARTICULO 67. ACTIVOS DIFERIDOS. Deben reconocerse como activos diferidos los recursos, distintos de los regulados en los artículos anteriores, que correspondan a:

1. Gastos anticipados, tales como intereses, seguros, arrendamientos y otros incurridos para recibir en el futuro servicios y,

2. Cargos diferidos, que representan bienes o servicios recibidos de los cuales se espera obtener beneficios económicos en otros períodos. Se deben registrar como cargos diferidos los costos incurridos durante las etapas de organización, construcción, instalación, montaje y puesta en marcha. Las sumas incurridas en investigación y desarrollo pueden registrarse como cargos diferidos únicamente cuando el producto o proceso objeto del proyecto cumple los siguientes requisitos:

a) Los costos y gastos atribuibles se pueden identificar separadamente;

b) Su factibilidad técnica está demostrada;

c) Existen planes definidos para su producción y venta, y

d) Su mercado futuro está razonablemente definido.

Tales sumas pueden diferirse con relación a los varios productos o procesos en que tengan uso alternativo, siempre que cada uno de ellos cumpla dichas condiciones.

Se debe contabilizar como impuesto diferido débito el efecto de las diferencias temporales que impliquen el pago de un mayor impuesto en el año corriente, calculado a tasas actuales, siempre que exista una expectativa razonable de que se generará suficiente

renta gravable en los períodos en los cuales tales diferencias se revertirán.

El valor histórico de estos activos, reexpresado cuando sea pertinente por virtud de la inflación, se debe amortizar en forma sistemática durante el lapso estimado de su recuperación.

Así, la amortización de los gastos anticipados se debe efectuar durante el período en el cual se reciban los servicios.

La amortización de los cargos diferidos se debe reconocer desde la fecha en que originen ingresos, teniendo en cuenta que los correspondientes a organización, preoperativos y puesta en marcha se deben amortizar en el menor tiempo entre el estimado en el estudio de factibilidad para su recuperación y la duración del proyecto específico que los originó y, que las mejoras a propiedades tomadas en arrendamiento, cuando su costo no sea reembolsable, se deben amortizar en el período menor entre la duración del respectivo contrato y su vida útil.

*El impuesto diferido se debe amortizar en los períodos en los cuales se reviertan las diferencias temporales **que lo originaron**".*

Además, el artículo 73 del Decreto 2649, tantas veces citado, expresa:

"ARTICULO 73. AJUSTE DIFERIDO. Las construcciones en curso, los cultivos de mediano y tardío rendimiento en período improductivo, las empresas en período improductivo, los programas de ensanche, que no estén en condiciones de generar ingresos o de ser enajenados y los cargos diferidos no monetarios, se deben reexpresar teniendo en cuenta las normas generales de los ajustes sobre activos; no obstante, el valor correspondiente a la contrapartida del ajuste se debe llevar como un ingreso por corrección monetaria diferida a la cuenta "crédito por corrección monetaria diferida", el cual se debe ir reconociendo como corrección monetaria en las cuentas de resultados en la misma proporción en que se asigne el costo de tales activos.

Durante los años en que se mantenga diferido el ajuste por inflación, la parte proporcional del ajuste sobre el patrimonio correspondiente a dichos activos tendrá similar tratamiento, registrando el respectivo valor en la cuenta "cargo por corrección monetaria diferida".

Este artículo fue modificado mediante el decreto 1536 de 2007 en el cual se dijo:

"Artículo 73. Ajuste diferido. Los saldos que presenten las cuentas "Cargos por Corrección Monetaria Diferida" y "Crédito por Corrección Monetaria Diferida" deberán amortizarse contra las cuentas de resultados en la misma proporción en que se asigne el costo de los activos que les dieron origen, utilizando el mismo sistema de depreciación o amortización que se utiliza para dichos activos. En el evento en que el activo que los originó sea enajenado, transferido o dado de baja, de igual manera los saldos acumulados en estas cuentas deberán cancelarse".

Finalmente, respecto del impacto fiscal del reconocimiento contable de los diferidos, el inciso 2 del artículo 142 del ET ya transcrito establece como deducibles las inversiones amortizables que deban ser tratadas como diferidos. En concordancia con esa norma, los artículos 143 (incorporado por la Ley 223 de 1995) y 144 del ET que prescriben:

"ARTICULO 143. TÉRMINO PARA LA AMORTIZACIÓN DE INVERSIONES. *Las inversiones a que se refiere el artículo precedente pueden amortizarse en un término no inferior a cinco (5) años, salvo que se demuestre que, por la naturaleza o duración del negocio, la amortización debe hacerse en un plazo inferior. En el año o período gravable en que se termine el negocio o actividad, pueden hacerse los ajustes pertinentes, a fin de amortizar la totalidad de la inversión.*

(...) Para los casos diferentes de los previstos en el inciso precedente [que trata de recursos naturales], *en los contratos donde el contribuyente aporte bienes, obras, instalaciones u otros activos, los cuales se obligue a transferir durante el convenio o al final del mismo, como en el caso de los contratos de concesión, riesgo compartido o "joint venture", el valor de tales inversiones deberá ser amortizado durante el término del respectivo contrato, hasta el momento de la transferencia. La amortización se hará por los métodos de línea recta o reducción de saldos, o mediante otro de reconocido valor técnico autorizado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. En lo relacionado con los contratos de concesión para infraestructura, el sistema de amortización aquí previsto rige solamente para los que se suscriban a partir de la vigencia de la presente ley".*

El Consejo Técnico de la Contaduría Pública, en el concepto No. OFCTCP 236 del 5 de diciembre de 2005, citado por el concepto de la DIAN No. 39363 de 2007, manifestó:

“En este orden de ideas, se reconocerán (sic) como activo intangible el privilegio concedido por una entidad gubernamental para el uso de una propiedad pública, el cual no tiene naturaleza material, pero implican (sic) un derecho oponible a terceros.

*Para este caso se registrará si se incurrió en él, el **costo de adquisición de la concesión (...).***

Este valor será amortizado, de acuerdo con la vida útil estimada, es decir, los períodos en los cuales producirá beneficios económicos, conforme a la duración del contrato de concesión.

Por otra parte, se reconocerán como activos – Propiedad Planta y Equipo, los bienes tangibles que posea el ente económico, con la intención de emplearlos en forma permanente para el desarrollo del giro normal de los negocios. En el caso de la consulta corresponderán a los bienes que haya adquirido el concesionario para el equipamiento de la infraestructura y por ende para la explotación de la actividad de recaudo.

Dado que de su utilización se generan los ingresos del Concesionario, por lo menos por esta unidad de negocio, estos bienes deberán ser depreciados durante el tiempo que se espera contribuyan en la generación de ingresos, correspondiendo a la duración del contrato de concesión, teniendo en cuenta que dicha duración es la que expresamente determine el contrato de concesión.

*Por lo tanto, al vencimiento del contrato los activos tendrán un valor fiscal en libros igual a cero y se **procederá a dárselos de baja en la contabilidad (...)**”.*

En la misma línea se expresó tal Corporación en concepto 095 de octubre 31 de 2006, que, al analizar el artículo 67 del Decreto 2649 de 1993 manifiesta que:

***“Por tanto, dado que los gastos preoperativos** corresponden a las erogaciones en la que incurre el ente económico para desarrollar posteriormente su objeto social y del cual se derivaran (sic) los ingresos operacionales del negocio, estos gastos deberán amortizarse a partir del momento que se obtengan los ingresos correspondientes, de esta manera se esta (sic) dando cumplimiento a la norma básica de*

asociación y a la norma técnica de asignación, expresas en el Decreto 2649”.

Finalmente, la Superintendencia de Sociedades en oficio 340-017382 del 17 de abril de 2002, se pronunció en el mismo sentido así:

“Los gastos preoperativos son todas aquellas erogaciones que se efectúan durante el transcurso de as (sic) etapas preoperacionales, que para el caso de las compañías industriales y simalares (sic) son las siguientes:

- a) Prospectación,*
- b) Construcción, Instalación y Montaje,*
- c) Ensayo y Puesta en Marcha.*

(...) De conformidad con el Diccionario para Contadores de Erick L. Kolher, los Gastos Preoperacionales son erogaciones no reconocidas como costo de las operaciones del periodo en que ocurren, sino que se llevan adelante para amortizados (sic) en períodos futuros”.

Y concluye que el tratamiento contable de tales gastos preoperativos:

“Si el proyecto ya comenzó la etapa de producción, la amortización de las (sic) cargos diferidos debe iniciarse en forma simultánea con la puesta en marcha del proyecto, de acuerdo al tiempo previsto en el estudio de factibilidad para la recuperación de la inversión inicial, o en la duración del proyecto, con cargo a la cuenta de costo o gasto según fuere el caso, de modo que las alícuotas sean consistentes, es decir que durante el periodo de amortización las cuotas anuales tengan el mismo valor.

“De lo anterior expuesto se colige que, tanto los Gastos de Constitución como los Gastos Preoperativos, son necesarios para poner en funcionamiento el objeto de la sociedad, los cuales deberán empezar a amortizarse una vez se inicie el proceso normal de producción”.

Concluye el Tribunal de la transcripción y análisis de las normas citadas que los sujetos económicos, actuando en condiciones de razonabilidad y racionalidad tributaria, si bien no están obligados a aplicar los efectos de las amortizaciones y depreciaciones para calcular la base de la renta gravable, tratándose de proyectos de concesión aplicarían la deducción por la amortización de los intangibles y/o la depreciación de sus activos fijos a partir del momento en que el concesionario empiece a obtener ingresos directos derivados de la utilización de dichos activos, es decir,

a partir de la finalización de la etapa de construcción e inicio de la etapa de operación.

Tal y como se ha señalado el efecto de aplicar dichas amortizaciones o depreciaciones se refleja directamente en el cálculo de la base de la renta gravable, y en esa medida la omisión de incluirlos para calcular el impuesto necesariamente conduce al pago de un impuesto mayor.

Ahora bien, tal y como se señaló anteriormente el hecho de que en el ejercicio que sirvió de base para calcular la remuneración no se hubieren incluido las depreciaciones y las amortizaciones, impacta directamente la remuneración del concesionario en cuanto dicho ejercicio sirvió de base para calcular el ingreso esperado. No obstante lo anterior, es preciso señalar que conforme a los dictámenes que obran en el material probatorio recaudado se observa que de una parte el dictamen de SAC CONSULTING concluye que dicho efecto asciende alrededor de \$921.691 (página 21 del dictamen) pero no hay evidencia de las variables o supuestos que tuvo en cuenta el perito para llegar a ese resultado. Sobre el particular manifiesta el perito:

"Dentro del Modelo Marginal desarrollado por el CONCESIONARIO encontramos que no tuvo en cuenta una serie de beneficios tributarios a los cuales tenía derecho a ser aplicados a este Modelo según las normas tributarias establecidas en Colombia. Los beneficios que EL CONCESIONARIO no tuvo en cuenta tienen relación con el IMPUESTO DE RENTA, ya que para ese entonces utilizo (sic) un PORCENTAJE DIFERENTE AL QUE CORRESPONDIA POR LEY, no tomo (sic) las DEDUCCIONES POR DEPRECIACION Y AMORTIZACION. EL CONCESIONARIO al no tener en cuenta dichos beneficios tributarios arrojó (sic) como consecuencia resultados que afectan directamente el Flujo de Caja dentro del Contrato de Concesión No. 005/1999 las cuales voy a relacionar a continuación:

(...) IMPACTO DE LAS DEPRECIACIONES Y AMORTIZACIONES SOBRE EL IMPUESTO DE RENTA.

Todo bien por el uso que se haga de él tiene un desgaste, por tal motivo se considera que las obras realizadas en el Adicional No. 13 constituyen una mejora en bien ajeno la cual puede ser diferida y luego amortizada, EL CONCESIONARIO no tuvo en cuenta las amortizaciones como mecanismo mediante el cual se reconoce el desgaste que sufre un bien. Para efectos de la ingeniería financiera el Modelo utilizado en el Adicional No. 13 MEDIACANOA – LOBOGUERRERO, se debe tener en cuenta el cálculo

de la amortización de las obras, pues el mayor impacto de no haberse tenido en cuenta por parte del CONCESIONARIO, se observa en el rubro sobre el Impuesto de renta.

"El impuesto de renta se paga sobre las utilidad (sic), en este caso, los ingresos después de deducir gastos operativos, administración, mantenimiento y demás gastos o costos del periodo, menos la depreciación; por lo cual, esta disminuye el impuesto a pagar y permite que el CONCESIONARIO retenga algo de sus ingresos para la realización de inversiones adicionales.

"En el ejercicio calculamos las amortizaciones a lo largo del periodo comprendido entre la finalización de la etapa de construcción y la fecha en la que se alcanzaría el ingreso esperado. De esta manera, el flujo de caja libre se ve beneficiado por al deducción de las amortizaciones sobre el impuesto de renta en ese periodo.

"El impacto que se genera a favor del concesionario y en perjuicio económico de la ANI por la no deducción de las Depreciaciones y Amortizaciones de los bienes propios e inversiones en bienes ajenos, se sitúa en el orden de \$921.691 Millones de Pesos del año 1997, según el modelo financiero".

Sin embargo, en el documento preparado por Profesionales de Bolsa, al analizar el ejercicio financiero de la propuesta concluye que:

"El incremento de la rentabilidad del concesionario es marginal (6.28% real al 6.91% real) no obstante la omisión de los beneficios tributarios que genera la amortización de los cargos diferidos ocasionados por la activación del valor de las obras".

Adicionalmente a lo anterior en el documento presentado por Ernst & Young, no se discrimina el monto preciso del efecto de aplicar las amortizaciones y depreciaciones al flujo de caja presentado, no obstante que, en la página 13 se menciona expresamente este concepto. El documento de Ernst & Young refleja un resultado total de lo que en su concepto habría sido el efecto de modificar la tasa, incluir las amortizaciones y aplicar la deducción por activos fijos productivos al ejercicio financiero No. 13.

Por su parte, la perita Ana Matilde Cepeda concluye, al responder la pregunta número 2 que:

"al revisar los estados financieros que fueron el soporte para la expedición de los certificados entregados a los fideicomitentes se puede evidenciar la inclusión de gastos por depreciaciones (7517535) y por amortizaciones (7518020) (...).

(...) El valor certificado por la Fiduciaria en los años 2007 a 2011 a la UT, a su vez debería ser certificado por la misma a los miembros de la UT toda vez que ésta no es sujeto pasivo del impuesto de renta, quienes deberían incluir dicho resultado como renta bruta especial (art.102-ET). Es decir, que los fideicomitentes declaran un resultado, y no depuran los ingresos y costos ni deducciones que se generan en el patrimonio autónomo, su obligación es incluir las utilidades certificadas.

Entonces, para la solicitud de: "La perita deberá especificar si los miembros de la UT, en sus declaraciones de renta, utilizaron depreciaciones, amortizaciones y/o deducciones por activos fijos productivos provenientes de este contrato.", aún sin disponer de las declaraciones de renta de cada miembro de la UT, se puede responder que en las declaraciones de éstos no se incluirían los gastos a que hace mención la pregunta, ya que como se explicó anteriormente lo que se declara es el resultado certificado por el Fideicomiso (...)"

- Deducción de Activos Fijos Productivos

El artículo 68 la ley 863 de 2003 incluyó el artículo 158-3 en el Estatuto Tributario, y contempló un beneficio en el Impuesto sobre la Renta para aquellos contribuyentes que hicieren una inversión en activos fijos reales productivos, permitiéndoles tomar como deducción el 30% de tal inversión. Es decir, deducir de la renta bruta la proporción indicada, arrojando como resultado una menor renta líquida gravable.

El tenor de la norma es el siguiente:

"Artículo 158-3. Las personas naturales y jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta, podrán deducir el treinta por ciento (30%) del valor de las inversiones efectivas realizadas solo en activos fijos reales productivos adquiridos, aun bajo la modalidad de leasing financiero con opción irrevocable de compra, a partir del 1º de enero de 2004. Esta deducción solo podrá utilizarse por los años gravables 2004 a 2007 inclusive. Los contribuyentes que hagan

uso de esta deducción no podrán acogerse al beneficio previsto en el artículo 689-1. La DIAN deberá informar semestralmente al Congreso sobre los resultados de este artículo.

El Gobierno Nacional reglamentará la deducción contemplada en este artículo”.

El artículo 8 de la ley 1111 de 2006 modificó la deducción al incrementar el porcentaje de la misma del 30% al 40% desde el 1 de enero de 2007 hasta el año gravable 2010, término al cabo del cual se reduciría nuevamente al 30%:

"ARTÍCULO 8o. Modificase el artículo 158-3 del Estatuto Tributario, el cual queda así:

"Artículo 158-3. Deducción por inversión en activos fijos. A partir del 1o de enero de 2007, las personas naturales y jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta, podrán deducir el cuarenta por ciento (40%) del valor de las inversiones efectivas realizadas solo en activos fijos reales productivos adquiridos, aun bajo la modalidad de leasing financiero con opción irrevocable de compra, de acuerdo con la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional. Los contribuyentes que hagan uso de esta deducción no podrán acogerse al beneficio previsto en el artículo 689-1 de este Estatuto”.

Dicho beneficio terminó a partir del año 2011, por derogatoria expresa del artículo 1 de la Ley 1430 de 2010.

"ARTÍCULO 1o. ELIMINACIÓN DEDUCCIÓN ESPECIAL POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS. Adiciónase el siguiente párrafo al artículo 158-3 del Estatuto Tributario:

PARÁGRAFO 3o. A partir del año gravable 2011, ningún contribuyente del impuesto sobre la renta y complementarios podrá hacer uso de la deducción de que trata este artículo (...).”.

Sobre este particular, el Consejo de Estado manifestó

“Esta deducción especial debe solicitarse (i) en la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios correspondiente al año gravable en el que se realiza la inversión y (ii) la base del cálculo corresponde al costo de adquisición, conforme con las siguientes reglas: Si se realizan obras de infraestructura para el montaje o puesta en funcionamiento de los activos fijos reales productivos

*y ellas deben activarse para ser depreciadas o amortizadas de acuerdo con la técnica contable, su costo hace parte de la base para calcular la deducción; y si la confección o construcción de tales obras tardan más de un período gravable, la deducción se aplica sobre la base de la inversión efectuada en cada año gravable. –Si los activos fijos reales productivos son construidos o fabricados por el contribuyente, la deducción se calcula con base en las erogaciones incurridas por la adquisición de bienes y servicios que constituyan el costo del activo fijo real productivo. –Si el activo fijo real productivo se deja de utilizar en la actividad productora de renta o se enajena antes de vencer el término de depreciación o amortización del bien, el contribuyente debe incorporar el valor proporcional de la deducción solicitada como renta líquida gravable en la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios del período fiscal en que ello ocurra, teniendo en cuenta la vida útil pendiente de depreciar o amortizar según la naturaleza del bien (...)*⁴¹⁰.

En sentencia de la sección 4ª del Consejo de Estado proferida el 4 de noviembre de 2015 la Corporación señaló:

*"(...) la finalidad de la norma que creó deducción especial por inversión en activos fijos fue la de reactivar el proceso productivo, con una incidencia directa en el empleo y en la rentabilidad del contribuyente, para lo cual permitió tratar como deducción un porcentaje de la inversión en activos **fijos reales productivos (...), el elemento determinante** de la prerrogativa fiscal es que el activo fijo real se involucre directamente en el proceso productivo para generar ingresos y ejercer efectos positivos en la producción y el empleo y así en tal definición deben ser tenidos en cuenta, por ser elementos sustanciales a la productividad los fenómenos de la depreciación y/o amortización". (subrayado fuera del texto).*

En primer lugar, se precisa señalar que la norma utiliza el verbo podrá y que el máximo tribunal de lo contencioso administrativo en el mismo sentido lo califica como una prerrogativa o una permisión, mas no como una obligación.

⁴¹⁰ Consejo de Estado, sección cuarta, sentencia del 12 de diciembre de 2014. C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Rad: 079228 13001-23-31-000-2009-00446-01 19121. Tomado del Laudo Coviandes Vs. ANI, de 17 de noviembre de 2016 – versión pdf.

Adicionalmente, respecto de la posibilidad de beneficiarse o no con esta deducción, es preciso señalar que desde su creación con la ley 863 de 2006 se dispuso que, quienes se acogieran a este beneficio por la inversión en activos fijos reales productivos no podrían hacer uso también del beneficio contemplado en el artículo 689-1 que consagraba **el denominado "beneficio de auditoría" cuyo propósito era reducir el término de firmeza de la declaración de renta.**

Inicialmente, la ley 488 de 1998 creó el mencionado beneficio para ese año gravable; posteriormente, la ley 630 de 2000 lo creó nuevamente aplicable para los años 2000 a 2003, y finalmente la ley 1430 de 2010 lo incorporó nuevamente para los años gravables 2011 y 2012.

En consecuencia, podrían considerarse 2 situaciones a las que se enfrenta un contribuyente: i) que fuese más beneficioso incluir la deducción del porcentaje correspondiente (30% o 40%) a la inversión en los activos fijos reales productivos; o, ii) que prefiriera acortar el plazo para que su declaración adquiriera firmeza y no pudiera ser cuestionada por la Administración Tributaria.

Dicha afirmación reafirma que no puede concluirse la obligación del contribuyente de acogerse al beneficio por la deducción derivada de su inversión en activos fijos por cuanto la propia ley le daba la opción de acogerse a este o al de auditoría, y dicha decisión depende exclusivamente de una política de planeación tributaria del contribuyente dentro del marco de la legislación.

Si bien la Convocante reclama la ausencia de la deducción por activos fijos productivos en los ejercicios financieros, el Tribunal concluye que a pesar de que efectivamente dicha deducción rebaja la base gravable para aplicar el impuesto de renta, no existía una obligación para el contribuyente de hacer uso de ella y menos aun entonces de reflejarla en el ejercicio financiero.

- El Impuesto de Timbre

El impuesto de timbre que estuvo vigente hasta el año 2010, fue consagrado mediante la Ley 2 de 1976, objeto de diversas modificaciones a lo largo de su historia entre otras, la Ley 6 de 1992 y por último la Ley 1111 de 2006 (Publicada en el Diario Oficial No. 46.494 de 27 de diciembre de 2006) que redujo su tarifa a cero por ciento (0%).

Los sujetos pasivos del Impuesto de Timbre eran, entre otros, las personas jurídicas que intervinieran como otorgantes o suscriptores de los contratos a ejecutar en el país.

Respecto de la tarifa a aplicar, la ley 2 de 1976 contemplaba treinta centavos (\$0.30) por cada cien pesos (\$100), según la cuantía del documento o contrato. Para aquellos contratos o documentos con cuantía indeterminada sería de doscientos cincuenta pesos (\$250). La ley 75 de 1986 modificó la tarifa y estableció el 0.5% del valor del contrato, o \$1.000 para aquellos sin cuantía determinada, y la ley 6 de 1992 modificó únicamente esta última a \$150.000.

Tras varias modificaciones, con la Ley 488 de 1998 se modificó la tarifa al 1.5%, la cual permanecería intacta hasta la ley 1111 de 2006, que la redujo progresivamente a partir del 2008 así:

AÑO	TARIFA
2008	1%
2009	0,5%
2010	0%

De acuerdo con el artículo 72 de la ley 1111, la tarifa del Impuesto de Timbre sería 0% por el año gravable 2010 y siguientes, como se evidencia en el esquema anterior.

En los términos del artículo 49 del Contrato No. 005:

"El concesionario pagará el impuesto de timbre de conformidad con las normas tributarias vigentes".

Así las cosas, el Tribunal entiende que para la fecha de la firma del Otrósí No. 2 al Adicional No. 13 (enero de 2008) la tarifa de impuesto de timbre vigente había empezado a reducirse a partir de ese año. Sin embargo, se ha sostenido en el Tribunal que en el ejercicio presentado para calcular la remuneración por las obras incorporadas en dicho Otrósí No. 2, el concesionario reflejó una tasa de timbre constante de 1,5% para toda la vigencia del Contrato.

Sobre este particular la perita Ana Matilde Cepeda, al responder y aclarar la pregunta número 7 formulada por la Convocante, señaló:

"Pregunta No. 7: (Pág.78 del Dictamen del 23 sept 2016)

"Determinará si, teniendo en cuenta los libros de contabilidad o anexos existentes en las oficinas de la UT, el pago efectivo de impuesto de timbre por parte de la UT, en el fideicomiso 3-4-405 de la fiduciaria de Occidente y demás documentos que obren en el proceso, analice y cuantifique si se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución⁶ del contratista."

6.- *En los ingresos (esperado y efectivo) del contratista, o lo que la perita entienda que constituye la retribución del contratista.*

Respuesta:

En las oficinas de la UNION TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA (UTDVVCC), se requirió la contabilidad en donde se advirtieran reportados los registros contables asociados y vinculados con el Contrato de Concesión No.005 de 1999 (de fecha 29 de enero de 1999), siendo remitida a Fiduciaria Occidente S.A., contabilidad del Fideicomiso 3-4-405 Malla Vial Nit 830.054.076-2.

Con relación a "el pago efectivo de impuesto de timbre por parte de la UT, en el fideicomiso 3-4-405 de la fiduciaria de Occidente" se informa de acuerdo con las verificaciones realizadas a la contabilidad antes citada y facilitada para atender esta prueba (entre junio de 2005 y hasta junio de 2012); se observan registros contables por concepto impuesto de timbre en la ejecución del Contrato de Concesión No.005 de 1999, hasta el 31 de marzo de 2006.

*Con relación a atender la petición de: "analice y cuantifique si se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución **del contratista.**", es necesario indicar que para de manera estimada, medir el efecto en los flujos de caja mensuales esperados del Concesionario según el Contrato de Concesión No.005 de 1999 (de fecha 29 de enero de 1999); no se cuenta con la información y datos al respecto, sino con valores globales, de tal forma que la determinación requerida no es posible atenderla. De contarse con el FLUJO DE CAJA INICIAL no solo por aporte de capital al proyecto a cargo del Concesionario, sino también con los valores estimados de ingresos por el recaudo de los peajes, con el FLUJO DE CAJA AJUSTADO producto de los modificatorios al contrato inicial, necesarios para la comparación entre PROYECTADOS y EJECUTADOS junto con la evaluación financiera encaminada a afirmar que el cambio de tarifa del impuesto de timbre que a partir del año 2010 (Artículo 519 del E.T.) es del **cero por ciento 0%**, permitiría afirmar que "se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista."*

Aclaración: (Procurador Delegado Aclara Pág. 7 – 10 octubre 2016)

Pregunta No.7, página 78 del dictamen pericial, se aclara señalando que la respuesta corresponde a lo encontrado, producto de la exhibición e inspección de los documentos en las oficinas de la UNION TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA (UTDVVCC), así: **"no se cuenta con la información y datos al respecto, sino con valores globales, de tal forma que la determinación requerida no es posible atenderla"**, y **explicando que: "De contarse con el FLUJO DE CAJA INICIAL no solo por aporte de capital al proyecto a cargo del Concesionario, sino también con los valores estimados de ingresos por el recaudo de los peajes, con el FLUJO DE CAJA AJUSTADO producto de los modificatorios al contrato inicial, necesarios para la comparación entre PROYECTADOS y EJECUTADOS en desarrollo y ejecución del Contrato de Concesión No.005 de 1999, junto con la evaluación financiera encaminada a afirmar que el cambio de tarifa del impuesto de timbre que a partir del año 2010 (Artículo 519 del E.T.) es del cero por ciento 0%, permitiría afirmar que "se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista; sin calificar si la inexistencia proviene de alguna "acción u omisión" de las partes en discordia.**

Se indica además, que con vista únicamente del **modificadorio "Adicional No.13"**, en el Flujo de Caja citado en la página 69 del dictamen -la discriminación de los ingresos esperados figuran proyectados es a partir de enero de 2019, con estimación de impuestos a partir de enero de 2019 y con las inversiones proyectadas de manera lineal desde julio de 2006, proporcionando un flujo de caja negativo para el citado Adicional 13. Con relación a la Inversión real se informó, la SALVEDAD extractada del documento de Interventoría identificado con el No,CISP-OP-0431-319-2016 de fecha 2 de agosto de 2016, página 18 de 41 y que se adjunta a este informe – entre otros- **"Los cálculos se hicieron suponiendo que las inversiones se efectuaron de manera lineal en el tiempo, pues no se tienen cronogramas de ejecución de obra ni de inversión."**; sin calificar si la inexistencia proviene de alguna "acción u omisión" de las partes en discordia.

SOLICITUD PRIMERA ADNJE: DEL
CUESTIONARIO FORMULADO POR LA ANI

PREGUNTA 7 "Determinará si, teniendo en cuenta los libros de contabilidad o anexos existentes en las oficinas de la UT el pago efectivo de impuesto de timbre por parte de la UT en el fideicomiso 3- 4-405 de la fiduciaria de Occidente y demás documentos que obren en el proceso, analice y cuantifique (sic) si se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista."

Al respecto la experta precisó que observó **"registros contables por concepto de impuesto de timbre en la ejecución del Contrato de concesión No 005 de 1999, hasta el 31 de marzo de 2006"**, luego de lo cual afirmó que no podía contestar la pregunta porque no contaba con datos mensuales sino globales:

Con relación a atender la petición de: **"analice y cuantifique si se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista."**, es necesario indicar que para de manera estimada, medir el efecto en los flujos de caja mensuales esperados del Concesionario según el Contrato de Concesión No. 005 de 1999 (de. fecha 29 de enero de 1999); no se cuenta con la información y datos al respecto sino con valores globales, de tal forma que la determinación requerida no es posible atenderla. De contarse cori el FLUJO DE CAJA INICIAL no solo por aporte de capital al proyecto a cargo del Concesionario sino también son los valores estimados de ingresos por el recaudo de los peajes, con el FLUJO DE CAJA AJUSTADO producto de los modificatorios al contrato inicial, necesarios para la comparación entre PORYECADOS y EJECUADOS junto con la evaluación financiera encaminada a afirmar que el cambio de tarifa del impuesto de timbre que a partir del año 2010(Artículo 519 del E. T.) es del cero por ciento 0%, **permitiría afirmar que "se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista."**

Conclusión

La perita no determinó con base en los documentos contables, si el pago efectivo del impuesto de timbre por la UT generó una diferencia favorable en relación con el valor esperado de retribución del contratista.

Petición de adición del dictamen

Se solicite respetuosamente a la experta que conteste la pregunta 7 a cuyo efecto pedimos que relacione los documentos físicos e informáticos que revisó y el método de valoración utilizado. Es importante además

que la perita informe sobre los requerimientos que realizó para obtener la documentación completa.

Aclaración: (ADNJE Aclara Pág.26 – 10 octubre 2016)

La respuesta a la pregunta No.7, página 78 del dictamen pericial, atendió la solicitud planteada, en relación con lo indagado en el interrogante.

Entre otros aspectos se precisó (página 78) "[...] no se cuenta con la información y datos al respecto, sino con valores globales, de tal forma que la determinación requerida no es posible atenderla."

Con relación a los documentos base de los análisis para responder el dictamen con el alcance dado por las preguntas aprobadas y examen de los registros contables cuando la pregunta lo señalaba, como producto de las indagaciones en la Sociedad Concesionaria, en la Entidad Fiduciaria y en la Agencia Nacional de Infraestructura "ANI", como se informó y se soportó en los anexos del dictamen pericial, se complementa la respuesta incluyendo relación de archivos magnéticos recibidos, en el Apéndice de estas aclaraciones y complementaciones.

Solicitud No. 9: ANI -

Solicito se ordene a la perita responder la pregunta No 7 del cuestionario que le fuera formulada por la Convocante en la audiencia de su posesión, porque el auxiliar de la justicia se ha excusado en que no se encontraron registros contables por concepto del impuesto de timbre causado en la ejecución del Contrato ni con el flujo de caja inicial.

La pregunta formulada fue la siguiente: "Determinará si, teniendo en cuenta los libros de contabilidad o anexos existentes en las oficinas de la UT, el pago efectivo del impuesto de timbre por parte de la UT, en el fideicomiso 3-4-405 de la fiduciaria de Occidente y demás documentos que obren en el proceso, analice y cuantifique si se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista".

La respuesta a este interrogante es del siguiente tenor:

"En las oficinas de la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA (UTDWCC), se requirió la contabilidad en donde se advirtieran reportados los registros contables asociados y

vinculados con el Contrato de Concesión No 005 de 1999 (de fecha 29 de enero de 1999), siendo remitida a Fiduciaria Occidente S.A; contabilidad del Fideicomiso 3-4-405 Malla Vial Nit 830.054.076-2

Con relación a "el pago efectivo de impuesto de timbre por parte de la UT, en el fideicomiso 3-4-405 de la fiduciaria de Occidente" se informa de acuerdo con las verificaciones realizadas a la contabilidad antes citada y facilitada para atender esta prueba (entre junio de 2005 y hasta junio de 2012); se observan registros contables por concepto de impuesto de timbre en la ejecución del Contrato de Concesión No 005 de 1999

Con relación a atender la petición de: "analice y cuantifique si se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista" es necesario indicar que para de manera estimada, medir el efecto en los flujos de caja mensuales esperados del Concesionario según el Contrato de Concesión No 005 de 1999 (de fecha 29 de enero de 1999); no se cuenta con la información y datos al respecto, sino con valores globales, de tal forma que la determinación requerida no es posible atenderla. De contarse con el FLUJO DE CAJA INICIAL no solo por aporte de capital al proyecto a cargo del Concesionario, sino también con los valores estimados de ingresos por el por el (sic) recaudo de los peajes, con el FLUJO DE CAJA AJUSTADO producto de los modificatorios al contrato inicial, necesarios para la comparación entre PROYECTADOS y EJECUTADOS junto con la evaluación financiera encaminada a afirmar que el cambio de tarifa del impuesto de timbre que a partir del año 2010 (Artículo 519 del E.T) es de cero por ciento 0%, permitiría afirmar que "se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista"

En primer término, a la perita se le solicitó que respondiera sí se ha generado una diferencia favorable en el valor esperado de la retribución de la UT por concepto del impuesto del impuesto de timbre. No es cierto que para responder el interrogante no tenga los elementos necesarios, porque además de los documentos que ella recaudó en las diligencias de inspección y exhibición obran entre otros el oficio UTDVVCC 1056-06 del 6 de julio de 2006, el cual contiene como propuesta del Concesionario, el modelo financiero con el que se estableció el Ingreso Esperado del Adicional No. 13, dicho modelo contiene el flujo de caja en el que se evidencia el impuesto de timbre proyectado, propuesto por el

concesionario, y oficio UTDVVCC 0047-2008 del 11 de enero de 2008, el cual contiene como propuesta del Concesionario el modelo financiero con el que se estableció el Ingreso Esperado del otrosí No. 2 al adicional No. 13, dicho modelo contiene el flujo de caja en el que se evidencia el impuesto de timbre proyectado propuesto por el concesionario, además de los documentos contractuales, tales como el Adicional No. 13 y su otrosí No. 2. Con base en estos documentos la perita puede responder el interrogante, y por ello solicito se le ordene adicionar su experticia para dar respuesta a esta pregunta.

Como se explicó en las preguntas anteriores, la perita cuenta con suficiente información para responder lo solicitado. En la medida en que el Concesionario haya tenido menores costos y gastos como consecuencia de algunos de los eventos relacionados en las anteriores preguntas, se habrá beneficiado. Para poder determinar esto no necesita contar con los ingresos ni mucho menos con los flujos de caja mensuales.

Aclaración y/o complementación: (Aclara Pág. 75 – 10 octubre 2016)

Se reitera lo expresado en la respuesta a página 78 del dictamen pericial, porque de los registros contables por concepto impuesto de timbre en la ejecución del Contrato de Concesión No.005 de 1999, hasta el 31 de marzo de 2006, se informó de acuerdo con las verificaciones realizadas a la contabilidad antes citada y facilitada para atender esta prueba, entre junio de 2005 y hasta junio de 2012. El impuesto de timbre se debía causar sobre cada pago ó abono en cuenta que haga la Fiduciaria: Como el Contrato de Concesión No.005 de 1999 es de cuantía indeterminada, el impuesto de timbre nacional se paga en la medida en que se vá determinando (ET Art. 519 Inciso 4), conforme a los registros en la contabilidad del Fideicomiso.

Para esta solicitud, "la perita cuenta con suficiente información para responder lo solicitado. En la medida en que el Concesionario haya tenido menores costos y gastos como consecuencia de algunos de los eventos relacionados en las anteriores preguntas, se habrá beneficiado. Para poder determinar esto no necesita contar con los ingresos ni mucho menos con los flujos de caja mensuales." para la

"ALTERNATIVA 2 - Sin peaje ni Aportes de la Nación" del Adicional No. 13 de fecha 9 de agosto de 2006, que figura en el expediente de este proceso, en el cuaderno de pruebas No.1 folio 172, con la "Referencia: Presupuesto Proyecto Loboguerrero - Media Canoa", comunicación No. UTDVVCC 1056-06, con tres alternativas para la construcción de la segunda calzada Mediacanoa – Loboguerrero, se informa el importe proyectado de impuesto de timbre a partir de enero de 2019 y hasta marzo de 2059.

El flujo de caja mensual proyectado para el Adicional 13 expediente de este proceso, en el cuaderno de pruebas No.1 folio 180, muestra ingresos a partir del año dos mil diecinueve (2019).

Adicionalmente, se informó el cambio de tarifa del impuesto de timbre que a partir del año 2010 (Artículo 519 del E.T.) es del cero por ciento 0%.

En el año 2006 (momento de la propuesta) la tarifa del impuesto de timbre vigente era del 1,5% mientras que la incluida en las proyecciones para el año 2019 fue del 0,75%, no coincidente con la real que desde el año 2010 sería del cero por ciento 0%.

Cuando se presente la contabilidad de Fideicomiso 3-4-405 del año 2019 seguramente se va a evidenciar el menor gasto por impuesto de timbre pero seguramente habrán otros mayores valores de gastos por otros impuestos o impuestos nuevos; no siendo razón para afirmar que por eso se habrá generado una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista:

Además según la Cláusula 16 del Contrato de Concesión, el valor efectivo del contrato (recaudos de Peaje cedidos al Concesionario), se lee: "remunera todos los costos y gastos –directos e indirectos- en que incurra el Concesionario por la preparación y celebración del Contrato, así como por la ejecución y terminación del Proyecto, los impuestos, tasas y contribuciones que se causen por la ejecución del presente Contrato, los costos financieros, la remuneración del capital invertido, las utilidades del Concesionario y en general incluye el valor de la contraprestación por todas las obligaciones que adquiere el Concesionario en virtud del presente Contrato." y "remunera también la asunción de riesgos que se desprenden de las obligaciones del Concesionario o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de ese contrato"; en este caso el riesgo tributario es del Concesionario"

7.3 Riesgo Tributario dentro de los Contratos de Concesión

En la distribución de riesgos que puedan afectar el desarrollo de un proyecto de concesión de infraestructura vial, y conforme a lo señalado por el CONPES, el riesgo tributario se ha ubicado como un aspecto especial del riesgo regulatorio, y para las tres generaciones de concesiones viales ha sido asignado al concesionario. En este sentido, considera el Tribunal que en términos generales los análisis jurisprudenciales y arbitrales en cuanto a este riesgo tributario son predicables al Contrato de Concesión 005 de 1999.

En efecto, el régimen tributario ha sido reconocido como un aspecto sensible frente a los contratos de ejecución sucesiva que suscribe el Estado con los particulares. Más allá de que exista o no una posición predominante respecto a la asunción de este riesgo tributario como un riesgo a cargo del particular o si el Estado debe hacerse cargo de mantener la situación impositiva del concesionario al momento del análisis financiero del contrato, se ha reconocido que no es posible a priori establecer reglas generales y estrictas sobre las modificaciones que pueda sufrir la legislación fiscal y que llegasen a afectar, de manera directa o indirecta, el contrato, y en especial, la posición económica del contratista y la expectativa de lucro del mismo.

Así lo reconoció el Consejo de Estado mediante sentencia del 27 de marzo de 1992, en su sección tercera, que citando al profesor argentino Miguel Santiago Marienhoff expresó:

“Sólo el alea "anormal", extraordinaria, que afecte la economía del contrato queda a cargo del Estado. En este orden de ideas, en Francia se ha resuelto que tales disposiciones generales pueden dar lugar a indemnización con base en la teoría del "hecho del príncipe" cuando ellas causen una verdadera "alteración" o "trastorno" en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante, en la contratación y que en ese sentido fue decisiva para el contratante. Es lo que suele o puede ocurrir con la sanción de nuevos impuestos, leyes sociales, medidas económicas o monetarias, autorización para exportar productos de la índole de los que deben ser proveídos al Estado según el contrato, etc. Todo esto constituye cuestiones de hecho, cuya solución depende de cada caso concreto, al que deberá aplicársele los "principios" pertinentes. No pueden darse soluciones fijas: sólo pueden exponerse criterios generales".

En el año 2002 el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo reiteró la anterior posición en los siguientes términos:

*“Es válido aceptar que la fijación de impuestos, evento que, a manera de ejemplo señala Marienhoff como un **"hecho del príncipe"**, puede afectar el equilibrio económico del contrato? La respuesta a dicho interrogante es positiva si se tiene en cuenta, en primer lugar, que el tributo es fijado por el Estado mediante ley, lo que significa que tal imposición tiene un carácter general, luego, al recaer en el contratista como sujeto individual destinatario de dichas normas, es perfectamente posible que, en ciertos casos, dicha medida afecte de manera particular en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. La Sala concluye que la fijación de nuevos impuestos o el incremento de los ya existentes, con carácter genral, es una medida que se ajusta a la noción del **denominado "Hecho del Príncipe"** y, por lo tanto, puede incidir en el ámbito contractual. Luego, no es acertado aseverar, por lo menos bajo un juicio absoluto e inmodificable, que los impuestos fijados por la ley no pueden constituir factor que altere la ecuación económica de los contratos, pues ellos puede resultar contrario al principio de igualdad ante las cargas públicas. Lo que ocurre es que el Hecho del Príncipe no opera, a priori, como factor desencadenante de la ruptura del equilibrio económico de los contratos; de allí que serán las particularidades de cada caso las que permitirán llegar a tal conclusión, siendo indispensable incorporar en el análisis de la hipótesis completa, el criterio de previsibilidad, puesto que, como lo explicara la Corte Constitucional, al contribuyente debe dársele la oportunidad de planear su presupuesto para incorporar en él el pago de los tributos que se llegaren a crear, pues de lo contrario, si no es posible prever tal situación y efectuar los ajustes correspondiente, el contribuyente puede verse afectado al tener que asumir intempestivamente dicho pago. Así las cosas, el contratista debe probar la existencia objetiva del **"Hecho del Príncipe"**, esto es la fijación de nuevos tributos o el incremento de los ya existentes, las condiciones iniciales del contrato que considera se han alterado por causa de éste, dada la imprevisibilidad de dichas medidas, y que, por ende, para dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales en esas*

*"nuevas condiciones" ha debido asumir cargas anormales, extraordinarias, causantes de un detrimento patrimonial que no está obligado a soportar"*⁴¹¹

Con base en dichos apartes, es necesario revisar los mencionados **"criterios generales" y aplicarlos a las características del** caso sub examine para llegar a concluir si el particular o en este caso el Estado, deben o no soportar los cambios en su situación impositiva.

En primer lugar se debe manifestar que en la suscripción de un contrato como el de concesión, que según se dijo, es bilateral y conmutativo, tanto el Estado como el contratista particular, deciden convenir sus términos y condiciones en consideración a las circunstancias que rodean tal suscripción, bajo una legítima expectativa de obtener un beneficio que se materializa en la remuneración económica para el concesionario, y la ejecución de una obra, la operación y/o administración de un servicio público o ambas, con la correspondiente consecución del bienestar de la comunidad, para el Estado.

En este sentido las variaciones de las condiciones técnicas, económicas y financieras durante la ejecución del contrato puede dar lugar a una revisión de los términos contractuales que concluya en un ajuste al convenio. Este planteamiento es lo que se conoce como el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, mediante el ajuste de la ecuación contractual.

Pese a que los contratos estatales cuentan con una regulación normativa especial ya se expresó en aparte anterior, que conforme a lo dispuesto por el artículo 28 de la ley 80 de 1993 también están sujetos a instituciones del derecho contractual que rigen las relaciones de los contratos entre particulares.

En síntesis, si bien es conocido el principio *Pacta sunt servanda* según el cual el contrato se celebra para ser cumplido, o el contrato es ley para las partes, también es admitido el principio *Rebus sic stantibus* (aunque con las correspondientes variaciones para el Derecho Administrativo que dará origen a la Teoría de la Imprevisión o al Hecho del Príncipe), que expresa la necesidad de mantener el *status quo* al momento de la celebración del contrato frente a su ejecución del mismo y las variaciones de las circunstancias que pueden llegar a afectar tal ejecución

Dicho principio fue expresamente reconocido en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 para los contratos estatales y será necesario recurrir a ellos según las características particulares de cada caso.

⁴¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, auto de marzo 7 de 2002.

“ARTÍCULO 27. DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”.

Al tenor de la norma es claro que en los contratos estatales la figura del equilibrio económico de la ecuación contractual es aplicable en favor de ambas partes y que es procedente el restablecimiento de tal equilibrio mediante el ajuste de la ecuación cuando con ocasión de circunstancias ajenas a las partes se desequilibra.

Respecto de las diversas interpretaciones jurisprudenciales para considerar que las variaciones del régimen impositivo y el equilibrio económico del contrato pueden encuadrarse en la categoría de **“hecho del príncipe”** o para analizarlo bajo la teoría de la imprevisión, el Consejo de Estado manifestó:

“7.3. Así las cosas, nótese que la jurisprudencia que aceptaba la configuración del hecho del príncipe para la fijación de tributos, en los últimos años ha variado para circunscribir su aplicación sólo para cuando el acto general es expedido por la misma autoridad contratante, toda vez que si es diferente a ella el desequilibrio del contrato que se alegue con ocasión al mismo debe ser analizado bajo la perspectiva de la teoría de la imprevisión, lo cual tiene hondas implicaciones jurídicas y económicas, pues, según se anotó, mientras el hecho del príncipe emana de un acto general (decisión soberana) que altera gravemente la ecuación económica del contrato y genera una responsabilidad contractual objetiva, con indemnización integral de los daños, la teoría de la imprevisión pende de un hecho exógeno a las partes que altera gravemente la ecuación económica del contrato, el cual debe restituirse con el pago de los costos hasta el punto de no pérdida (compensación)”.
(subrayas del texto original).

Y continuó refiriéndose expresamente al desequilibrio económico con motivo de la variación en el régimen fiscal:

“Sin embargo, cualquiera que sea la causa que se invoque, ha dicho la Sala –y ahora reitera- que el hecho mismo de la imposición de nuevos tributos, por sí solo no equivale a un rompimiento automático del

equilibrio económico del contrato estatal, sino que trátase de un hecho del príncipe o de una circunstancia imprevista, deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato a raíz de la aplicación de la nueva norma impositiva:

"...Es decir que no basta con probar que el Estado – entidad contratante u otra autoridad- profirió una medida de carácter general mediante la cual impuso un nuevo tributo, y que el mismo cobijó al contratista, que tuvo que pagarlo o se vio sometido a su descuento por parte de la entidad contratante, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento de tal equilibrio económico del contrato, debe probar que esos descuentos, representaron un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab-initio, que se sale de toda previsión y que le representó una mayor onerosidad de la calculada y el tener que asumir cargas excesivas, exageradas, que no está obligado a soportar, porque se trata de una alteración extraordinaria del álea (sic) del contrato; y esto es así, por cuanto no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él...⁴¹²". (Subrayas del texto original).

Como quiera que la mayoría de la Jurisprudencia en materia de ruptura del equilibrio económico ha tenido origen en reclamos de los particulares frente al Estado como consecuencia de la creación de nuevos impuestos, debe el Tribunal aplicar la misma teoría ahora en favor del Estado, para determinar si, la mayor o menor onerosidad de la remuneración que recibe el Estado se afecta como consecuencia de los impuestos que paga el concesionario y si éstos hechos efectivamente se consideran suficientes para afectar el sinalagma del contrato.

Frente al anterior análisis general de las situaciones en las cuales es posible sostener que la modificación del régimen impositivo puede afectar el equilibrio contractual cuando se ha causado un daño antijurídico al Estado, se observa como característica común a todas las decisiones, que tal ruptura ocurre solamente en presencia de: (i) una

⁴¹² Citando al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, exp. 15159, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

situación que surge de un hecho que excede el alea normal que modifica los riesgos asumidos por alguna de las partes y (ii) el carácter de imprevisibilidad que surge durante la ejecución del contrato de tracto sucesivo.

En el caso sometido a consideración del Tribunal, la ruptura del equilibrio invocado por la Convocante tendría origen en una decisión conjunta de las partes de incluir en el Contrato Adicional No. 13 una remuneración por concepto de ingreso esperado que fue calculada con base en una tasa de renta constante que estaba vigente en la fecha en que el concesionario presentó su oferta a la Entidad Estatal y con prescindencia de los efectos de las amortizaciones y depreciaciones en el ejercicio financiero.

Como ya dejó establecido el tribunal que el ejercicio económico no es un modelo financiero vinculante cuyas variables se utilizan para determinar la remuneración periódica del concesionario, ni el Contrato contempla cláusula o provisión alguna que refleje la obligación de revisar o modificar periódicamente dicho ejercicio, porque sus estimaciones son simplemente cálculos de la expectativa de generación de una rentabilidad pero sus variables no son vinculantes.

Se concluyó también que en los contratos de segunda generación, incluido específicamente en el Contrato No. 005, el riesgo tributario, como parte del riesgo regulatorio, está a cargo exclusivo del concesionario según la propia matriz de riesgos del Contrato y en cuanto de conformidad con la cláusula 16 la remuneración incluye no solamente los costos y gastos, sino también los impuestos que se causen en cabeza del concesionario y la utilidad a la que éste tiene derecho.

Finalmente, la base sobre la cual se aplica la tasa de renta es variable para la liquidación del impuesto por cuanto se aplica a la renta líquida gravable que se determina con base en diferentes ingresos y egresos que en gran medida dependen de la estructura financiera y administrativa del sujeto pasivo del impuesto.

Ahora bien, revisados los antecedentes del Contrato adicional No. 13 es plausible concluir que la Entidad Estatal tuvo pleno conocimiento de la tasa de 38,5% incluida por el concesionario en su ejercicio financiero, y que sus asesores le hicieron la anotación en cuanto a la ausencia de las depreciaciones y amortizaciones en las proyecciones presentadas y en su efecto en la rentabilidad, y por ende el ingreso esperado ya que a mayores gastos, sobre una tasa objetiva hay un mayor requerimiento de Ingreso Esperado.

En ese sentido aparece diáfano en el plenario que el Estado tuvo la oportunidad de conocer, estudiar, evaluar y aceptar o no la tasa de

impuesto propuesta por el concesionario con una proyección de 38,5% durante toda la vigencia del contrato.

Adicionalmente, se añade que tanto el interventor como la firma Profesionales de Bolsa le advirtieron a la entidad estatal que la tasa de renta vigente a partir del 2007 era del 35% y que el modelo no incluía las amortizaciones y depreciaciones.

En este sentido, no es posible afirmar que el consentimiento de la Entidad fue viciado por error, porque la Entidad tuvo plena certeza de la tasa reflejada en el ejercicio y está no estaba oculta o disimulada; tampoco puede afirmarse que la propuesta del Concesionario atentaba contra la buena fe contractual, porque el concesionario fue transparente en incluir esa tasa en sus ejercicios.

La misma consideración es predicable respecto de la ausencia de depreciaciones y amortizaciones, y de la tasa de timbre incluida para el Otrosí No. 2 al adicional No. 13.

Por las razones anteriores no es jurídicamente viable sostener a la luz de los artículos 1508 y siguientes del Código Civil, que el consentimiento estuvo viciado por error, ni está demostrado que hubiere existido fuerza o dolo en la celebración del adicional No. 13.

Sin embargo, la anterior conclusión no conduce indefectiblemente a sostener que la tarifa de impuesto y la ausencia de las depreciaciones y amortizaciones, en nada tienen que ver con la remuneración y el ingreso esperado. Esta suma, que como su nombre lo indica surge de una estimación del concesionario de las proyecciones de lo que espera recibir como remuneración, incluye en su cálculo todos los elementos que conforme a la cláusula 16 del Contrato están cubiertos por esa remuneración, específicamente los impuestos y la utilidad.

Así, en la medida en que el concesionario incluya en sus proyecciones una tasa de impuesto superior a la que realmente podría estar obligado a aplicar a su renta líquida gravable, u omite reflejar las amortizaciones o depreciaciones a que tendría derecho, es financieramente claro que el Estado le estaría reconociendo como factor para determinar el ingreso esperado un costo superior al que efectivamente tuvo que asumir, y con ello una mayor rentabilidad.

En efecto, está claramente establecido en las normas tributarias que la tarifa de renta se determina con base en los ingresos obtenidos, pero que adicionalmente, es posible para el contribuyente incluir en la depuración de la renta, costos y gastos deducibles y beneficios establecidos en favor del contribuyente, que efectivamente se terminan reflejando en que la tasa de renta se aplica a una base gravable más baja, y en consecuencia, la tasa real de tributación es inferior. Pero resulta igualmente posible que en el devenir de un proyecto de largo

plazo la tasa del impuesto se incremente, se establezcan nuevos impuestos o se eliminen deducciones o exenciones.

En el mismo sentido, tratándose de depreciaciones y amortizaciones se reconoce que éstos representan gastos que reducen la tarifa efectiva en beneficio del contribuyente, como compensación a la inclusión de sus inversiones en activos operativos.

Igualmente, es claro que la deducción por la inversión en activos fijos productivos fue creada por la ley tributaria como un incentivo a los particulares que adquirieran a título de propiedad activos fijos destinados a la producción industrial. Esta deducción, que como se dijo se consagró no como una obligación sino como una facultad, está **enmarcada en el verbo rector de “poder” y en ese sentido no puede** concluirse que el concesionario haría uso de ella para determinar sus impuestos.

En consecuencia, resulta evidente e incuestionable que desde la perspectiva financiera, la inclusión de una tasa de renta mayor a la del 35% en forma constante o la exclusión de beneficios consagrados en la ley para rebajar los impuestos, tienen impacto directo en la rentabilidad del concesionario toda vez que para efectos de calcular la tasa de rentabilidad efectiva no es lo mismo hacer el cálculo con el 35% que con el 38,5%, ni es neutro calcular la renta sin descontar las depreciaciones o las amortizaciones cuando quiera que claramente son gastos que pueden reducir la renta líquida gravable.

Así las cosas, si el concesionario calculó su ingreso esperado con base en una rentabilidad determinada partiendo de unas proyecciones en las cuales razonablemente creía cubrir los riesgos tributarios y la entidad estatal aceptó como ciertos esos supuestos, es evidente que la entidad estatal terminó aceptando como ingreso esperado una suma calculada con una rentabilidad inferior a la real, porque las estimaciones con base en las cuales se calculó ese ingreso reflejaban una rentabilidad inferior como consecuencia de la tasa de impuesto asumida y de los costos reales excluidos de los cálculos.

Sin embargo, la mayor o menor rentabilidad del concesionario derivada de estas variaciones en el régimen impositivo las debe asumir íntegramente quien retuvo el riesgo tributario y salvo que se trate de un hecho que tenga el carácter de imprevisible, no afecta la economía del Contrato. Así lo ha reconocido la jurisprudencia en reiteradas decisiones, al negar el restablecimiento del equilibrio cuando quiera que la modificación en la tasa o la eliminación de una exención simplemente hace más gravosa la carga del concesionario sin llegar a un punto de pérdida que dé lugar a la obligación de resarcir el daño.

Ahora bien, en el caso concreto sometido a consideración del Tribunal, resulta evidente que la entidad estatal conoció claramente los supuestos

de proyección del concesionario, fue advertido por sus asesores de las posibles incidencias financieras de la tasa y de las amortizaciones y las depreciaciones, y tuvo la oportunidad legal y contractual de rechazar esa propuesta o de solicitar al concesionario que modificara en esas proyecciones los supuestos que en su concepto reflejaban la realidad económica futura o su asunción de riesgo tributario para adecuarlo a las tasas vigentes. En esas circunstancias, no hay razón para concluir que existe una nulidad del modelo por violación de una norma imperativa o del deber precontractual de buena fe, ni un vicio del consentimiento por error ni una circunstancia imprevisible o anormal que conduzca a concluir que el contrato nació desequilibrado.

Es posible entonces concluir que la entidad estatal en su afán por celebrar el contrato adicional aceptó la propuesta del concesionario y no puede ahora en contra del principio de que nadie puede alegar su propia culpa y de la teoría de la confianza legítima derivada de la conducta, para ir contra sus actos propios, desconocer los términos del contrato celebrado que refleja la voluntad de las partes expresada en el mismo sentido respecto de uno de los elementos esenciales del contrato como lo es la remuneración, que como se ha sostenido impacta directamente el término de duración del contrato.

Ahora bien, lo que sí es claro para el Tribunal es que la asunción y aceptación de la propuesta del concesionario en los términos en que esta fue formulada es consecuencia inequívoca de la decisión previa de la Entidad Estatal de entregar el nuevo tramo al mismo concesionario en ausencia de un proceso competitivo que favoreciera la libre concurrencia, según se señaló en el capítulo referente a la nulidad.

En efecto, ya se explicó anteriormente que el principio de la libre concurrencia establecido en la ley 80 de 1993 en desarrollo de las normas constitucionales de la libre empresa, favorecen en esencia la presentación de propuestas competitivas y ajustadas a parámetros reales, porque cuando un proponente sabe que su propuesta será enfrentada y comparada con la de otros competidores, su decisión racional de asumir riesgos y estimar rentabilidades dista mucho de ser un ejercicio encaminado a sobre cubrir sus riesgos o a estimar rentabilidades exageradas, en cuanto sabe a ciencia cierta que esa posición si bien es válida jurídicamente le puede implicar la descalificación como consecuencia de que alguno de los otros sujetos económicos participantes en una decisión más económica y más racional hayan decidido asumir y reflejar rentabilidades ajustadas al mercado, para asumir los riesgos sin mitigarlos en forma excesiva desde la propuesta inicial.

En consecuencia según se expuso en capítulo anterior no queda duda que ausencia de planeación y al principio de libre competencia económica se reflejaron claramente en el contrato en perjuicio evidente de los fines que esta persigue y no le es dable ahora, alegar su propia

culpa con base en la existencia del posible desequilibrio de la ecuación contractual.

Resulta pertinente para respaldar ese dicho, citar el pronunciamiento de un laudo arbitral en el trámite de IDU contra ICA en el cual señaló:

"El principio de la preservación de la ecuación financiera del contrato no es un mecanismo para corregir errores cometidos en la fase de negociación del negocio jurídico ni durante su ejecución. Tampoco ofrece una oportunidad para consolidar el exceso de optimismo o de osadía del contratista al diseñar la oferta con el propósito de lograr a toda costa la adjudicación del negocio; ni para remediar a posteriori su arrojo o temeridad al asumir riesgos y prestaciones sin exigir una contraprestación adecuada ni puede ser un instrumento para mejorar su rentabilidad (...)”⁴¹³.

En el mismo sentido considera el Tribunal que las anteriores premisas son aplicables a la conducta del Estado para sostener que el mecanismo de la ruptura económica del contrato no es un mecanismo para corregir errores de la Administración, ni para subsanar la ausencia de los requisitos de planeación y libre concurrencia que enmarcan la contratación estatal, y que tampoco es la oportunidad para reclamar del contratista la modificación de un contrato que celebró a administración con arrojo e imprudencia al aceptar que, no obstante la advertencia de sus asesores, el concesionario incluyera en sus proyecciones unas variables tributarias diferentes a las que en concepto de la Entidad, ha debido incluir.

Se concluye de lo anterior que las causas que llevaron a la entidad a aceptar la propuesta del concesionario con las variables que le fueron presentadas y revisadas por sus expertos no pueden conducir a declarar el restablecimiento del equilibrio económico ni a que el Tribunal adopte para el adicional No. 13 un modelo contractual con variables diferentes, en cuanto es claro que el riesgo tributario lo asumió el concesionario, que la remuneración pactada incluía ese riesgo tributario cualquiera que fuere la tasa de impuesto superior o inferior a la incluida en la propuesta y en cuanto no puede afirmarse que se trata de circunstancias imprevisibles o sobrevinientes a la celebración del otrosi No. 13 porque la entidad las conoció, las aceptó y las asumió.

El Tribunal concluye que desde la perspectiva jurídica no hay lugar a declarar ni la nulidad del ejercicio financiero presentado por el

⁴¹³ Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio Civil. Febrero 9 de 2006. Rad. 11001 03 06 000 2005 0674

concesionario con su oferta, ni la nulidad del contrato como consecuencia de la tasa incluida en el ejercicio, ni la ruptura del equilibrio contractual por ausencia de los requisitos de imprevisibilidad y álea anormal.

Por las anteriores consideraciones el Tribunal despachará desfavorablemente las pretensiones No. 2, 5 y subsidiaria, 6, 7, 8, 9, 10 y 11.

7.3.1. La pretensión relacionada con la adopción de un nuevo modelo.

En la pretensión No. 5 la Convocante solicita que el Tribunal declare la nulidad del ejercicio financiero que sirvió de base para definir el Ingreso Esperado y la remuneración del Adicional No. 13 y del otro si No. 2 al adicional No. 13

En la pretensión No. 14 la Convocante solicita, además, que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión anterior el tribunal ***"adopte un nuevo modelo financiero para el adicional No. 13"***.

Finalmente, en los alegatos de conclusión busca llamar la atención del Tribunal en torno a la posible nulidad del contrato adicional No. 13 como consecuencia de la nulidad del denominado modelo financiero por ilicitud del objeto.

En este sentido el Tribunal concluye que en cuanto no existe modelo financiero vinculante elevado a la categoría de cláusula contractual, según se explicó ampliamente en la parte anterior, desbordaría su competencia la adopción de un modelo para el contrato.

Se observa además que ni en las preguntas formuladas por la Convocante ni en el cuestionario formulado para preparar el dictamen decretado por el Tribunal ni en el documento presentado por SAC CONSULTING SAS se incluye una pregunta precisa en la cual se le solicite a los expertos adoptar un nuevo modelo financiero para el Contrato, de tal forma que de haber prosperado la pretensión el Tribunal no tendría elementos para acceder a ella por ausencia de prueba.

8. Pretensiones relacionadas con el Desequilibrio Económico del Contrato frente a los Desplazamientos del Cronograma del Adicional No.13 Y del Otrosí No. 2 al Adicional No. 13

Las Pretensiones de la convocante relacionadas con los efectos del Desplazamientos del cronograma de ejecución de las obras durante la etapa de construcción, mejoramiento y rehabilitación del Contrato 005

de 1999, sus adicionales y otrosíes, se expresan en los siguientes términos:

3. Declarar que existió un desplazamiento en el cronograma de ejecución de las obras dentro de la etapa de construcción, mejoramiento y rehabilitación del contrato de concesión No. 005 de 1999, sus adicionales y otrosíes.

4. Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión inmediatamente precedente se declare que el desplazamiento en el cronograma de ejecución de las obras de la etapa de construcción, mejoramiento y rehabilitación del adicional No. 13 y su otrosí No. 2, ocasionó un beneficio financiero a la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y un correlativo empobrecimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI.

8.1. Posición de las convocadas

En relación con las pretensiones incluidas en los numerales 3 y 4 de la reforma a la demanda, las convocadas sostienen que efectivamente está probado en el curso de la historia de las relaciones negociales que han rodeado el Contrato No. 005 de 1999 que han surgido situaciones que modificaron tanto las fechas de las etapas de preconstrucción como de construcción y que dichas situaciones fueron reconocidas por las partes al suscribir los otrosíes y los contratos adicionales respectivos.

A este propósito los escritos de alegaciones y el dictamen presentado por la perita Ana Matilde Cepeda incluyen un cuadro descriptivo de los diferentes contratos tal y como se indicó al resolver el punto atinente a los desplazamientos de los Adicionales 6 y 8.

La interventoría del Proyecto informó que el tiempo de ejecución de las obras objeto del adicional No. 13 debían realizarse en 60 meses y efectivamente el acta de inicio de la etapa de construcción se suscribió el 22 de abril de 2009.⁴¹⁴

Para la convocante **“tal cambio generó un desplazamiento en el cronograma de obras, y, por tanto, generó un beneficio económico en favor del concesionario y en detrimento de la ANI. Asimismo, las inversiones propuestas (diseños y fondeos) también se realizaron en una fecha posterior a la inicialmente propuesta, lo que generó desplazamiento de la inversión, concretándose en un beneficio económico en favor del concesionario y en detrimento de la ANI”**

Sostiene en el mismo sentido en los alegatos que “el acta de inicio de etapa de construcción del Adicional 13, solamente se vino a suscribir el 22 de abril de 2009, por lo que dichas obras deberían haber finalizado

⁴¹⁴ Cuadro de informe de interventoría de Enero 11 de 2008 (cuaderno de pruebas No.18)

en abril de 2014, las cuales tampoco concluyeron en esta última fecha, **pues aun hoy se encuentran en ejecución”**

“Tales obras adicionales del Otrosí No.2 al Adicional No. 13 ya fueron remuneradas al Concesionario desde noviembre de 2013, fecha en la cual se obtuvo el ingreso esperado pactado en dicho Otrosí”⁴¹⁵

La Entidad Estatal en diversas comunicaciones previas a la iniciación de la acción contractual que se tramita ante este Tribunal, le solicitó al concesionario que procediera a reflejar los efectos del desplazamiento, solicitud que no fue atendida favorablemente por la U.T:

En comunicación del 23 de octubre de 2012 **expresó que: “Como quiera que las inconsistencias encontradas conllevan a un desequilibrio contractual en contra de la entidad pública, que modifican sin justificación alguna las condiciones previstas al momento de contratar, comedidamente le solicito su pronunciamiento puntual frente a cada una de las situaciones señaladas antes del próximo 31 de octubre.**

Con miras a plantear soluciones y a adoptar medidas conjuntamente que permitan reestablecer el equilibrio contractual, y teniendo en cuenta las apreciaciones, conceptos y evidencias que sirva allegar con su respuesta, esperamos poder discutir y formalizar los acuerdos a que haya lugar a través de mesas de trabajo que esperamos poder impulsar a la mayor brevedad para dar claridad al marco financiero al adicional **No. 13 al contrato de concesión”**.⁴¹⁶

Para sustentar su pretensión, sostiene la entidad estatal que sin importar las razones o causas que dieron lugar a los desplazamientos de las obras, esta circunstancia de hecho tiene como consecuencia que el retraso en las fechas previstas para las inversiones del concesionario le generan a la UT un beneficio evidente por cuanto a pesar de que se desplaza en el tiempo el flujo de egresos, continúa recibiendo los ingresos derivados del recaudo de los peajes que le fueron cedidos.

En ese sentido afirma **“la teoría de la imprevisión se manifestó a través de un desplazamiento en el cronograma de obras” y que conforme al numeral 1 del artículo 5 de la ley 80 de 1993 tiene derecho a reclamar el restablecimiento de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida.**

En su concepto, la mayor rentabilidad del concesionario representa necesariamente, un empobrecimiento de la entidad en cuanto esa diferencia sustancial le genera una utilidad excesiva que no hace parte de la remuneración a la que tendría derecho como concesionario.

⁴¹⁵ Otrosí No 9 al Contrato

⁴¹⁶ Folio 359 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

Tal y como se señaló en este Laudo, en los antecedentes del Contrato No. 005 de 1999 está probado dentro del proceso que, efectivamente durante la ejecución del Contrato adicional No. 13 y del otrosí No. 2 al adicional 13, desde el inicio del contrato, han surgido dificultades en el cumplimiento de los plazos, de las fechas pactadas para adelantar las etapa de Construcción señalados para la iniciación y entrega de cada uno de los tramos. Efectivamente, en todos los dictámenes consta que desde la celebración del adicional No. 13 al Contrato 005 existieron demoras en la inversión inicial del concesionario, específicamente para la construcción de las obras.

También obran en el plenario copias de las diversas comunicaciones que a partir del mes de agosto de 2006 dan cuenta de las dificultades por el tema ambiental y por la intervención de la CVC para manifestar su preocupación respecto de la reserva de Yotoco, que finalmente concluyó con la firma del otrosí No 2 al en enero de 2008.

Los apartes relevantes de la comunicación de Agosto 24 de 2006, de la entidad mencionada, afirman:

"Como es de su conocimiento, el trazado actual del proyecto de doble calzada a Buenaventura cruza la Reserva Forestal Protectora de Yotoco, una de las áreas protegidas de carácter estricto más importantes del Valle del Cauca y del Suroccidente Colombiano, declarado por el Ministerio de Economía a través de Resolución No. 8 de agosto 18 de 1941. De acuerdo a la Ley 99, la administración de Reservas Nacionales es competencia de las Corporaciones autónomas, razón por la cual me dirijo a Usted muy comedidamente para presentarle los siguientes argumentos de modo que se considere la modificación del trazado de la carretera y de esta forma no se genere daño a la Biodiversidad en esta importante área del Valle del Cauca.

Colombia es uno de los países firmantes del Convenio de Diversidad Biológica, el cual fue ratificado mediante la Ley 164 de 1994 y la formulación de la Política Nacional de Biodiversidad. Este hecho le ha impuesto a Colombia y por ende a las regiones que la integran un gran compromiso con la comunidad internacional. Esto implica el cumplimiento de metas de corto, mediano y largo plazo y la búsqueda de coherencia entre estas metas y las acciones del estado en otros frentes diferentes al ambiental.

(...)

Precisamente, como resultado de los análisis que ha realizado la Corporación, los cuales han sido

ratificados por las Mesas Locales del Sidap, la franja altitudinal 1200-2400, -en la cual se encuentra incluida la totalidad de la Reserva de Yotoco- y que en su conjunto se denomina el ecosistema Subandino, es una de las prioridades más altas de conservación en la (sic) Valle del Cauca, debido al fuerte deterioro que ha sufrido por la expansión de la frontera agropecuaria, que ha afectado el piedemonte de las Cordilleras y a la escasa protección en términos de áreas protegidas. A pesar de que en el Valle adelantamos varios procesos de declaratoria en diferentes ecosistemas, la Reserva de Yotoco, es la única área protegida oficialmente dentro del ecosistema nombrado, por lo tanto se convierte en un área clave dentro del Sistema.

(...)

En 1948 el bosque de Yotoco se declaró como Reserva Forestal debido a la importancia que este tiene para la protección de las aguas que surten el acueducto del municipio de Yotoco (16.000 habitantes).

Debido a que la ampliación de la doble calzada Loboquerrero-Mediacanoa afectaría de forma considerable el bosque existente en la Reserva y las condiciones biológicas de esta importante área y considerando la función que en materia ambiental la Corporación posee y amparados en el Principio de Precaución consignado en el artículo 1, Numeral 6 de la Ley 99 de 1993, solicitamos se reconsidere el trazado actual de la vía de modo que la vía actual se integre al área protegida bajo la figura de vía parque y la nueva vía se trace por la parte externa de la Reserva (anexo), con lo cual se aumentaría el trazo en máximo 5 Km. Ya que esta nueva vía de todas formas circunscribe el área protegida, se deben tener en cuenta diseños de ingeniería que contemplen el paso y la reducción de accidentes de fauna silvestre, tales como pasos subterráneos, mayas, reductores de velocidad y puentes.”⁴¹⁷

En la cláusula quinta del Otrosí **No. 2 se acuerda que “El plazo de ejecución de las obras objeto del presente Otrosí será el mismo que se encuentra consagrado en la cláusula sexta del Contrato Adicional No. 13 al Contrato de Concesión No. 13”**

A su vez, la cláusula sexta del Contrato Adicional No. 13 dispone: **“La Etapa de Construcción tendrá una duración de sesenta meses contados a partir de la suscripción del acta de Iniciación de la Etapa de**

⁴¹⁷ CD aportado por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA. Cuaderno 6 de Pruebas.

Construcción, se podrá dar inicio a las obras dentro de la etapa de preconstrucción, siempre y cuando se cuente con la disponibilidad de los predios, diseños y licencia ambiental respectiva”(se subraya)

En la cláusula Décima bajo el título Indemnidad se acuerda que “La modificación al trazado y la Ampliación del Plazo acordado en la cláusula primera del presente Otrosí, no constituye causa o motivo para reajuste alguno, ni para reclamar desequilibrio económico por parte del CONCESIONARIO” Esta cláusula es reproducida en otros contratos Adicionales u otrosí, con excepción del Adicional No.13 en el cual las partes manifestaron:

“EL INCO Y EL CONCESIONARIO de común acuerdo reconocen que las modificaciones acordadas y consignadas en el presente Documento no dan lugar a indemnizaciones o compensaciones entre las mismas, diferentes a las convenidas en éste”

En efecto en el texto de los otrosíes 2,3 y 4 al Contrato 005⁴¹⁸ se incluye una cláusula que señala que el desplazamiento no dará lugar a reclamos ni a que el Concesionario solicite el restablecimiento del equilibrio económico del contrato como consecuencia de la modificación de la fecha. Si bien es claro conforme a la doctrina y a la jurisprudencia que estas manifestaciones de las partes constituyen verdaderas renunciaciones a posteriores reclamaciones, es pertinente señalar que en el clausulado de los otrosí mencionados, la renuncia es exclusiva de la UT quien acepta no reclamar cualquier desequilibrio pero no incluye una renuncia o manifestación de la entidad estatal y en ese sentido, no es posible concluir que renunció a esta reclamación si a ella hubiere lugar. A diferencia de los anteriores, en la cláusula pactada en el Adicional No. 13 se consigna una renuncia mutua de las partes a la reclamación.

En el caso concreto del Adicional NO. 13 las partes dejaron constancia en los Otrosí 9 y 10 al Contrato No.005 que no obstante la suscripción de dichos documentos contractuales, la ANI no renunciaba a reclamar ni el valor por concepto de los desplazamientos ni las reclamaciones derivadas del ejercicio financiero que sirvió de base para determinar la remuneración acordada en el mismo adicional

En conclusión, es cierto que están debidamente probados los desplazamientos en la ejecución de las obras, los otrosí firmados por las partes para modificar las fechas y ampliar los plazos y los efectos de los desplazamientos en la entrega final de las obras.

Ahora bien, revisados los cronogramas de obra modificados conforme a cada uno de los otrosí firmados entre las partes (Otrosí No. 2 suscrito

⁴¹⁸⁴¹⁸ Cuaderno de pruebas No. 1 folios 206 a 212- Cuaderno de pruebas No. 1 folios 213 a 214- Cuaderno de pruebas No. 1 folios 217 a 218

el 26 de abril de 2000, Otrosí No. 3 de abril 15 de 2002; el Acta de Acuerdo de febrero de 2004; el Otrosí suscrito el 13 de marzo de 2006, el Otrosí suscrito el 19 de julio de 2006, el Otrosí al Contrato Adicional 6 suscrito el 13 de diciembre de 2007 y comparados con las fechas incluidas en los dictámenes periciales que se arrimaron al proceso, se observa con un simple cuadro comparativo, que los expertos de Ernst & Young y de SAC CONSULTING SAS omitieron incluir en sus análisis las fechas y plazos que fueron objeto de modificación por la voluntad de las propias partes.

Así las cosas, está demostrado que las inversiones se desplazaron en el tiempo, específicamente para los adicionales No. 6, No. 8, No. 13 y el otrosí No 2 al adicional 13 las mismas manifestaciones de las partes dejan constancia de esos desplazamientos y de las causas que dieron lugar a ellas.

Coinciden también los dictámenes en reconocer que el desplazamiento de las inversiones genera un beneficio en favor del concesionario en cuanto postergar en el tiempo la fecha prevista para una erogación, mientras los ingresos de los peajes se siguen recibiendo, le representa un beneficio económico por el rendimiento del dinero en el tiempo, circunstancia con base en la cual la convocante invoca el restablecimiento del equilibrio económico o la pretensión subsidiaria de indemnización de perjuicios en el monto que según sus pretensiones **“implica un enriquecimiento para el concesionario con el correlativo empobrecimiento de la Entidad”**.

A este propósito, precisa el Tribunal reiterar, como lo hizo en el capítulo anterior, que han sido coincidentes la doctrina y la jurisprudencia en sostener que el restablecimiento del equilibrio económico del contrato tiene lugar no solamente como una prerrogativa del particular frente al Estado sino del Estado frente al particular cuando quiera que se presentan los hechos objetivos que la ley ha reconocido como elementos de la ruptura del equilibrio. Se agrega además que la ANI no renunció a dicho derecho en el Otro si No. 2 al Contrato Adicional No. 13.

No obstante que el Tribunal se refirió a la aplicación de la teoría al analizar las pretensiones relativas a los efectos tributarios en la remuneración del Contrato Adicional No. 13 y del Otro si No. 2, aborda nuevamente el tema por cuanto el análisis de los efectos de los desplazamientos está referido a supuestos diferentes.

En efecto, el artículo 27 de la ley 80 de 1993 señala:

Artículo 27º.- De la Ecuación Contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso.

Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.

En desarrollo del citado precepto la ANI se dirigió al Concesionario en diversas oportunidades para que adoptara las medidas encaminadas a restablecer el equilibrio y en esa medida cumplió con los supuestos básicos señalados por la Jurisprudencia para solicitar el restablecimiento por vía judicial, ante la negativa de la otra parte a atender los llamados previos a ejercer la acción contractual.

La aplicación del artículo 27 citado reconoce que en los contratos estatales la ecuación propia del sinalagma del Contrato se afecta ante la ocurrencia de los hechos o circunstancias señalados por la citada norma para que sea procedente su aplicación.

Tratándose de contratos bilaterales de los cuales surgen obligaciones recíprocas para los contratantes⁴¹⁹, y que por regla general se identifican con los contratos onerosos, el Código Civil colombiano en su artículo 1498 distingue entre los contratos de tipo conmutativo y aleatorio así:

"El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio"

Al respecto el profesor Juan Enrique Medina Pabón afirma que **"cuando** alguien celebra un contrato en el que se grava a favor de otro para que, a su turno, este le proporcione un beneficio, corrientemente espera que haya un equilibrio entre el sacrificio y la ganancia, porque no es normal celebrar tratos para salir perdiendo y, por eso, la mayoría de los **contratos son conmutativos...No obstante, existe la posibilidad de que**

⁴¹⁹ Artículo 1496 C.C

quien negocie a riesgo de beneficiarse o de perder, en el evento que se produzca o no una situación determinada. En tal caso tomamos el contrato como aleatorio, sirviéndonos el término utilizado por los romanos para la suerte o el acaso –alea-.”⁴²⁰.

Frente a la equivalencia recíproca que de las prestaciones mutuas se predica en materia de contratos conmutativos, la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que **“en mérito de la conmutatividad de ciertos contratos, ineludible es indagar que las prestaciones recíprocas de los contratantes, si bien no simétrica y rigurosamente equivalentes, si pueden considerarse o mirarse para utilizar la expresión positiva de la ley (artículo 1498 del Código Civil) como tales”**.⁴²¹

Por su parte, el concepto de conmutatividad ha sido explicado por el Consejo de Estado⁴²² como:

“El fenómeno de la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse. Sin embargo, lo anterior no significa que en todas las hipótesis el contratista deba obtener con exactitud numérica la utilidad calculada y esperada por él pues no cualquier imprevisto que merme su ventaja tiene la virtualidad de conducir al restablecimiento económico. En efecto, sólo aquellas eventualidades imprevistas que alteran gravemente la ecuación financiera son idóneas para pretender con fundamento en ellas el restablecimiento económico pues si esto no se garantiza se afectaría el interés público que está presente en la contratación estatal. Así que el restablecimiento del equilibrio económico más que proteger el interés individual del contratista lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato.”

⁴²⁰ Medina Pabón Juan Enrique, Derecho Civil. Aproximación al Derecho. Derecho de personas, Editorial Universidad del Rosario, Segunda edición, 2010. P. 216

⁴²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de septiembre de 2000, M.P: Manuel Ardila Velásquez, Ref. 5705

⁴²² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C Sentencia de junio 22 de 2011 CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa Exp. 18836

Y sobre la utilidad del contrato estatal y el equilibrio económico ha señalado la Jurisprudencia⁴²³:

"Ha sido una constante en el régimen jurídico de los contratos que celebra la administración pública, reconocer el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, como quiera que la equivalencia de las prestaciones recíprocas, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración y la intangibilidad de la remuneración del contratista, constituyen principios esenciales de esa relación con el Estado."

"En efecto, se ha reconocido que el equilibrio económico de los contratos que celebra la administración pública puede verse alterado durante su ejecución por las siguientes causas: por actos de la administración como Estado y por factores externos y extraños a las partes.

"El equilibrio financiero del contrato no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa. Este principio no constituye una especie de seguro del contratista contra los déficits eventuales del contrato. Tampoco se trata de una equivalencia matemática rigurosa, como parece insinuarlo la expresión "ecuación financiera".

"Es solamente la relación aproximada, el 'equivalente honrado', según la expresión del comisario de gobierno León Blum, entre cargas y ventajas que el co-contratante ha tomado en consideración; 'como un cálculo', al momento de concluir el contrato y que lo ha determinado a contratar.

"Es sólo cuando ese balance razonable se rompe que resulta equitativo restablecerlo porque había sido tomado en consideración como un elemento determinante del contrato."

Ahora bien, es precisamente en el marco de los contratos conmutativos y razón de la equivalencia de las prestaciones que se obligan a ejecutar las partes, que surge el concepto del equilibrio económico del contrato, el cual si bien tiene aplicación tanto en materia de contratación privada como estatal, reviste especiales matices e importancia en el caso de la segunda, situación que por supuesto se deriva de las circunstancias particulares que gobiernan el régimen legal de la contratación pública.

⁴²³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Sentencia de 29 de mayo de 2003 CP: Ricardo Hoyos Duque Exp. 14577

El equilibrio económico del contrato ha sido definido por la jurisprudencia del Consejo de Estado como "...la **ecuación contractual** que surge una vez las partes celebran el negocio jurídico, de conformidad con la cual las prestaciones a cargo de cada una de las partes se miran como equivalentes a las de la otra..."⁴²⁴.

Al obligarse contractualmente las partes manifiestan su consentimiento respecto de sus prestaciones en consideración a las circunstancias existentes al momento de celebrar el acuerdo, y es con base en ellas que definen el alcance de sus obligaciones; siempre que las mismas se preservan durante la ejecución del contrato la ecuación económica del mismo se mantiene; sin embargo, en ciertas ocasiones las condiciones bajo las cuales las partes contrataron se ven alteradas y como consecuencia de ello, ese equilibrio se quiebra, haciendo excesivamente onerosa para una u otra parte el cumplimiento de sus obligaciones en los términos estipulados.

El quebrantamiento del equilibrio económico del contrato puede tener origen en múltiples causas, pero sus consecuencias y tratamiento legal serán diferentes según se trate sin embargo de un contrato comercial o de un contrato estatal.

Así en un primer lugar el artículo 868 del Código de Comercio consagra la teoría de la imprevisión en materia de contratos mercantiles, que a su tenor literal dispone:

*"Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.
El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato"*

La norma transcrita parte por supuesto de la igualdad entre los contratantes propia del Derecho privado, y desarrolla lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado el principio o la cláusula "**Rebus Sic Stantibus**", conforme a la cual "las partes implícitamente se reputan haber subordinado la subsistencia de sus respectivas obligaciones, en

⁴²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 27 de marzo de 2014, MP. Danilo Rojas Betancourt, Rad. 25000-23-26-000-1998-03066-01(20912)

los términos en que se habían convenido, a la persistencia de las **condiciones de hecho existentes al día del contrato.**"⁴²⁵

Por no ser relevante para el caso que ocupa la atención del Tribunal, solamente se resaltarán tres aspectos aplicables al derecho privado que, como se verá más adelante, se distancian de la aplicación de la misma teoría en el marco de un contrato estatal.

En primer término es claro que la norma circunscribe la aplicación de la Teoría a contratos cuya ejecución se prolonga en el tiempo, estos son los contratos de tracto sucesivo.

En segundo lugar, se llama la atención sobre el inciso final del artículo, pues si bien en un principio se establece que el juez ordenará en la medida de lo posible los reajustes a que haya lugar, seguidamente señala que en caso contrario deberá dar por terminado el contrato.

Y finalmente se resalta el alcance que la Corte Suprema de Justicia ha hecho de aquel artículo en lo que respecta al objeto de la revisión:

"Bien se advierte del factum normativo, que la revisión versa sobre la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, esto es, no cumplida ni extinguida."

"La revisión por imprevisión, es inadmisiblesi la prestación, no obstante la excesiva onerosidad se cumplió, lo cual salvo protesta, reserva o acto contrario, denota aceptación, tolerancia o modificación por conducta concluyente de la parte afectada."⁴²⁶

8.1. El Desequilibrio Económico del Contrato Estatal

De conformidad con el numeral 3° del Artículo 4° de la Ley 80, norma que consagra los derechos y deberes de las Entidades Estatales, éstas **"Solicitarán la actualización o la revista de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato"**.

A su turno el numeral 1° del artículo 5° de la misma ley, en el cual se consagran los Derechos y deberes del contratista, dispone que estos:

⁴²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 29 de octubre de 1936 – Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 21 de Febrero de 2012, MP William Namen Rad. 11001-3103-040-2006-00537-01

⁴²⁶ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil MP: William Namen Vargas Sentencia de 21 de febrero de 2012. Exp. 00537-01.

Artículo 5 1° *Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.*

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.”

De igual modo el numeral primero del artículo 14° del estatuto expresa:

“Artículo 14°. De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1°. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial...”

Con esta misma lógica, el numeral 14 del artículo 25 de la reiterada ley consagra:

“Artículo 25°.- Del Principio de Economía:
14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los

costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.”

Finalmente, el artículo 27 antes transcrito y el 28 de la Ley 80 de 1993 disponen:

"Artículo 28º.- De la Interpretación de las Reglas Contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.”

De la lectura de las normas transcritas es evidente que la ley 80 de 1993 propende porque en todo evento en el que el equilibrio económico de los contratos estatales se vea alterado, éste se reestablezca en el menor tiempo posible, sin restringirlo al acaecimiento de situación extraordinarias e imprevistas ajenas a los contratantes como ocurre en materia comercial.

Ahora bien, es también claro que el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato Estatal se erige por regla general en favor del contratista, lo que no obsta para que el Estado sea también titular de la correspondiente acción.

El Dr Luis Guillermo Dávila Vinueza señala:

"El derecho al respeto de las condiciones y a la garantía sobre utilidades integra la teoría conocida como ecuación económica y financiera del contrato, que la Ley 80 de 1993 expresamente reconoce, principalmente, en favor del contratista. Tiene que ser así por la desigualdad que en diferentes planos caracteriza al contrato estatal y porque en definitiva, el Estado es la parte de la relación que obtendrá las obras, bienes y servicios que el particular ejecuta...Ello no significa que de manera excepcional las condiciones e hipótesis tenidas en cuenta para el contrato, varíen en favor del contratista y en perjuicio de la entidad, en cuyo caso la salvaguarda favorecerá

*a la entidad, tal como también expresamente lo reconoce la ley”.*⁴²⁷

Al momento de verificar si la ecuación económica del Contrato estatal se ha roto, el análisis debe recaer necesariamente sobre las condiciones económicas que fueron tenidas en cuenta para la ejecución del contrato en el pacto mismo, así como las consignadas en los pliegos de condiciones (si los hay), y en términos generales aquellas **"condiciones externas a la entidad, de mercado, económicas, impositivas, etc"**⁴²⁸, existentes no solo al momento de la celebración del contrato, sino también en la etapa precontractual.

Por ello es necesario distinguir entre aquellos procesos de contratación que incluyen una licitación pública, una selección abreviada o un concurso de méritos, y los eventos de contratación directa, pues en el primer caso es claro que el contratista presenta previamente a la suscripción del contrato una propuesta económica en la que se plasma un precio que ha construido al tomar en consideración las circunstancias de tiempo, modo y lugar consignadas en el pliego de condiciones, así como los factores externos a la entidad, evento en el cual el análisis del desequilibrio deberá recaer en la determinación de los efectos económicos derivados del cambio de las variables frente a aquellas circunstancias del pliego existentes al tiempo de la suscripción y las plasmadas en el contrato mismo. En el caso en el cual no hay un proceso de licitación, el análisis se limita entonces a las condiciones pactadas en el contrato respecto de los elementos que fueron tenidos en cuenta para calcular esa remuneración del particular para determinar su variación y las consecuencias económicas.

Las condiciones de ejecución, de las cuales surge la equivalencia de las prestaciones, deben entonces cotejarse con aquellas que surgen con el acaecimiento del hecho o acto que se invoca como fuente del desequilibrio económico; así *"el presupuesto necesario para determinar la existencia o no de la ruptura de la ecuación contractual, debe partir necesariamente de las condiciones e hipótesis tenidas en cuenta para la ejecución, así como de las existentes alrededor de ellas, pues constituyen el extremo de comparación con las reinantes al momento de sucederse la situación que se plantea como generadora de tal ruptura. De tal comparación debe resultar la alteración o no de la ecuación. De las condiciones sobre ejecución resultan trascendentales las relativas al tiempo, modo y precio del contrato, entendido este concepto como integrador de dos componentes: costos y utilidad o provecho económico para el contratista."*⁴²⁹

⁴²⁷ Dávila Vinueza Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Editorial Legis, 2016, Tercera edición, P. 698

⁴²⁸ Ibidem

⁴²⁹ Dávila Vinueza Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Editorial Legis, 2016, Tercera edición, P

Si bien la ley 80 de 1993 no consagra expresamente las hipótesis que dan lugar al quebrantamiento de la ecuación, de antaño la jurisprudencia contencioso administrativa ha desarrollado varias teorías que cobijan los eventos en los que procede el restablecimiento del equilibrio económico del contrato estatal; se reconocen, el ius variandi, el hecho del príncipe, la teoría de la imprevisión y el incumplimiento contractual de las obligaciones.

Sin embargo, cualquiera que sea la hipótesis, los supuestos a verificar son en esencia los mismos:

- La existencia del evento que altera las condiciones iniciales.
- La no imputabilidad del acaecimiento de la situación al contratista y
- La prueba de que aquel ha incurrido en mayores costos como consecuencia de la alteración de la ecuación.

De igual modo, en lo que respecta al efecto del rompimiento, éste no será otro que la reparación a favor de la parte afectada con el desequilibrio, entendida ésta como el reconocimiento tanto de los mayores costos en que incurrió como el correspondiente a la utilidad o rentabilidad prevista a la celebración del contrato, pues según las voces del citado numeral primero del artículo 5° de la Ley 80 el contratista tiene Derecho al restablecimiento del **"...equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas"**.

Así, en Sentencia del 09 de mayo de 1996 con ponencia del Doctor Daniel Suárez, la sección tercera del Consejo de Estado afirmó:

"Quiere la Sala precisar el entendimiento que debe dársele al principio del equilibrio financiero del contrato, en el sentido de que cuando se presente una situación imprevista, el cocotratante adquiere pleno derecho a que se le restablezca la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida. No se trata de que la administración colabore o ayude parcialmente al contratista para que éste pueda soportar el pasivo que la ejecución del contrato le generó, como ha sido el acostumbrado criterio de interpretación cuando el desequilibrio financiero obedece a causas imprevistas para las partes contratantes. De ninguna manera. Considera la Sala, apartándose del criterio ya tradicional en algún sector de la doctrina extranjera, e identificándose con el criterio del legislador colombiano, que el equilibrio económico del contrato comporta para el contratista una compensación

integral, completa, plena y razonable, de todos aquellos mayores costos en los que debió de incurrir para lograr la ejecución del contrato.

En el anterior orden de ideas, se considera que frente a una situación de desequilibrio financiero del contrato, le corresponde a la administración asumir en su totalidad el compromiso de colocar a su colaborador contratista en un punto de no pérdida, y aún más, en una situación económica tal, que sus expectativas de lucro vigentes a la celebración del contrato no se vean menguadas por causas ajenas a su propia voluntad. Por tanto, cuando los factores que generan ese desequilibrio económico del contrato son extraños, ajenos al propio contratista, la única forma de mantener la ecuación financiera consiste en que la administración asuma los costos necesarios para que su cocontratante no sólo obtenga el monto de las inversiones realizadas dentro del curso ordinario y aún extraordinario de la ejecución del contrato, sino que además deberá reconocerle y pagarle sus utilidades, lucros, o ganancias, desde luego razonables y ceñidos a las condiciones iniciales de contratación.”

“...La Sala no pretende desconocer que todo contratista con el Estado, asume la obligación de soportar un riesgo contractual de carácter normal y si se quieren inherente a todo tipo de contratación pública. Pero tampoco podría admitirse que en una relación contractual de derecho público, el contratista deba asumir riesgos anormales o extraordinarios, de suficiente entidad como para afectar la estructura económica del contrato, hasta el punto de impedirle obtener los beneficios, utilidades o provechos pecuniarios contractualmente presupuestados. Aquellas contingencias implicarían en su contra un indebido sacrificio frente a la satisfacción de un interés general, cuya beneficiaria si bien directamente lo es la comunidad, viene a serlo pero por gestión de la propia administración, pero con clara desproporción económica del contrato, como consecuencia inmediata de la pérdida del equilibrio financiero del mismo, cuyo restablecimiento en últimas corresponde disponerlo al juzgador a falta de acuerdo conciliatorio entre las partes.

En torno del asunto que se examina, resulta conveniente recordar cómo en punto referente a los contratos estatales, puede la administración unilateralmente terminarlos, sea por razones de conveniencia o por motivos imputables al contratista, o modificarlos también en forma unilateral. Se trata

de regulaciones contractuales expresivas de las facultades y prerrogativas inherentes al Estado como contratante, en virtud de las cuales procura la satisfacción de las necesidades de sus administrados. Frente a esas excepcionales facultades, surge en favor del particular contratista el derecho a que el propio Estado le conserve el equilibrio económico de sus pretensiones contractuales inicialmente pactadas, en aquellas ocurrencias en que la ecuación financiera se modifica por causas económicas, administrativas o físicas no atribuibles al contratista."⁴³⁰

Del citado pronunciamiento es importante resaltar también el hecho de que es la materialización de riesgos anormales los que dan lugar al restablecimiento financiero del contrato y no el acaecimiento de aleas que pertenecen al tráfico normal del negocio celebrado.

En este sentido el profesor Dávila Vinueza expresa:

*"El derecho al restablecimiento de la ecuación contractual se funda en circunstancias anormales y excepcionales...No está instituido, entonces, para amparar las contingencias normales que ordinariamente se presentan durante la ejecución del contrato. De hecho la realización de cualquier negocio implica unos riesgos normales que se fundan en la libertad para contratar que toda persona tiene...Por tanto, la ecuación no se erige en una protección a ultranza de todos los riesgos del negocio ni por tanto una garantía absoluta de las utilidades. Lo será para eventos anormales que escapen a lo habitual del negocio según la especialidad del contratista, las circunstancias internas y externas que rodean la ejecución, la imprevisión de los efectos, etc"*⁴³¹

Ahora bien en este punto resulta relevante lo consagrado en el artículo 4° de la ley 1150 de 2007 norma que si bien no estaba vigente al tiempo de la celebración del contrato señala que:

"ARTICULO CUARTO Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación...En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con

⁴³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia del 09 de mayo de 1996, Rad. 10151, MP. Daniel Suárez Hernández.

⁴³¹ Dávila Vinueza Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Editorial Legis, 2016, Tercera edición, P. 700

anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.”.

En principio los riesgos calculados y cuantificados que la entidad ha incluido y distribuido en el pliego de condiciones o sus equivalentes, y frente a los cuales se ha surtido audiencia de distribución de riesgos (para el caso de la licitación pública), son riesgos previsibles cuya materialización no daría origen a un desequilibrio económico del contrato estatal. No obstante, y por la dificultad que acarrea la identificación e inclusión de todo este tipo de riesgos en el pliego, estos no pueden agotarse a la enunciación y asignación que en él se haga; y en esa medida algunos sin estar allí consignados, deben tenerse como previsibles y ser soportados por contratista por corresponder al alea normal que emana de la naturaleza del contrato.

En Colombia las normas en materia de contratación estatal han evolucionado para el régimen de concesiones en el sentido de asignar y distribuir esos riesgos desde la celebración del Contrato, con el propósito de conocer desde el principio, la parte que asume y debe controlar los riesgos normales que surgen durante la ejecución del contrato y que mientras no adquieran la connotación de imprevisión o anormalidad, están incluidos en la remuneración que recibe el concesionario.

Al analizar la previsibilidad de un riesgo, no puede perderse de vista tampoco el carácter profesional que asiste tanto al contratista como al aparato estatal, calidades y conocimientos que llevan a la administración a contratar con él, como un verdadero colaborador del Estado Y que por lo mismo le imponen al particular cierta carga de diligencia. Ha afirmado la Doctrina que:

“...La imprevisibilidad como uno de los elementos configurativos de la ruptura de la ecuación contractual o su contrario, es decir, la previsibilidad para descartar la ruptura, debe examinarse bajo la perspectiva que el oferente y el contratista no son personas corrientes sino verdaderos profesionales y expertos en el correspondiente ramo. Así las cosas, si el oferente estuvo, dado su conocimiento y experiencia, en condiciones de advertir un error en los pliegos o sus soportes y no lo hizo al presentar la oferta o contratar, bien sea intencional o simplemente por falta de la diligencia debida y el día de mañana cuando se esté ejecutando el contrato, sucede la situación que

*configura el error, no puede ni debe tener derecho al reconocimiento alguno por mayores costos*⁴³².

Con el mismo análisis puede concluirse que si la administración actúa en ausencia de diligencia o profesionalismo, dicha actuación no puede darle derecho a reconocimiento alguno por menor remuneración, porque la teoría del desequilibrio económico no es un mecanismo para enmendar errores o inadvertencias.

Adicionalmente, es necesario reiterar que no todo acaecimiento de un riesgo imprevisible implica *per se* el quebrantamiento de la ecuación contractual, pues entre tanto éste no altere de manera grave las condiciones iniciales del la parte que la reclama. de tal modo que la utilidad prevista se afecte considerablemente o la ejecución del contrato se haga excesivamente onerosa para una de las partes, las equivalencia entre las prestaciones contractuales se conserva.

Con base en lo anterior, el Tribunal prosigue a referirse a cada una de las hipótesis en las que el Consejo de Estado ha entendido que debe operar el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato.

8.1.1. El Ius Variandi

De conformidad con el artículo 14 de la Ley 80, al celebrar un contrato las Entidades estatales estarán dotadas de ciertos poderes excepcionales con el objeto exclusivo de **"evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación"**; éstos poderes según lo consagra el numeral segundo del artículo son "las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de **caducidad**"⁴³³.

No obstante, tales potestades se hallan exclusivamente circunscritas a **"los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad** que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los **contratos de obra**"⁴³⁴ contratos en los cuales deben pactarse obligatoriamente.

Ahora bien, en los términos del mismo artículo 14 el ejercicio estrictamente legal de tales facultades puede dar lugar al quebrantamiento de la ecuación financiera del contrato estatal:

"En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al

⁴³²Dávila Vinuesa Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Editorial Legis, 2016, Tercera edición. P.310

⁴³³ Numeral 1.Art. 14 Ley 80

⁴³⁴ Numeral 2.Art. 14 Ley 80

*reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la **ecuación o equilibrio inicial**".*

Es precisamente la mutabilidad de los Contratos Estatales por el ejercicio de las señaladas potestades excepcionales de la administración el denominado por la Doctrina y la Jurisprudencia como *ius variandi*, situación imprevista y ajena a la voluntad del contratista que se materializa en un acto administrativo contractual expedido por la entidad que, sin lugar a dudas podrá impactar en las condiciones iniciales del contrato y quebrar su ecuación financiera. Así por ejemplo, **"en tratándose de la modificación que presupone el reconocimiento de las mayores obras, bienes o servicios, o el pago de la utilidad esperada del negocio como estaba estructurado cuando se reduce significativamente el alcance del objeto del contrato. También procede para el caso de la terminación unilateral y excepcionalmente para la interpretación ya que con su ejercicio en realidad no hay alteración de lo pactado. Lo habría cuando se verifica que la interpretación oficial implica el cambio de especificaciones o características de los bienes, servicios u obras que había ofrecido el contratista."**⁴³⁵

Al respecto la sección tercera del Consejo de Estado ha expresado:

"Uno de los principios que rige los contratos de la administración es el de mutabilidad, en virtud del cual tiene ésta la posibilidad de modificar unilateralmente sus términos, afectando de ese modo su ejecución y variando las prestaciones debidas por el cocontratante particular. Pero, el ejercicio del ius variandi, según quedó visto, también puede ser causa de desequilibrio económico de los contratos estatales, que se configura cuando la administración en ejercicio de las potestades exorbitantes de interpretación, modificación y terminación unilaterales del contrato altera las condiciones existentes al momento de contratar. De acuerdo con el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducirle variaciones y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos,

⁴³⁵ Dávila Vinuesa Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Editorial Legis, 2016, Tercera edición, P. 713

*suministros o servicios. Este poder de modificación de la administración es limitado, dado que debe respetar, la sustancia del contrato celebrado, su esencia y la de su objeto, pues una alteración extrema significaría un contrato diferente, no querido por el cocontratante particular y respecto del cual no ha mediado consentimiento; y, además, en todo contrato al disponerse la modificación de la realidad contractual, debe mantenerse el equilibrio económico del contrato, debiendo indemnizar al contratista cuando esas modificaciones produzcan la ruptura de ese equilibrio, o efectuarse los reajustes que correspondan para evitar que obtenga indebidos beneficios. En relación con la indemnización resultante a favor del contratista en estos eventos en los que el equilibrio de la ecuación contractual se ve afectado por el ejercicio de la facultad excepcional de modificación unilateral del contrato por parte de la administración, ha señalado **esta Sección que "...el ejercicio del IUS VARIANDI hace nacer, en favor del contratista-colaborador de la administración, el derecho a que se mantenga en todo momento la ecuación financiera de la relación jurídica, pagándole el mayor trabajo realizado. Esto se explica no sólo a la luz de la ley sino también del Derecho, y de los supremos valores que lo informan, entre los cuales el de justicia lo explica todo"**⁴³⁶.*

8.1.2. El Hecho del Príncipe

A diferencia del ius variandi en el que el Estado obra como contratante pero en ejercicio de ciertas prerrogativas que la ley confiere a la administración expide actos de contenido concreto que afectan la ecuación económica del contrato, la teoría del Hecho del príncipe se refiere al supuesto en el que la entidad actúa como Estado, expidiendo actos de contenido general por fuera del contrato, que tienen como efecto directo o indirecto la alteración de las condiciones iniciales bajo las cuales se celebró aquel y devienen en la ruptura de su equilibrio económico. Esta Teoría sin embargo no tiene expresa consagración legal, y su desarrollo ha tenido como fuente la Doctrina y la Jurisprudencia tanto nacionales como internacionales.

Al respecto, la sección tercera del Consejo de Estado afirma:

"El hecho del príncipe se refiere al rompimiento del equilibrio económico del contrato por la expedición, imprevista y posterior a su celebración de medidas de

⁴³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2011, MP Ruth Stella Correa Palacio, Rad: 25000-23-26-000-1997-04390-01 (18080)

*carácter general y abstracto por parte de la entidad estatal contratante -según posición mayoritaria de la Sección- (leyes, decretos, etc.), que de manera indirecta o refleja afectan la ecuación contractual y hacen más gravosa la situación del contratista (álea administrativa). De conformidad con la doctrina y la jurisprudencia, se presenta cuando la administración contratante (intervención de los poderes públicos) profiere actos generales en su calidad de autoridad estatal, en ejercicio de sus propias funciones y no como parte contratante en el negocio jurídico, pero que tienen incidencia indirecta en el contrato y afectan su ecuación, generando una alteración extraordinaria o anormal de la misma, que ocasiona un detrimento de los intereses económicos del contratista, aunque a título de responsabilidad sin culpa. En este evento, **procede la indemnización integral de los perjuicios**"⁴³⁷*

La misma Sala definió en Sentencia del 29 de mayo de 2003 los requisitos para la aplicación de la Teoría, así:

"El hecho del príncipe como fenómeno determinante del rompimiento de la ecuación financiera del contrato, se presenta cuando concurren los siguientes supuestos:

- a. La expedición de un acto general y abstracto.*
- b. La incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal.*
- c. La alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto.*
- d. La imprevisibilidad del acto general y abstracto al **momento de la celebración del contrato.**"⁴³⁸*

Aclara además la necesidad de que el acto administrativo de carácter general emane de la misma entidad contratante:

"En relación con la condición de la autoridad que profiere la norma general, para la doctrina y la jurisprudencia francesa el hecho del príncipe (le fait du prince) se configura cuando la resolución o disposición lesiva del derecho del cocontratante emana de la misma autoridad pública que celebró el contrato, lo cual permite afirmar que constituye un caso de responsabilidad contractual de la

⁴³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia del 28 de junio de 2012, CP. Ruth Stella Correa Palacios, Rad 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990)

⁴³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia del 29 de mayo de 2003, CP Ricardo Hoyos Duque, Rad. 73001-23-31-000-1996-4028-01(14577)

administración sin culpa. La justificación de esta posición radica en la ausencia de imputación del hecho generador del perjuicio cuando éste proviene de la ley, por cuanto el autor del acto -Nación, Congreso de la República- puede ser distinto de la administración contratante. No obstante no se priva al contratista de la indemnización, ya que podrá obtenerla a través de la aplicación de la teoría de la imprevisión”⁴³⁹

Citando al profesor Jean Riveró, la misma providencia continúa:

“La teoría puede intervenir cuando la persona pública contratante dicta una medida general que agrava las cargas del cocontratante; pero esto no sucede sino cuando la medida tiene una repercusión directa sobre uno de los elementos esenciales del contrato (por ejemplo: creación de una tarifa sobre las materias primas necesarias a la ejecución del contrato)”⁴⁴⁰

Tal y como se indicó en el análisis general que del desequilibrio económico efectuó el Tribunal antes de entrar a estudiar cada hipótesis, es claro que para que la Teoría en comento tenga aplicación, la medida de carácter general tomada por la entidad contratante debe tener una repercusión económica real y grave en el acuerdo, impactando las condiciones iniciales de su ejecución.

Ahora bien, en lo que respecta a la exigencia de que sea la misma entidad contratante quien profiera el acto de contenido general y abstracto, debe señalarse que ha sido un tema de constante debate, pero es la posición referida la que a la fecha adopta el máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

Al respecto, la Doctrina ha señalado:

“...para los sostenedores de la tesis restrictiva, esto es, la que identifica el hecho del príncipe con la entidad contratante, las determinaciones de otras autoridades que afectan la economía del contrato, se insertan dentro de la alea económica que envuelve la teoría de la imprevisión..”⁴⁴¹

⁴³⁹ ibídem

⁴⁴⁰ ibídem

⁴⁴¹ Dávila Vinuesa Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Editorial Legis, 2016, Tercera edición, P. 706

8.1.3. El Incumplimiento de Obligaciones Contractuales de La Administración como hecho que Rompe a Ecuación Contractual

El Tribunal no profundiza en el análisis de esta causal por cuanto no fue planteada por el convocante para sustentar sus pretensiones encaminadas al restablecimiento de la ecuación.

8.1.4. La Teoría de la Imprevisión

La teoría de la imprevisión surgió en Francia a comienzos del siglo pasado como consecuencia de la decisión proferida por el "*Conseil d'Etat*" el 30 de marzo de 1916 en el marco del célebre caso "*Gaz de Bordeaux*" o de la compañía de gas de Burdeos. La ciudad suscribió un contrato con la empresa en cuestión para que esta le prestara el servicio de alumbrado público, que para ese entonces funcionaba a base de gas y cuya producción requería del carbón.

Con el estallido de la primera guerra mundial y la ocupación de Alsacia y Lorena, históricas regiones carboníferas de Francia a manos de Alemania, el precio del mineral se quintuplicó, lo que obligó al contratista a importarlo asumiendo los elevados costos que ello acarreaba. La compañía solicitó entonces indemnización a la **municipalidad, ente que invocando el principio "pacta sunt servanda"** consideró la intangibilidad del pliego, y en esa medida exigió que el gas se suministrara al precio que las partes habían estipulado.

El caso fue fallado en primera instancia en contra de la compañía, pero el Consejo de Estado desestimó los argumentos esbozados por la municipalidad, y declaró que la economía del contrato se había quebrado a partir de hechos imprevistos, por lo que invitó a las partes a renegociar los términos del acuerdo y fijó una indemnización para el contratista subsidiariamente;

Esta teoría ha sido adoptada de antaño por la jurisprudencia nacional⁴⁴², y en tal sentido ha sido esta quien ha fijado su alcance, aplicación y requisitos como a continuación se verá.

Así pues sea lo primero afirmar que la teoría de la imprevisión no tiene una consagración expresa en la Ley 80, como sí ocurre en materia comercial según se indicó previamente. No obstante, la Ley sí contempla normas que permiten su aplicación.

Nuevamente se transcribe lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 5° a cuyo tenor literal los particulares que celebren contratos con la administración:

⁴⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 29 de octubre de 1936

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

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato."

Si bien la norma citada no refiere textualmente a la teoría de la imprevisión, sí consagra requisitos generales para que el restablecimiento del equilibrio económico opere. De otra parte debe destacarse que en principio la norma consagra un supuesto exclusivamente en favor del contratista, situación que no ha impedido que la justicia arbitral reconozca el restablecimiento de la ecuación económica en favor de la entidad contratante.

Citando al profesor Hector Jorge Escola, el Consejo de Estado ha afirmado al respecto:

"Resulta ilustrativo conocer la explicación de cada uno de los anteriores supuestos dada por Escola: Es condición exigida para que la teoría de la imprevisión proceda, tal como es aceptada en el derecho administrativo, que se esté en presencia de un contrato administrativo stricto sensu. Sólo relaciones contractuales de esta naturaleza podrían generar ese efecto, pero, al mismo tiempo, también se acepta que la imprevisión tiene vigencia en todo contrato administrativo, cualquiera que sea su clase, y sin que se requiera la existencia de normas legales o convencionales que le den cabida. Su aplicación responde a un principio general del derecho administrativo."⁴⁴³

En este sentido, al referirse a la Teoría de la Imprevisión la Sección tercera del Consejo de Estado explica:

"Se presenta cuando situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera

⁴⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2004, CP Germán Rodríguez Villamizar, Rad. 25000-23-26-000-1991-07391-01

*del contrato en forma anormal y grave, sin **imposibilitar su ejecución...**Según Riveró: "Para que la teoría se aplique se requieren tres condiciones: - los cocontratantes no ha podido razonablemente prever los hechos que trastornan la situación, dado su carácter excepcional (guerra, crisis económica grave) - Estos hechos deben ser independientes de su voluntad. - Deben provocar un trastorno en las condiciones de ejecución del contrato. La desaparición del beneficio del cocontratante, la existencia de un déficit, no son suficientes: hace falta que la gravedad y la persistencia del déficit excedan lo que el cocontratante haya podido y debido razonablemente prever."⁴⁴⁴*

En la misma providencia, la Sala continúa:

"Resulta, entonces, procedente su aplicación cuando se cumplen las siguientes condiciones:

- i. La existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato.*
- ii. Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato.*
- iii. Que no fuese razonablemente previsible por los cocontratantes al momento de la celebración del contrato.*

Respecto del primer supuesto cabe precisar que no es dable aplicar la teoría de la imprevisión cuando el hecho proviene de la entidad contratante, pues esta es una de las condiciones que la diferencian del hecho del príncipe, que es imputable a la entidad.

*En cuanto a la alteración de la economía del contrato, es de la esencia de la imprevisión que la misma sea **extraordinaria y anormal**, supone "que las consecuencias de la circunstancia imprevista excedan, en importancia, todo lo que las partes contratantes han podido razonablemente prever. Es preciso que existan cargas excepcionales, imprevisibles, que alteren la economía del contrato. El límite extremo de los aumentos que las partes habían podido prever.. (...) Lo primero que debe hacer el contratante es, pues, probar que se halla en déficit, que sufre una pérdida verdadera. Al emplear la terminología corriente, la ganancia que falta, la falta de ganancia, el *lucrum cessans*, nunca se toma en consideración. Si el sacrificio de que se queja el contratante se reduce*

⁴⁴⁴ ibidem

a lo que deja de ganar, la teoría de la imprevisión queda absolutamente excluida. Por tanto lo que se deja de ganar no es nunca un álea extraordinario; es siempre un álea normal que debe permanecer a cargo del contratante”

*Y en relación con la imprevisibilidad del hecho, cabe precisar que si el hecho era razonablemente previsible, no procede la aplicación de la teoría toda vez que estaríamos en presencia de un hecho imputable a la impericia, negligencia o falta de diligencia de las partes contratantes, que por lo mismo hace improcedente su invocación para pedir compensación alguna, toda vez que a nadie le es **dable alegar su propia culpa en beneficio propio.**”⁴⁴⁵*

El gran dilema que plantea tanto el restablecimiento de la ecuación contractual como la revisión por imprevisión cuando circunstancias independientes de la voluntad de las partes e imprevisibles al momento de la celebración del contrato hacen muy difícil su ejecución o ésta resulta excesivamente onerosa, sin que sea imposible, consiste en dilucidar si es necesario proceder a la adaptación judicial del contrato o deshacer anticipadamente el vínculo contractual.

En realidad, el hecho generador del trastorno del equilibrio contractual no es tanto la *imprevisión* de las partes – o «imprevisión contractual» - (el derecho no acude en ayuda de los incautos), sino un cambio de circunstancias, sobrevenido después de la celebración del contrato que no podía razonablemente ser tomado en consideración en ese preciso momento.

Los Principios del derecho europeo de los contratos tratan este asunto bajo el nombre de «cambio de circunstancias ». Esta expresión se refiere exclusivamente a la fuente del problema (el cambio de circunstancias), sin prejuzgar sobre la solución que habrá de imponerse: revisión del contrato o resiliación (resolución *ex nunc*). Es necesario precisar además que no cualquier cambio de circunstancias permite derogar el principio de la fuerza obligatoria del contrato: solamente la irrupción de lo verdaderamente imprevisto lo justifica. La posición rigurosa tanto del legislador como de la jurisprudencia, en Colombia y en el exterior imponen una frontera nítida entre la revisión por imprevisión y la noción de fuerza mayor. La imprevisión se distingue doblemente de la fuerza mayor: de una parte, el evento no implica la imposibilidad de ejecutar, sino que simplemente su ejecución se vuelve mucho más onerosa para el deudor. Por otra parte, las consecuencias difieren: exoneración del deudor en el caso de la fuerza mayor,

⁴⁴⁵ ibidem

obligación de renegociar el contrato y poder moderador del juez en aquel de la imprevisión.

Dentro de las múltiples teorías que justifican la revisión del contrato por imprevisión y que se han esgrimido a través de los tiempos, tal vez aquella que pregona la idea según la cual se podría suponer que, en todo contrato de larga duración, una cláusula particular llamada *rebus sic standibus*, subordina el consentimiento a la persistencia del estado de las cosas que existía al momento en que éste se expresó. Así, la fuerza obligatoria del contrato supondría que las circunstancias sean las mismas. La cláusula *rebus sic standibus* tiene un éxito notable en derecho internacional público; introducida en numerosos tratados, ella autoriza su denuncia unilateral por razones económicas o políticas. El artículo 62 de la Convención de Viena de 1965 sobre el derecho de los tratados, admite que el cambio «fundamental» de circunstancias constituye una causa de extinción o de suspensión de los tratados. El cambio de circunstancias permite incluso justificar la readaptación convencional de los tratados.

Comoquiera que el contrato no puede ser visto como un « *ménage à trois* » -las dos partes y el juez- sólo de manera excepcional, previo el examen de unas condiciones muy estrictas éste podrá intervenir para ejercer las precisas facultades que le reconoce la Ley. En ese mismo orden de ideas examinemos brevemente las unas y las otras.

8.1.4.1 Las Condiciones

Esas condiciones son a la vez de dos órdenes: un primer grupo concierne las circunstancias de hecho de las partes y un segundo grupo de condiciones guarda relación con los contratos respecto de los cuales es posible solicitar la aplicación de las normas que prevén la revisión por imprevisión o el restablecimiento de la ecuación contractual para poder solicitar la intervención del juez.

8.1.4.1.1. Las Circunstancias de las Partes

Cuando se habla de circunstancias imprevistas e imprevisibles, como se anotó resulta fácil pensar en la fuerza mayor, pero no en aquella que impediría el cumplimiento de las obligaciones contractuales, sino de aquellas que haría de su ejecución la ruina para uno de los contratantes. La teoría de la imprevisión en nuestro derecho es una solución excepcional comoquiera que implica una flexibilización del sacrosanto principio *pacta sunt servanda*. En efecto, el contratante que la invoca no puede esgrimir cualquier falta de previsión de su parte; es indispensable que las circunstancias que volvieron la prestación a su cargo excesivamente onerosa tengan un carácter económico, extraordinario, imprevisible en el momento de la celebración del contrato y no imputables al hecho de las partes.

Ocurre con frecuencia en el campo contractual que durante la ejecución del contrato éste se revela menos conveniente o ventajoso que en el momento de su celebración. En efecto, en muchas ocasiones al término del contrato o en un momento dado durante su ejecución el beneficio obtenido es inferior al esperado en las previsiones iniciales, frente a lo cual nadie imaginaría acudir ante el juez para que se revise el contrato; en ese caso, así como el que nos ocupa, el contrato fue celebrado como un contrato sinalagmático, oneroso, y conmutativo y, así permanece con sus aleas normales. Las expectativas de las partes en relación con la ganancia esperada, a veces un tanto optimistas, no son una razón para solicitar al juez revise los términos de la convención; nunca que nació como sinalagmático, oneroso y conmutativo se transforma en aleatorio. Podría decirse que un contratante siempre estará en la posibilidad, incluso si se quiere en su derecho, de hacer un mal negocio y que es completamente legítimo para su contratante obtener provecho de ello. Pero frente a circunstancias excepcionales de una extrema gravedad, el contrato ya no podrá ser visto como la expresión de la libertad y de la igualdad de los individuos frente a la Ley.

8.4.1.2. Carácter Imprevisible

Resulta que, al lado de la imprevisibilidad de las circunstancias, éstas deben ser irresistibles o inevitables para la parte que las soporta; en otros términos, ésta no debe en manera alguna ser causa de ellas o haberlas originado. Todo lo que una parte contractual está en la posibilidad no sólo de visualizar sino igualmente de evitar porque el acontecimiento no le es extraño o porque siéndolo puede hacerle frente, no podría ser considerado por el juez como un cambio de circunstancias.

8.1.4.2. Poderes del Juez

Frente al cambio de circunstancias válidamente alegado por una de las partes ante el juez, resta examinar la tarea que por ese hecho le ha sido encomendada. Dos posibilidades le ofrece la Ley: la refacción del contrato o su terminación

La Refacción del Contrato por el Juez

Cuando el juez asume el conocimiento de la controversia planteada y el cambio de circunstancias ha sido probado, la primera posibilidad que se le otorga es la de revisar el contenido mismo del contrato para que él reequilibre las prestaciones a cargo de las partes. Tamaña tarea la que le encomienda el legislador de volver a colocar a las partes en una situación económicamente similar a aquella en que se encontraban a la hora de contratar. En los contratos administrativos, en aplicación de las reglas que le son propias (Artículo 27 de la Ley 80 de 1993) el asunto es relativamente más simple; algunas decisiones del Consejo de Estado y de tribunales de arbitramento subrayan la necesidad de llevar al contratante a un punto en que el contrato no le implique una pérdida;

en ese orden de ideas él podría sin embargo ver desaparecer el beneficio que fundamentalmente esperaba obtener del contrato en el momento de su celebración. Otras decisiones, por el contrario, resaltan la necesidad de concederle sumas adicionales con el objeto de mantener el margen de beneficio inicialmente previsto.

Conocidos como quedaron los antecedentes de las concesiones viales y del restablecimiento de la ecuación contractual o equilibrio económico del contrato, solo queda reiterar que mientras la teoría de la imprevisión busca el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato existente al momento de contratar, la responsabilidad contractual propende por la reparación de un daño antijurídico producido como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. La anterior precisión se hace necesaria por cuanto ocurre tanto en doctrina como en alguna medida en la jurisprudencia, que se confundan los conceptos y se considere a la primera como una subespecie de la segunda, toda vez que en ocasiones ambas utilizan una terminología común, como **verbigracia en el caso de la necesaria "imprevisibilidad" de los hechos** constitutivos del desequilibrio, pero también del suceso que se alega como causa extraña o caso fortuito o de fuerza mayor. En la primera la **"imprevisibilidad" es requisito del desequilibrio que se alega;** en la segunda es un presupuesto del suceso que se esgrime como eximente de responsabilidad.

Tal y como se indicó en apartes anteriores "el hecho del príncipe" no sería aplicable pues en estricto sentido se trata de uno de los elementos determinantes de la responsabilidad contractual del Estado, por lo que **sólo el "ius variandi" o la "imprevisión"** podrían ser tenidos en cuenta para los propósitos que nos ocupan. El primero no ha tenido ocurrencia en el caso *sub judice* pues no obra en el expediente prueba alguna que la entidad estatal contratante haya hecho uso de las denominadas cláusulas o facultades excepcionales al derecho común (Artículos 14 y siguientes de la Ley 80 de 1993) y además no sabría prevalerse de las mismas para la prosperidad de las pretensiones de la demanda en los términos en que fueron planteadas al Tribunal.

En el caso que ocupa la atención del Tribunal, la entidad estatal convocante alega un desequilibrio del contrato por el desplazamiento de las inversiones que debía hacer el concesionario en la ejecución del contrato, tanto del principal como de sus adicionales, particularmente, el Adicional N. 13 y su Otrosí N. 2. Esas contingencias, en el litigio que nos ocupa, o al menos algunas de ellas, de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, habrían repercutido en una mayor rentabilidad de los ingresos que por el contrato obtiene el concesionario, y en cualquier caso obedece a circunstancias cuya ajenidad a las partes no fue establecida, como tampoco que escaparon a la esperada y razonable previsión de la entidad contratante en la etapa precontractual, como a la hora de la celebración del contrato.

En el caso concreto objeto de análisis del Tribunal se observa que las causas de los desplazamientos tienen relación directa con la gestión predial y con la gestión ambiental.

Consta en el plenario que las partes dejaron constancias tanto en los documentos aportados como en los testimonios que se rindieron en el curso del proceso, de los tropiezos para lograr la expropiación de los predios, y las dificultades en materia ambiental y social que implicaron demoras en la obtención de esas licencias, gestión que en el Contrato adicional No. 13 fue asumido por el Concesionario. El Tribunal se refirió en detalle a estos supuestos en el capítulo en el cual se pronuncia sobre la nulidad.

No sobra advertir que, tratándose de contratos de segunda generación una de las modificaciones introducidas por el CONPES a la gestión de riesgos consistió en que el Estado retuviera aquellos que le son endógenos y que le queda más fácil controlar mientras que transfirió al particular los que le son exógenos o externos a él.

Para el Tribunal es claro que, a efectos de establecer las consecuencias del desplazamiento de la inversión en el campo financiero, pero sobretodo en el campo jurídico y, si ello implica en las relaciones entre las partes del contrato objeto de las presentes controversias un rompimiento de la ecuación contractual o del equilibrio económico del contrato o, aún, un enriquecimiento sin causa en detrimento de los intereses y derechos de la parte convocante, es imprescindible, detenerse en el análisis de las dos principales causas del desplazamiento, de acuerdo con lo que se ha probado en el respectivo debate, esto es, el riesgo ambiental y el relativo predial.

Alrededor del primero es menester partir de las disposiciones del contrato básico, es decir el Contrato de Concesión 005 de 1999. A este respecto la cláusula 5 del contrato principal, relativa a la etapa de preconstrucción contiene un numeral 5.3 que consagra las

"PRINCIPALES OBLIGACIONES DEL INVIAS" para esta etapa, dentro de las cuales, en el tema que nos ocupa, cabe resaltar: "iii) Haber obtenido la(s) Licencia(s) Ambiental(es) y haber presentado el(los) Documento(s) de Evaluación y Manejo Ambiental de acuerdo con lo previsto en la cláusula 28 de este Contrato, obligación que debe ser cumplida dentro de los (8) ocho meses siguientes contados desde la constitución de los Fideicomisos 1 y 2. El cumplimiento de esta obligación será requisito necesario para la firma del Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción.

Si el INVIAS no cumple con esta obligación en los plazos previstos, el Concesionario podrá solicitar la terminación anticipada del Contrato, caso en el cual se aplicará lo previsto en el numeral 10.4 de la cláusula 10 de este Contrato. Si efectivamente se presenta la terminación del Contrato se aplicará también lo estipulado en el numeral 12.2 de la cláusula 123 de este Contrato. El Concesionario tendrá derecho a solicitar la terminación sólo si ha cumplido puntualmente con las obligaciones numeradas i), iii) y iv) del numeral 5.2 anterior y –además- si demuestra que ha perfeccionado los documentos necesarios para probar la obtención del Cierre Financiero. En este caso, y sólo para los efectos de este párrafo se aceptará que en los documentos que prueben el Cierre Financiero se condicione la efectividad de los créditos únicamente a que se obtenga(n) la(s) Licencia(s) Ambiental(es) y/o a que se presenten el (los) Documento(s) de Evaluación y Manejo Ambiental por parte del INVIAS. Tal condicionamiento será el único aceptable para considerar cumplida la obligación del Concesionario de obtener la financiación, para los efectos de este párrafo.”

Por su parte, la Cláusula 22 establece:

“Además de las previstas en otras cláusulas del presente Contrato o en los documentos que lo integran, serán obligaciones del INVIAS:

(...)

3.- Obtener la(s) Licencia(s) Ambiental(es) y elaborar y presentar el (los) Documento(s) de Evaluación y Manejo Ambiental para las obras incluidas en el Proyecto que así lo requieran, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 28.

En la cláusula 28 se refiere de manera general al manejo ambiental del Proyecto y en el tema de la responsabilidad en lo que a la obtención de las licencias ambientales requeridas para el desarrollo del proyecto que nos ocupa, en ella se prevé:

“2.- La obtención de la(s) Licencia(s) Ambiental(es) para las obras del Proyecto que, de acuerdo con las reglamentaciones aplicables requieran de dicha licencia es responsabilidad del INVIAS. El INVIAS se obliga a obtener dicha(s) Licencia(s) dentro de los plazos previstos en el numeral 5.3 de la Cláusula 5 de este Contrato.

*También será responsabilidad del INVIAS la elaboración y presentación ante la autoridad ambiental competente de los documentos de Evaluación y Manejo Ambiental, para las obras que de conformidad con las disposiciones ambientales aplicables, aunque no requieran Licencia Ambiental sí exijan la presentación de dichos documentos. El INVIAS se obliga presentar dichos documentos dentro de los plazos previstos en el numeral 5.3 de la **Cláusula 5 de este Contrato.**”*

En el anterior orden de ideas se observa claramente que de acuerdo con el Contrato 005 de 1999 objeto de las presentes controversias, la obtención de las licencias ambientales, necesarias para que el concesionario pudiera dar inicio a la etapa de construcción era responsabilidad exclusiva de la entidad estatal contratante. El riesgo que asumió el concesionario en el tema ambiental consistía básicamente en el cumplimiento de las obligaciones que se derivaran de dichas licencias, por cesión que de las mismas hiciera el INVIAS, lo que supone que las mismas hayan sido tramitadas y obtenidas por ésta ante la autoridad ambiental competente. Ello significó que el Estado tramitara ante el mismo Estado aquello que era presupuesto necesario para que el concesionario efectuara las inversiones que contractualmente le correspondía, al margen del cabal cumplimiento o no de otras obligaciones asumidas por las partes.

En lo que respecta al contrato Adicional N. 13 al Contrato 005 de 1999, celebrado éste entre el Instituto Nacional de Concesiones –INCO- y la Unión Temporal Desarrollo Vial Valle del Cauca y Cauca UTDVVCC, con fecha 9 de agosto de 2006, el riesgo ambiental se trasladó de la entidad contratante al contratista.

En efecto, de acuerdo con la Cláusula Cuarta:

*“PRINCIPALES OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO DURANTE LA ETAPA DE PRECONSTRUCCION:
Durante la Etapa de Preconstrucción objeto del presente Contrato Adicional, EL CONCESIONARIO **deberá cumplir con las siguientes obligaciones: (...)**
4.6.- El trámite y la obtención de las licencias ambientales y la presentación de los documentos de Evaluación y Manejo Ambiental, se hará con cargo a los recursos del Fideicomiso Ambiental, para las obras que de conformidad con las disposiciones ambientales aplicables, aunque no requieran Licencia Ambiental, sí exijan la presentación de dichos documentos. Los costos de compensación generados por las Licencias serán asumidos por EL CONCESIONARIO con cargo al Fideicomiso Ambiental hasta el monto fondeado por*

éste y si exceden de este valor el excedente será asumido por el INCO.”

Más adelante el mismo Contrato Adicional reitera esa responsabilidad del concesionario cuando en la Cláusula Decima Quinta, al atribuirle igualmente la responsabilidad integral del Manejo Ambiental del Proyecto, establece:

“15.2.- La obtención de la(s) Licencia(s) Ambiental(es) para la ejecución de las obras objeto del presente Contrato Adicional que, de acuerdo con las reglamentaciones aplicables, requieran de dicha licencia, es responsabilidad de EL CONCESIONARIO con cargo a los recursos del Fideicomiso Ambiental. También será responsabilidad del EL CONCESIONARIO, con cargo a dichos recursos la elaboración de los estudios, diseños y/o asesorías ambientales, de acuerdo con los Pliegos de Condiciones del Contrato de Concesión N. 005 de 1999 que para tal efecto establezca la autoridad ambiental, necesarios para obtener las modificaciones o Licencias Ambientales requeridas para la realización de las obras previstas en la Etapa de Construcción.”

El segundo de los factores causantes del desplazamiento de la inversión del concesionario es la demora en la puesta a disposición del contratista de los predios necesarios para el adelantamiento de la etapa de construcción, circunstancia no sólo igualmente establecida en el debate probatorio, sino además no controvertida por las partes. En efecto, a este respecto en la Cláusula 5 del Contrato de Concesión 005 de 1999 prevé:

*“PRINCIPALES OBLIGACIONES DEL INVIAS
Durante la Etapa de Preconstrucción el INVIAS deberá cumplir, principalmente, con las siguientes obligaciones: (...)*

ii) Adquirir el derecho para disponer de un número de predios que represente, al menos, un área no inferior al 90% del área total de los predios necesarios para ejecutar la totalidad de las obras durante la Etapa de Construcción de los Tramos 1, 2, 3, 4, 5 y 6. Estos predios deben reunir el 100% de los predios necesarios para la ejecución de las obras durante el primer año de la Etapa de Construcción de acuerdo con el listado que suministrará EL CONCESIONARIO antes del vencimiento del segundo mes contado desde la Fecha de Inicio de Ejecución; adicionalmente, EL INVIAS deberá entregar a EL CONCESIONARIO,

dentro de los ocho (8) meses siguientes contados desde la constitución de los Fideicomisos 1 y 2 la certificación de que trata el primer párrafo del numeral 26.2 de la Cláusula 26. El cumplimiento de esta obligación será requisito necesario para la firma del Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción. Los predios requeridos para la ejecución de obras, que no hayan sido adquiridos durante la Etapa de Preconstrucción, deberán ser adquiridos y entregados a EL CONCESIONARIO en los términos del segundo párrafo del numeral 26.2 de la Cláusula 26 del este Contrato.”(...)

Así mismo en el numeral 6.3 de la Cláusula 6 del Contrato Principal, relativa a las obligaciones del INVIAS en la Etapa de Construcción se lee:

“6.3.- Durante la Etapa de Construcción, el INVIAS deberá cumplir, principalmente, con las siguientes obligaciones:

- i) Entregar los predios incluidos en la Certificación a que se refiere el primer párrafo del numeral 26.2 de la Cláusula 26 de este Contrato. Esta entrega se hará en los términos de la Cláusula 27. Si EL INVIAS no cumple con esta obligación en los plazos previstos, EL CONCESIONARIO podrá solicitar la terminación anticipada del Contrato, caso en el cual se aplicará lo previsto en el numeral 10.7 de la Cláusula 10. Si efectivamente se presenta la terminación del Contrato se aplicará también lo estipulado en el numeral 12.5 de la Cláusula 12 de este Contrato.*
- ii) Entregar los demás predios requeridos para la ejecución de obras en los términos y condiciones estipuladas en el numeral 27.3 de la Cláusula 27 de este Contrato.”*

En concordancia con lo anterior, en la Cláusula 22 del mismo Contrato Principal se establece:

“Además de las previstas en otras cláusulas del presente Contrato o de los documentos que lo integran, serán obligaciones del INVIAS: (...)

2.- Adquirir y poner a disposición de EL CONCESIONARIO los predios requeridos para la ejecución del Proyecto, en los términos y condiciones previstos en el presente Contrato.”

La cláusula 26 de manera explícita radica en EL INVIAS la responsabilidad en lo que a la puesta en disposición de EL CONCESIONARIO se refiere de los predios necesarios para el desarrollo del Proyecto. En efecto, en su parte pertinente allí se estipuló que:

"26.1.- El INVIAS será responsable de la adquisición de los predios requeridos para la ejecución del Proyecto. Para tal efecto, celebrará los contratos de promesa de venta, compraventa, servidumbre o cualesquiera otros contratos o acuerdos que permitan la ocupación de los predios para los fines del Proyecto y/o realizará los procesos de expropiación que sean necesarios para garantizar que EL CONCESIONARIO tenga la disponibilidad de ocupar los predios para efectos de la ejecución del Proyecto. La elaboración de las ficha predial estará a cargo del INVIAS, salvo en el caso establecido en el numeral 50.3 de la Cláusula 50 de este Contrato.

26.2.- Las labores de adquisición de predios por parte del INVIAS se desarrollarán durante la Etapa de Preconstrucción, de tal manera, que antes del vencimiento del octavo mes contado a partir de la constitución de los Fideicomisos 1 y 2 y del Fideicomiso Principal, el INVIAS deberá haber celebrado los contratos o acuerdos correspondientes o culminado los procesos de expropiación necesarios para garantizar que EL CONCESIONARIO dispondrá de un número de predios que represente, al menos, un área no inferior al 90% de de todos los predios necesarios para ejecutar las obras de construcción de los Tramos 1, 2, 3, 4, 5 y 6. Estos predios deben reunir el 100% de los predios necesarios para la ejecución de las obras durante el primer año de la Etapa de Construcción de acuerdo con el listado que suministrará EL CONCESIONARIO antes del vencimiento del segundo mes contado desde la Fecha de Inicio de Ejecución. La disponibilidad de los predios será certificada por el INVIAS con lo cual se entenderá que su obligación ha quedado debidamente cumplida antes del vencimiento del plazo señalado en este numeral. Dicha certificación podrá ser presentada ante los Prestamistas por EL CONCESIONARIO para efectos de obtener el Cierre Financiero, si así lo requieren los Prestamistas. Si el INVIAS no cumple con esta obligación en los plazos previstos, EL CONCESIONARIO, podrá solicitar la terminación

anticipada del Contrato, de acuerdo con lo señalado en el ordinal ii), del numeral 5.3 de la cláusula 5.

Los predios requeridos para la ejecución de obras que no se incluyan en la certificación a que se refiere el párrafo anterior, deberán ser adquiridos y entregados a EL CONCESIONARIO dentro del año siguiente a la Etapa de Construcción. Si el INVIAS no cumple con esta obligación en el plazo previsto y los predios que no se hayan entregado son necesarios para la culminación de las obras de uno o varios Tramos, el retardo que la mora del INVIAS implique para entrega de las obras de dichos Tramos, no podrá afectar los flujos esperados de EL CONCESIONARIO.”(...)

Lo previsto en el párrafo anterior para el evento de mora en la entrega de los predios por parte del INVIAS, no tendrá aplicación si el INVIAS adopta las medidas necesarias para permitir la continuación de las obras sin necesidad de contar con los predios no entregados. ”

Más adelante, en la cláusula 27.3 se encuentra una disposición contractual con igual alcance cuando, en su parte pertinente, allí se establece:

“El INVIAS entregará a EL CONCESIONARIO los predios incluidos en la certificación a la que se refiere el primer párrafo del numeral 26.2 de la Cláusula 26 dentro de los primeros veinte días de la Etapa de Construcción. Sin embargo los predios con que cuente el INVIAS antes del inicio de la Etapa de Construcción podrán ser entregados a EL CONCESIONARIO en cualquier momento durante la Etapa de Preconstrucción. (...)

Por su parte, el Contrato Adicional N. 13, en lo que se refiere a la responsabilidad por el manejo ambiental, al igual que con las licencias ambientales, trasladó la responsabilidad de la entidad contratante al concesionario y ello se deduce de la cláusula 14 del mismo en cuyo texto se lee:

"ADQUISICION DE PREDIOS. - EL CONCESIONARIO será responsable de la adquisición de los predios requeridos para la ejecución del presente Contrato Adicional, labor que será realizada a favor del INCO, quien suscribirá los distintos contratos. El valor correspondiente a los predios adquiridos, se reconocerá a quien tenga derecho, con los recursos

consignados en el Fideicomiso de Predios. La gestión predial de EL CONCESIONARIO será adelantada conforme al procedimiento establecido en el Acta de Acuerdo suscrita entre las partes en 11 de febrero de 2014 y el Contrato Adicional N. 4 al Contrato Principal 005 de 1999. Los gastos de los procesos de expropiación y el pago de las indemnizaciones se harán con cargo al Fideicomiso de Predios. Si los montos aportados por EL COONCESIONARIO resultan insuficientes para lograr la enajenación voluntaria, expropiaciones o indemnizaciones tendientes a obtener las áreas requeridas para la construcción, EL CONCESIONARIO previa solicitud del INCO aportará al Fideicomiso los recursos faltantes a título de mutuo o préstamo, a las tasas de interés comerciales del momento en el cual se desembolsen los recursos por parte de EL CONCESIONARIO. El INCO reembolsará a EL CONCESIONARIO dicho préstamo en un plazo máximo de dieciocho meses. En caso de que el valor requerido para lograr la enajenación voluntaria, expropiaciones o indemnizaciones tendientes a obtener las áreas requeridas para la construcción resulte inferior al monto aportado por EL CONCESIONARIO al Fideicomiso de Predios (incluidos sus rendimientos), el excedente será aplicado como un aporte del INCO para disminuir el Ingreso Esperado." (...)

Consta en las diferentes comunicaciones cruzadas entre las partes y con las diversas entidades involucradas en los trámites respectivos, que las razones por las cuales no fue posible obtener las licencias con prontitud, obedecen en gran medida a actuaciones y omisiones de la Entidad ambiental competente y al continuo ejercicio de acciones populares por las comunidades, que dilataron el proceso en más de dos años hasta incluso, la decisión de un fallo de tutela en la cual se reconoció la existencia de un asentamiento urbano que cuando se iniciaron los trámites no tenía existencia ni reconocimiento como tal.

En el testimonio del Doctor Juan Carlos Valenzuela dijo:

DR. RUAN: Se ha referido a una Sentencia De La Corte Constitucional que es del año 2.010, la primera pregunta es esa Sentencia de la Corte Constitucional es del año 2.010 o del año 2.012 porque tal vez no le entendí bien?

SR. VALENZUELA: Puedo estar equivocado es la T54 del 2.012, la decisión se obtiene así, nosotros estábamos preguntándole al Ministerio, nosotros

hicimos nuestra solicitud de tutela, fue que se nos estableciera o se le ordenara a las entidades Estatales continuar con el proceso o establecer el camino o que les ordenara establecer un camino que les permitiera seguir.

El Juez en su... toma esta decisión, es sentencia en el año 2.010, la primera sentencia en el año 2.010, aquí puedo estar, estoy mal de fechas, son bastantes años, pero la T54 del año 2.012, ya estaba cosa juzgada cuando el Ministerio reabre el expediente y nos permite continuar con el trámite, nos pide unas complementaciones a nuestro estudio y cuando estábamos por entregar esas complementaciones sale la sentencia, en más en paro judicial y no se pudo notificar en noviembre, diciembre, más o menos en febrero se conoció la decisión, pero hasta febrero no quedó notificada.

Ese año fue difícil, no sabíamos cómo manejar oficialmente porque sabíamos que debíamos parar nuestro proceso, porque teníamos que intentar estudios, con la metodología que habíamos usado para hacer nuestros estudios no servía de acuerdo con la decisión de la Corte, teníamos que devolvernos y repetir los estudios.

DR. RUAN: Eso significa que las autorizaciones ambientales previas, usted lo acaba de decir cosa juzgada, quedaron y disculpe la expresión pero voy a utilizar una expresión bastante local para hacer la pregunta, como cosa muerta, no sirvieron las autorizaciones ambientales previas?

SR. VALENZUELA: Los sectores que ya se tenía licencia ambiental, los sectores 1 y 2 ya tenían su licencia ambiental funcionaron y bajo esa licencia ambiental se construyeron; lo que quedó muerto teníamos dos certificaciones del Ministerio del Interior, una del año 2.007 y una del año 2.009 que nos había determinado cuál era la metodología a seguir porque nos decía no hay comunidades en el sector, eso hacía que nosotros como constructores debíamos iniciar sólo los estudios y entregar los estudios.

Cuando el Ministerio del Medio Ambiente recibe nuestro estudio, lo recibe en el año 2.009 si no me

equivoco, en el año 2.009, principios del 2.010 pasamos casi un año ocho meses en el que nos dicen no le puedo hacer trámite a su estudio hasta que no me recertifique, las recertificaciones mueren con la Tutela, mueren y quedan sin vigencia porque la Corte les ordenó buscar las comunidades que hay en el área y establecer cuáles son, no había permisos ambientales, no hubo una licencia ambiental.

Lo que pasó fue que nos levantaron, cuando el Juez de segunda instancia le ordena al Ministerio continuar con nuestros trámites lo hace, da un auto de inicio, nos hace unos requerimientos adicionales y nosotros estábamos haciendo, cumpliendo con esos requerimientos adicionales, cuando sale la decisión de la Corte Constitucional ya nos da un trámite completamente distinto.

Nosotros interrumpimos el estudio, nos acercamos al Ministerio del Interior y hacemos, buscamos las comunidades que están en el sector, se encuentran, se establecen unas mesas de trabajo y un año después estamos entregando los estudios, año y medio después a la ANLA otra vez, los mismos estudios que se entregaron en el 2.010 se entregaron a finales del 2.013 principios del 2.014.

DR. RUAN: Con base en esos estudios se expidió la licencia ambiental para ese sector?

SR. VALENZUELA: Se expiden tres licencia, la Guaira, Loboquerrero y Zabaletas.

En el curso del proceso no está probado que el desplazamiento hubiere tenido origen en acciones u omisiones de la ANI porque ni el riesgo ambiental ni el riesgo predial en la ejecución del Contrato Adicional No. 13 y en el Otrosí No 2 fueron retenidos por la Entidad Estatal y la UT no probó esas circunstancias; tampoco está probado que dicho incumplimiento hubiere tenido origen en hechos o actuaciones del concesionario y por el contrario, aparece que fueron hechos de terceros, entendidos como tales agencias del propio Estado o terceros, quienes le impidieron a las partes cumplir oportunamente con su gestión diligente de obtener las licencias ambientales y gestionar íntegramente la adquisición de los predios. Se resalta aquí nuevamente que los desplazamientos de las inversiones son la consecuencia más evidente de la transgresión a los principios de planeación y economía que estaban en obligación de cumplir previo a la celebración del Contrato Adicional No. 13.

Por tales razones, en cuanto la demora en las obras no obedece a las propias actuaciones de la entidad que las está reclamando, respecto de la ruptura del equilibrio económico por los desplazamientos del Contrato Adicional No. 13 y del otro si No. 2, estaría en presencia de la teoría de la imprevisión y procede estudiar entonces la viabilidad de los otros elementos señalados en la ley para determinar su posible ocurrencia.

Para concluir que los hecho o actos de un tercero ajenos a la parte contratante pueden desequilibrar la ecuación, considera pertinente señalar que en aquellos eventos en los cuales se ha aceptado el reconocimiento del equilibrio económico en favor de los particulares, ha sido claro el reconocimiento de actos de otra entidad pública como hecho de un tercero diferente a la entidad contratante pero que hace parte del aparato estatal y en ese sentido no podría ahora concluir que cuando la decisión estatal se acepta como causal que opera en beneficio de los particulares a causa de los actos de otra Entidad Estatal éstos son desequilibrantes pero que esta teoría no aplica en favor del propio Estado contratante. Dicha conclusión implicaría quebrantar el principio de igualdad de las personas frente a la ley e iría en contra de los intereses públicos.

Ahora bien, establecido que el Estado es titular de la acción contractual de restablecimiento del equilibrio contractual y señalado también que las causas de los desplazamientos no tiene origen en actos o hechos de la Entidad que lo reclama, es pertinente revisar si efectivamente exceden el alea anormal asumida por el Estado y si efectivamente condujeron a favorecer al concesionario permitiéndole obtener un **beneficio económico en perjuicio de ella que excede "el 'equivalente honrado'**, y afecta el carácter conmutativo implícito en el Contrato de concesión de obra pública.

En los dictámenes se observa que:

SOBRE LOS DESPLAZAMIENTOS DEL ADICIONAL NO. 13
ERNST & YOUNG (1 de noviembre de 2014)

"Los cronogramas inicialmente establecidos para la ejecución de los estudios y diseños y de las obras pactadas en el Contrato Adicional 13 y en el Otrosí 2 fueron modificados, de tal manera que se aplazó varios meses el inicio de la ejecución de los trabajos.

"Este retraso en el inicio de la ejecución de las obras tiene una incidencia sobre la Tasa Interna de Retorno estimada al momento en el que se celebró cada uno de los contratos.

*"El Concesionario se ve beneficiado con el retraso del cronograma de las obras, en la medida en que continua percibiendo ingresos por el recaudo de los **peajes** y **pospone sus aportes de "equity"** al proyecto, con lo cual se incrementa su rentabilidad.*

"Hemos analizado los ejercicios de desplazamiento realizados por la ANI para el Adicional 13 y el Otrosí 2 y al respecto hacemos los siguientes comentarios.

"Aclaramos que nuestra revisión asume que la información recibida de la ANI y relacionada con montos de inversión por sector, fechas iniciales y reales de inversión y los porcentajes de avances de otra, es precisa.

"El ejercicio consistió en hacer una comparación del cronograma de inversiones inicial versus el real y calcular un VPN para cada uno de ellos.

"Una vez calculado el VPN la diferencia de ambos resultados se actualiza a marzo de 2014.

"Este resultado es la cuantificación en dinero de lo que el concesionario debería a la ANI por el desplazamiento de este cronograma de inversiones.

Sector 1

VPN 1	\$101.310	\$ Dic-97
VPN 2	\$70.635	\$Dic -97
Δ VPN (a Oct -07)	\$30.676	\$ Dic-97
Δ VPN (a Mar-14)	\$54.270	\$ Dic-97

\$139.341

Sector 2

VPN 1	\$35.656	\$ Dic-97
VPN 2	\$33.271	\$Dic -97
Δ VPN (a Oct -07)	\$2.385	\$ Dic-97
Δ VPN (a Mar-14)	\$3.739	\$ Dic-97

\$5.599

Sector 3

VPN 1	\$41.248	\$ Dic-97
VPN 2	\$36.409	\$Dic -97
Δ VPN (a Oct -07)	\$4.840	\$ Dic-97
Δ VPN (a Mar-14)	\$7.587	\$ Dic-97

\$19.479

"Encontrados dos errores consistentes en:

En el ejercicio del Sector No. 1 al momento de calcular el VPN a marzo de 2014, al elevar la fórmula se hace con el periodo de enero de 2016, lo que no es consistente con el periodo que se quiere calcular (marzo de 2014).

Por otro lado este periodo utilizado para el cálculo del valor actualizado a pesos de marzo de 2014 no es correcto. Entendiendo que las cifras están expresadas en pesos constantes de diciembre de 1997 se debe tener en cuenta la totalidad de periodos comprendidos entre diciembre de 1997 y marzo de 2014, es decir, 196 meses. El cálculo de la ANI solo tiene en cuenta el periodo comprendido entre octubre de 2007 y marzo de 2014 para hacer la actualización de ese valor, es decir, 78 meses.

"Este error subestima de manera importante el valor que el concesionario le debería a la ANI por el concepto de desplazamiento en las inversiones."

ANI			EY		
Obras Sector No. 1			Obras Sector No. 1		
VPN 1	\$101.310	\$ Dic-97	VPN	100.334	\$ Dic-97
VPN 2	\$70.635	\$Dic-97	VPN	68.427	\$Dic-97
Δ VPN (a Oct-07)	\$30.676	\$ Dic-97	Diferencia VPN	31.907	\$ Dic-97
Δ VPN (a Mar-14)	\$54.270	\$ Dic-97			
		\$139.341	VPN (Abril/2014)	263.301	\$Abril-2014

ANI			EY		
Obras Sector No. 2			Obras Sector No. 2		
VPN 1	\$35.656	\$ Dic-97	VPN	35.312	\$ Dic-97
VPN 2	\$33.271	\$Dic-97	VPN	32.809	\$Dic-97
Δ VPN (a Oct-07)	\$2.385	\$ Dic-97	Diferencia VPN	2.405	\$ Dic-97
Δ VPN (a Mar-14)	\$3.739	\$ Dic-97			
		\$5.599	VPN (Abril/2014)	20.660	\$Abril-2014

ANI	EY
-----	----

Obras Sector No. 3			Obras Sector No. 3		
VPN 1	\$41.248	\$ Dic-97	VPN	40.851	\$ Dic-97
VPN 2	\$36.409	\$Dic -97	VPN	35.787	\$Dic -97
Δ VPN (a Oct-07)	\$4.840	\$ Dic-97	Diferencia VPN	5.063	\$ Dic-97
Δ VPN (a Mar-14)	\$7.587	\$ Dic-97			
		\$19.479	VPN (Abril/2014)	41.783	\$Abril-2014

Valor & Estrategia (4 de noviembre de 2014)

"La ANI, al realizar reclamaciones relacionadas con los desplazamientos en el cronograma de inversión, desconoce las causas por las cuales se generaron dichos ajustes de plazo. Estas causas como se presentaron anteriormente están relacionadas principalmente con los inconvenientes generados en la obtención de licencias ambientales y en la adquisición de predios para el normal desarrollo y ejecución del proyecto, situaciones en todo caso no imputables al Concesionario."

El Tribunal no tienen en cuenta lo anterior por tener una clara connotación jurídica.

SAC Consulting S.A.S (28 de febrero de 2016)

"En los análisis realizados a los cronogramas de inversiones inicialmente establecidos para la ejecución de los estudios y diseños de las obras pactadas en el contrato Adicional No. 13 MEDIACANOA-LOBOGUERRERO, concluimos que estos sufrieron varias modificaciones en tiempo, razón por la cual se aplazó durante varios meses el inicio de la ejecución de los trabajos.

(...)

"El CONCESIONARIO obtiene una ventaja financiera debido al retraso el cronograma de las obras, ya que el CONCESIONARIO continúa percibiendo ingresos por el recaudo de los peajes y pospone sus aportes de capital al proyecto, con lo cual incrementa su rentabilidad.

"Hemos construido y analizado un ejercicio de desplazamiento del cronograma de inversiones para el contrato adicional No. 13 MEDIACANOA-LOBOGUERRERO, de estudios, diseño de los tramos 1 al 3 obteniendo de los siguientes resultados:

"El ejercicio realizado consistió en hacer una comparación del cronograma de inversiones inicial versus el real y calcular el Valor

Presente Neto -VPN- para cada uno de ellos. El VPN se calcula a la fecha contractual de inicio de obras y los montos se expresan en precios constantes de diciembre de 1997, Una vez calculados los VPN, la diferencia de ambos resultados se lleva a la fecha de terminación real de la inversión y posteriormente se actualiza a pesos a 31 de diciembre de 2015 y de 31 de enero de 2016.

"Se utilizó como tasa de referencia para los ejercicios, el 7,16% real.

"Para determinar y cuantificar EL VALOR PRESENTE NETO VPN en el desplazamiento del ESTUDIO Y DISEÑO del Adicional 13, utilizados la TASA de referencia real correspondiente al 7.16% definida en el contrato adicional 13 respectivamente. También se tuvo en cuenta el IPC correspondiente a diciembre de 1997 y el IPC actualizado a diciembre de 2015 y a enero 31 de 2016, cifras reales tomadas de la tabla del índice de precios al consumidor (IPC) publicada por el BACO (sic) DE LA REPÚBLICA, con estos indicadores vamos a calcular el factor de Ajuste entre los IPC antes mencionados para así cuantificar el desplazamiento en el ESTUDIO Y DISEÑO del Adicional 13 MEDIACANOA-LOBOGUERRERO (...).

"(...) el Adicional No. 13 tenía como fecha inicial de la obra el 26 de octubre del año 2006 y su finalización serías hasta el día 25 de enero del año 2008, debiendo el CONCESIONARIO haber entregado a la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) la obra correspondiente al Diseño del Adicional No. 13, pero el CONCESIONARIO termina el Diseño de este Adicional No. 13 el 26 de abril del año 2009 causando en este un desplazamiento del cronograma de inversión.

"Al realizar la cuantificación del desplazamiento de la obra del Diseño del Adicional No. 13 en millones de pesos a diciembre 31 de 2015, este desplazamiento a dicha fecha arroja un valor de 1.360 millones que el CONCESIONARIO obtuvo una ventaja financiera al posponer sus aportes al proyecto mientras que este continuaba percibiendo ingresos por el recaudo de los peajes, aumentando su rentabilidad, de igual manera realizamos la cuantificación hasta el día 31 de enero del año 2016 donde dicho desplazamiento de la obra sería el valor de \$1.377 millones, que ha esta fecha el CONCESIONARIO ha recibido de más.

"En conclusión el CONCESIONARIO por el desplazamiento del cronograma de la obra en el Diseño del Adicional 13 obtuvo una ventaja financiera debido a que el CONCESIONARIO continuaba percibiendo ingresos por el recaudo de los peajes:

<i>Cuantificación del desplazamiento</i>	
<i>A diciembre 31 de 2015</i>	<i>COP MM \$1.360</i>
<i>A enero 31 de 2016</i>	<i>COP MM \$1.377</i>

"Para determinar y cuantificar EL VALOR PRESENTE NETO VPN en el desplazamiento del SECTOR 1 del Adicional 13, utilizados la TASA de referencia real correspondiente al 7.16% definida en el contrato adicional 13 respectivamente. También se tuvo en cuenta el IPC

correspondiente a diciembre de 1997 y el IPC actualizado a diciembre de 2015 y a enero 31 de 2016, cifras reales tomadas de la tabla del índice de precios al consumidor (IPC) publicada por el BACO (sic) DE LA REPÚBLICA, con estos indicadores vamos a calcular el factor de Ajuste entre los IPC antes mencionados para así cuantificar el desplazamiento en el SECTOR 1 del Adicional 13 MEDIACANOA-**LOBOGUERRERO (...).**

"(...) el SECTRO 1 Adicional 13, tenía como fecha inicial dela obra el 01 de octubre del año 2007 y su finalización sería hasta el 01 de octubre del año 2012, debiendo el CONCESIONARIO haber entregado a la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) la obra correspondiente al SECTOR 1 Adicional 13, para esta última fecha mencionada. A la fecha correspondiente de finalización de la Obra del SECTOR 1 del Adicional 13, que era el día 01 de octubre de 2012 el CONCESIONARIO no lleva ejecutado ningún avance de la Obra correspondiente a este Tramo causando en este un desplazamiento del cronograma de inversiones del Adicional 13 SECTOR 1.

"Al realizar la cuantificación del desplazamiento de la obra del SECTOR 1 Adicional en millones de pesos a diciembre 31 de 2015, es desplazamiento a dicha fecha arroja un valor de \$188.269 Millones que el CONCESIONARIO recibió de más al posponer sus aportes al proyecto mientras este continuaba percibiendo ingresos por el recaudo de los peajes, aumentando su rentabilidad, de igual manera realizamos la cuantificación hasta el día 31 de enero del año 2016 donde dicho desplazamiento de la obra sería el valor de \$190.893 Millones, que ha esta fecha el CONCESIONARIO ha recibido de más.

"En conclusión el CONCESIONARIO por el desplazamiento del cronograma de la obra en el SECTOR 1 adicional 13 le adeudaría a la agencia Nacional de Infraestructura (ANI) las siguientes sumas que se relacionan a continuación por los ingresos que continúa percibiendo por el recaudo delos peajes:

<i>Cuantificación del desplazamiento</i>	
<i>A diciembre 31 de 2015</i>	<i>COP MM \$188.269</i>
<i>A enero 31 de 2015</i>	<i>COP MM \$190.893</i>

"Para determinar y cuantificar EL VALOR PRESENTE NETO VPN en el desplazamiento del SECTOR 2 del Adicional 13, utilizados la TASA de referencia real correspondiente al 7.16% definida en el contrato adicional 13 respectivamente. También se tuvo en cuenta el IPC correspondiente a diciembre de 1997 y el IPC actualizado a diciembre de 2015 y a enero 31 de 2016, cifras reales tomadas de la tabla del índice de precios al consumidor (IPC) publicada por el BACO (sic) DE LA REPÚBLICA, con estos indicadores vamos a calcular el factor de Ajuste entre los IPC antes mencionados para así cuantificar el desplazamiento en el SECTOR 2 del Adicional 13 (...).

"(...) el SECTOR 2 Adicional 13, tenía como fecha inicial de la obra el 01 de octubre del año 2007 y su finalización sería hasta el día 01 de octubre de 2012, debiendo el CONCESIONARIO haber entregado a la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) la obra correspondiente al SECTOR 2 Adicional 13, para esta última fecha. A la fecha correspondiente de finalización de la Obra del SECTOR 2 del Adicional 13, que era el día 01 de octubre de 2012 EL CONCESIONARIO lleva ejecutado el 95.20% del avance de la Obra correspondiente a este Tramo causando en este un desplazamiento del cronograma de inversiones del Adicional 13 del SECTOR 2.

"Al realizar la cuantificación del desplazamiento de la obra del SECTOR 2 Adicional 13 en millones de pesos a diciembre 31 de 2015, este desplazamiento a dicha fecha arroja un valor de \$10.981 Millones que el CONCESIONARIO recibió de más al posponer sus aporte al proyecto mientras que este continuaba percibiendo ingresos por el recaudo de los peajes, aumentando su rentabilidad, de igual manera realizamos la cuantificación hasta el día 31 de enero del año 2016 donde dicho desplazamiento de la obra sería el valor de \$11.186 Millones, que ha esta fecha el CONCESIONARIO ha recibido de más.

"En conclusión el CONCESIONARIO por el desplazamiento del cronograma de la obra en el SECTOR 2 adicional 13 le adeudaría a la agencia Nacional de Infraestructura (ANI) las siguientes sumas que se relacionan a continuación por los ingresos que continua percibiendo por el recaudo de los peajes:

<i>Cuantificación del desplazamiento</i>	
<i>A diciembre 31 de 2015</i>	<i>COP MM \$10.981</i>
<i>A enero 31 de 2016</i>	<i>COP MM \$11.186</i>

"Para determinar y cuantificar EL VALOR PRESENTE NETO VPN en el desplazamiento del SECTOR 3 del Adicional 13, utilizados la TASA de referencia real correspondiente al 7.16% definida en el contrato adicional 13 respectivamente. También se tuvo en cuenta el IPC correspondiente a diciembre de 1997 y el IPC actualizado a diciembre de 2015 y a enero 31 de 2016, cifras reales tomadas de la tabla del índice de precios al consumidor (IPC) publicada por el BACO (sic) DE LA REPÚBLICA, con estos indicadores vamos a calcular el factor de Ajuste entre los IPC antes mencionados para así cuantificar el desplazamiento en el SECTOR 3 del Adicional 13 (...).

"el SECTOR 3 Adicional 13, tenía como fecha inicial de la obra el 01 de octubre del año 2007 y su finalización sería hasta el día 01 de octubre de 2012 debiendo el CONCESIONARIO haber entregado a la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) la obra correspondiente al SECTOR 3 del Adicional 13, para la última fecha mencionada. A la fecha correspondiente de finalización de la Obra del SECTOR 3 del Adicional 13, que era el día 01 de octubre de 2012 EL CONCESIONARIO lleva ejecutado el 59.70% del avance la Obra correspondiente a este

Tramo causando en este un desplazamiento del cronograma de inversiones en el Adicional 13 del SECTOR 3.

"Al realizar la cuantificación del desplazamiento de la obra del SECTOR 3 Adicional 13 en millones de pesos de diciembre 31 de 2015, este desplazamiento a dicha fecha arroja un valor de \$23.424 Millones que el CONCESIONARIO recibió de más al posponer sus aportes al proyecto mientras que continuaba percibiendo ingresos por el recaudo de los peajes, aumentando su rentabilidad, de igual manera realizamos la cuantificación hasta el día 31 de enero del año 2016, donde dicho desplazamiento de la obra sería el valor de \$23.799 Millones, que ha esta fecha el CONCESIONARIO ha recibido de más.

"En conclusión el CONCESIONARIO por el desplazamiento del cronograma de la obra en el SECTOR 3 adicional 13 habría obtenido una ventaja financiera; las siguientes sumas que se relacionan a continuación por lo ingreso que continúa percibiendo por el recaudo de los peajes

<i>Cuantificación del desplazamiento</i>	
<i>A diciembre 31 de 2015</i>	<i>COP MM \$23.424</i>
<i>A enero 31 de 2016</i>	<i>COP MM \$23.799</i>

Valor & Estrategia (7 de marzo de 16)

Respecto del Adicional 13 Sector 1 se tiene los siguientes cuadros de resultados del perito:

	<i>INICIAL</i>	<i>01/10/2007</i>	<i>07/10/2012</i>
	<i>REAL</i>	<i>13/01/2015</i>	<i>31/12/2016</i>
<i>OBRA SECTOR</i>	<i>INVERSIÓN</i>	<i>119.487.57</i>	<i>\$DIC-97</i>
<i>1</i>	<i>AVANCE AL</i>	<i>10/01/1012</i>	<i>0.00%</i>
	<i>AVANCE AL</i>	<i>32/08/2015</i>	<i>5.71%</i>

<i>TIR ANUAL</i>	<i>7.16%</i>	<i>TIR ANUAL</i>	<i>7.16%</i>
<i>TIR MENSUAL</i>	<i>0.58%</i>	<i>TIR MENSUAL</i>	<i>0.58%</i>
<i>IPC DIC/97</i>	<i>44.72</i>	<i>IPC DIC/97</i>	<i>44.72</i>
<i>IPC DIC/2015</i>	<i>126.15</i>	<i>IPC ENE/2016</i>	<i>127.77</i>
<i>FACTOR DE</i>	<i>2.820886</i>	<i>FACTOR DE</i>	<i>2.857111</i>
<i>AJUSTE</i>		<i>AJUSTE</i>	

<i>Resultados Obtenidos</i>	<i>Monto (COP MM)</i>	<i>Pesos a</i>
<i>VPN 1 (OCT-07)</i>	<i>\$100.690</i>	<i>DIC-97</i>
<i>VPN 2(OCT-07)</i>	<i>\$66.090</i>	<i>DIC-97</i>
<i>Diferencia VPN (OCT-2007)</i>	<i>\$34.600</i>	<i>DIC-97</i>
<i>Diferencia VPN (DIC-2016)</i>	<i>\$66.741</i>	<i>DIC-97</i>
<i>Cuantificación del Desplazamiento</i>	<i>COP MM \$188.269</i>	<i>DIC-15</i>

*Cuantificación del COP MM \$190.893 ENE-16
Desplazamiento*

"Al hacer la simulación temeos una diferencia en la cuantificación de \$4.443 Millones, que representan un 2,3% del cálculo SAC Consulting SAS, pasando de COP\$190.893 Millones a COP\$186.450 Millones (...)

VPN Inicial a Octubre de 2007	\$ 100.728
VPN Real a Octubre de 2007	\$ 66.306
Diferencial a Octubre de 2007	\$ 34.422
Diferencia a Dic de 2016	\$ 65.258

Sector 1 - Adicional 13 Millones Cop\$

Cuantificación en Pesos de Enero 2016	\$ 186.450
Cuantificación en Pesos de Enero 2016 (SAC)	\$ 190.893
Diferencia	-\$ 4.443 -2,3%

Dictamen decretado por el Tribunal a cargo de Ana Matilde Cepeda (26 de septiembre de 2016)

<i>Pregunta</i>	<i>Respuesta</i>
<p>"Determinará si, teniendo en cuenta los libros de contabilidad o anexos existentes en las oficinas de la UT, informes de ejecución y avance de obra de la interventoría y demás documentos que lleguen a obrar en el proceso, el desplazamiento en el cronograma de inversiones del Adicional 13 del Contrato de Concesión 005 de 1999 generó una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista."</p>	<p>"En conclusión, para de manera estimada, medir el efecto en los flujos de caja mensuales esperados del Concesionario, como se expresó en las páginas 26 a 31 y 37 a 41 anteriores, no se cuenta con la información y datos al respecto, sino con valores globales, de tal forma que la determinación requerida no es posible atenderla. En detalle para el valor estimado de la INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, teniendo en cuenta los desplazamientos, conforme las desafectaciones, compensaciones de construcciones, ampliaciones de plazo, las obras excluidas, incluidas, adicionales, pendientes y acuerdos entre las partes, como por ejemplo los advertidos en los Otrosí No. 9 de enero 23 de 2014 y Otrosí No.10 de julio 14 de 2015, que implicarían cambios de información en el flujo de caja inicial no solo por aporte de capital al proyecto a cargo del Concesionario, sino también en los valores estimados de ingresos por el recaudo de los peajes con los cambios establecidos por las partes; conforme lo expresado no se cuenta con los Flujos de Caja Ajustados a los modificatorios, necesarios para la evaluación financiera encaminada a afirmar que "el desplazamiento en el cronograma de inversiones de los Adicionales 6 y 8 (sic) del Contrato de Concesión 005 de 1999 generó una diferencia favorable en el</p>

valor esperado de retribución del contratista.”

(...)

Aclaración y complementación se observa para el Tramo 7 anterior no se conoce la distribución de la inversión en cada uno de los meses conforme a los cronogramas de obras a ejecutar en el plazo por parte del Concesionario, que de manera proyectada para la obra inicial como para la ajustada que podría servir para comparar con la ejecución real en cada uno de los meses de ejecución del proyecto y reconocida en los libros de contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, como se mencionó en la respuesta y que recogerían los importes teniendo en cuenta los desplazamientos; Todo lo anterior necesario para adelantar los análisis desde el punto de vista financiero, requeridos, despejando una respuesta para el desplazamiento con bases hipotéticas, ofreciendo certeza de lo que ocurrió.”

“Determinará cuál es el efecto sobre un modelo financiero para este tipo de proyectos, el hecho de mantener inalterados los ingresos frente al desplazamiento de los egresos (inversión en obra) en el tiempo; determinará como afecta la rentabilidad del Concesionario y el valor presente neto del mismo proyecto. Igualmente determinará, en su opinión experta desde el punto de vista financiero, cuándo se puede decir que se está frente a una optimización del negocio y cuándo frente a un beneficio financiero a favor del concesionario.”

“Con relación a que los ingresos permanezcan constantes no solo en valor sino conforme lo establecido en cada período según el flujo inicial y por los mismos importes, mientras que los egresos con los mismos importes presenten desplazamientos a lo largo de los períodos inicialmente establecidos, la TIR se incrementará.

Desde el punto de vista financiero, “cuándo se puede decir que se está frente a una optimización del negocio y cuándo frente a un beneficio financiero a favor del concesionario.” se puede afirmar que el aspecto más importante en la evaluación de un proyecto es la correcta preparación de las proyecciones financieras que depende de la estructuración del proyecto.

La optimización de un negocio en un modelo que simule el desempeño del proyecto durante el plazo requiere de información auxiliar que con su conocimiento y detalle permite las proyecciones elaboradas con bases correctamente formuladas para una evaluación confiable, para guiar las decisiones que conducen a los beneficios deseados. Las tácticas de negocios para asegurar la adherencia a los objetivos en el plazo, igualmente se recogen en la modelación, describe cómo debería

comportarse un negocio frente a riesgos y eventos diversos bajo una serie de circunstancias, temas como la subcontratación, optar por contrato de estabilidad tributaria con el Estado, las pólizas para los riesgos a asumir, etc.”

“Determinará cuál sería la metodología financiera que permita cuantificar el beneficio financiero a favor del concesionario que se genera por el desplazamiento de las inversiones en el tiempo y, además, cuantifique el impacto real en el proyecto, esto es el valor del ingreso esperado producto del desplazamiento de las inversiones.”

“Determinará, cuando no existe un modelo financiero, cuál es la metodología que se debe utilizar para calcular el impacto del desplazamiento de las inversiones. ¿Determinará si es válido utilizar un modelo marginal? ¿Igualmente determinará cuáles son las variables necesarias al momento de realizar el cálculo del impacto de dichos desplazamientos de la inversión en el tiempo?”

“En los contratos que disponen de modelos financieros iniciales y ajustados conforme las modificaciones acordadas, permiten realizar evaluaciones y obtener las variaciones o desviaciones en la ejecución del mismo, conforme lo plantea la pregunta.”

“De requerirse calcular el impacto del desplazamiento de las inversiones, teniendo en cuenta los efectos financieros derivados de: desafectaciones de obras (ahorros en costos estimados de mantenimiento, operación y administración de la vía), compensaciones de construcciones, ampliaciones de plazo, las obras excluidas, incluidas, adicionales, pendientes, entregas de casetas de recaudo, etc., y acuerdos entre las partes, que implicarían cambios de información no del aporte de capital al proyecto a cargo del Concesionario a lo largo del Proyecto, en relación con los valores cobrados y con pago bajo la modalidad de Ingreso esperado ó requerido por el Concesionario -entre otros- por el recaudo de los peajes. Para la evaluación financiera se haría necesario un balance definitivo de obras contratadas, ejecutadas y por ejecutar que frente a los valores cobrados como Ingreso esperado por el Concesionario, permitan disponer de INGRESOS Y EGRESOS (costos) ajustados a lo que ha sido la relación contractual necesario en una evaluación financiera para la de terminación de saldos a cargo y/ó a favor de las partes en el negocio.”

Durante la audiencia de contradicción del dictamen rendido por la señora Ana Matilde Cepeda, los días 24 y 27 de octubre de 2016, esta expresó frente a los desplazamientos lo siguiente:

“DR. BEJARANO: Usted dice que no le entregaron ninguna información sobre desplazamientos, cronograma, aquí en esta comunicación que a usted le fue enviada por la ANI cuando se habla en la página 11 anverso, se dice que se anexa un CD con la

siguiente información: documento 4 desplazamiento AD6 y AD8 (revisión EY), V3, y el documento 5 dice inconsistencias y desplazamientos, ¿qué respuesta puede dar usted frente a eso?

SRA. CEPEDA: Es cierto, la ANI me entregó todos los documentos de aplazamiento de los trabajos, mire lo que pasa, el proyecto que estamos ventilando aquí tiene 3 etapas: etapa de pre-construcción, etapa de construcción y etapa de operación y servicio. En la etapa de pre-construcción se presentaron modificaciones de tiempo que hicieron que se presentara a su vez desplazamientos en la etapa de construcción, entonces cuando dice el doctor Ramiro aquí se le entregó la información, correcto doctor Ramiro, yo hice un cronograma usted no se imagina el modelo que me hice para atenderle su trabajo y en un cuadrito etapa de construcción y las otras etapas, y cuando miré los papeles que me dio la ANI había suscrito muchísimas actas que se llaman actas de aplazamiento o actas de ampliación de plazos.

*Dice por ejemplo: Acta de ampliación de la etapa de construcción para los tramos 2, 4 y 5, de tal fecha se **pasa a tal fecha... mire doctor Ramiro, yo hice un trabajo en donde hasta encontré las actas de finalización de cada tramo y yo quería hacer los desplazamientos, lo que no tenía, los importes o los valores mes a mes de lo que el señor se propuso hacer y yo cómo le vengo a decir a usted mire doctor Ramiro, dividí entre doce, cuando yo no sé qué es construcción, qué es mantenimiento, qué es rehabilitación, cuánto pagó en diseños, cuánto pagó **en... es decir, usted sabe en esto para hacer un ejercicio financiero se debe tener, el crédito lo da la información o los datos que se incorporen a la hoja de cálculo, entonces como yo no tenía esa información no le pude hacer su trabajo.*****

(...)

DR. BEJARANO: Le pregunto, si un desplazamiento de obra puede llegar a generar un beneficio para el Concesionario bajo las condiciones contractualmente pactadas.

SRA. CEPEDA: La respuesta es relativa doctor Ramiro, una obra prevista por ejemplo para 400 mil millones para hacer en enero de este año resulta que no se hizo en enero por X o Y circunstancia sino se hizo en junio, de una parte dice uy, usted no me hizo la obra en enero me la hizo en junio y como yo le di la plata usted se ganó unos intereses sobre esa plata que yo le di y usted la obra solo la ejecutó posteriormente; y

si miro la visión del otro el otro me dice uy, por su culpa yo no hice la obra y tuve que tener un stand by de maquinaria, tuve que pagar administración de enero a junio, tuve que incurrir en unos mayores precios entonces depende como se mire doctor Ramiro.

Un desplazamiento de obra genera beneficios y desbeneficios para las partes, si vamos a mirar quién es el contratista el contratista puede recibir su dinero y ganarse unos intereses, ahí hay un costo, un beneficio que podría darse, pero también si se mira él podría decir al desplazar la obra inmovilicé mi personal, inmovilicé mis equipos, no pude hacer otros contratos, ahí tengo otros desbeneficios, entonces es una balanza que tendría que analizar.

(...)

DR. BEJARANO: ¿Con base en esta información se podría calcular también el valor presente neto de las inversiones con base en la TIR del contrato y su adicional y el otrosí bajo el cronograma real a la fecha de inicio del contrato?

SRA. CEPEDA: Qué es lo que hizo Ernst & Young, cogió las proyecciones iniciales y determinó el valor presente, y cogió las proyecciones con desplazamiento y determinó el valor presente neto, y la diferencia de esos dos valores presentes netos dijo que era un valor que la U.T. le debería pagar a la ANI, o sea que como proyección, como estadística se puede hacer, yo no lo hice porque esas proyecciones, es decir, en mi concepto no representaban lo que hubiera sido la inversión real y no tuve la ejecución real conforme usted lo pidió que eran con base en la contabilidad de la Fiduciaria, pero de poderse se puede, uno puede hacer los ejercicios que quiera y se puede hacer.

DR. BEJARANO: Si pudiendo hacer estos cálculos de encontrar que un valor presente neto es inferior para el cronograma de desplazados respecto del cronograma original, ¿esto demostraría que la rentabilidad del Concesionario se incrementó como resultado del desplazamiento?

SRA. CEPEDA: Esa es la teoría de esos estudios pero por ejemplo para el adicional 13 habla de un diferencial de 325.744 millones... el valor presente neto 1 con el valor presente neto 2 y lo decidió hacer por sectores: sector 1, sector 2, sector 3, cuando yo lo voy a hacer y lo quiero hacer por doceavas la ANI misma me dice sabe qué, esos sectores los hicimos fue para el trámite de licencias, eso no hay sectores,

no hay cuantificación, Doctor, si usted me dice que yo sería capaz de reproducir el ejercicio de Ernst & Young y traerlo al presente yo se lo hago, pero en mi concepto no era así porque la misma ANI me informó que eso de los sectores no era para hacer las obras de esa manera.

DR. BEJARANO: Pero mi pregunta es muy concreta doctora Ana Matilde, usted dice que sí habría podido hacer esos cálculos, finalmente dice que sí, yo le pregunto si pudiendo hacer esos cálculos y de encontrar que un valor presente neto es inferior para el cronograma de desplazados respecto del cronograma original, ello demostraría que la rentabilidad del Concesionario se incrementó como resultado del desplazamiento, eso es lo que le estoy preguntando.

SRA. CEPEDA: Pero permítame decirle doctor Ramiro, si usted me hubiera hecho esa pregunta yo se la hago... (Interpelada)

DR. BEJARANO: No, ahorita se la estoy preguntando y le ruego que me la responda sin más ambigüedades por favor.

SRA. CEPEDA: Sí, se le aumentaría la rentabilidad al Concesionario.

(...)

DR. BEJARANO: Si el mismo Concesionario hizo esa suposición de que la inversión se iba hacer igual mes a mes, ¿por qué no pudo usted hacerla para medir el impacto del desplazamiento?

*SRA. CEPEDA: Lo primero que digo es que de haber querido hacerla con esa información, llámese modelo, ejercicio, como se llame, a mí me parecía que esa primera misión de esos valores allí tuvieron modificaciones concertadas entre las partes, el ejemplo que les di, para esos doscientos diez mil me parece que estaba incluida una caseta; después leí otro documento donde dice, ya no haga la caseta, esa reprogramación de la obra implica otro flujo de replanteo de la programación que comparado con la **ejecución en los momentos de ejecución... permiten** obtener un análisis certero y poner la mano al fuego y decir, con ese análisis certero el uno le debe al otro, no le debe, es por eso.*

DR. BEJARANO: ¿Por qué no lo hizo para los otros tramos, para los cuales tenía la información según consta folio 68 a 72 de sus aclaraciones y complementaciones?

SRA. CEPEDA: Uno, los otros no tenían flujo de caja como... en este y si los otros me llevaban a ir a la contabilidad o a la doceava no tenía con qué comparar porque la contabilidad me decía que no estaba así de manera contractual pero los otros, como les digo, yo lo que pretendía era tener en mis ejercicios financieros unas fuentes certera de lo que fue la programación entre las dos partes, conseguida entre los dos, a través de unos documentos contractuales y la ejecución conseguida como reporte de los pagos y de la ejecución.

DR. BEJARANO: ¿Diga si con base en la información mencionada antes y otra que le fue suministrada, pudo haber medido el impacto del desplazamiento?

SRA. CEPEDA: Conforme estaba planteado en su pregunta y que reflejaría la certeza de lo que convinieron las partes como inversión a ejecutar, no lo pude hacer; con base en los valores globales mensuales tampoco lo pude hacer porque al mirar la contabilidad, la contabilidad estaba estratificada por tramos mas no por contratación. Si hubiese en el cuestionario un interrogante que me hubieran planteado esos ejercicios que ahora se están diciendo, yo con todo gusto los hago y habría colocado la salvedad, estas son proyecciones y no son realidades de lo que se programó ejecutar, en fin, le hubiera hecho la salvedad del caso si lo hubieran requerido a través de un interrogante en los cuestionarios aprobados.

DR. BEJARANO: Pero yo sé que usted no respondió. Yo lo que le estoy preguntando es, si con base en esa información que usted ahora ha reconocido que tiene, ¿pudo haber medido el impacto del desplazamiento? Yo sé que usted no respondió, eso lo tengo claro. Ahorita le estoy preguntando.

SRA. CEPEDA: Sí señor, pude haber medido pero con la salvedad que en mi concepto no era dinero que le debía el uno al otro porque eran proyecciones, lo hubiera hecho.

(...)

DR. BEJARANO: ¿Se habría podido demostrar un beneficio para el Concesionario recibir un ingreso esperado, al que habría requerido al tener un desplazamiento en las obras?

SRA. CEPEDA: Sí señor, de haber una pregunta que solo tomando los proyectados, porque es que el perjuicio o el mayor valor lo tiene sobre los ingresos generados, yo habría podido decir sobre esos proyectados sí pudo pensarse en un beneficio

calculado con base en ese flujo de caja contemplando los desplazamientos, sí lo habría podido hacer.”

En efecto, todos los peritos tanto en sus dictámenes de parte como de contradicción reconocen que el desplazamiento de la inversión produce un beneficio económico a favor del Concesionario. No obstante lo anterior, no coinciden en señalar que ese mayor valor lo debe reconocer la Entidad a favor del concesionario o que le hace más gravosa su carga económica.

El Tribunal con base en las afirmaciones de todos los peritos considera que efectivamente el desplazamiento de la inversión generó un beneficio para el concesionario, que las causas que llevaron a esos desplazamientos son externas a la Entidad reclamante, que la Entidad contratante no renunció a reclamar el restablecimiento del equilibrio económico porque es evidente que esa renuncia fue exclusivamente una manifestación de voluntad del concesionario y que la Entidad estatal resulta económicamente perjudicada en cuanto continua cancelando esa remuneración con el recaudo de los peajes en tanto que el concesionario debe posponer en el tiempo sus inversiones, circunstancia que es desequilibrante de la ecuación del contrato, en cuanto si bien no existen cronogramas de obras, existe una afectación financiera porque de una parte, pospone en el tiempo la reversión de las obras y el momento desde el cual tendría derecho a recaudar directamente los peajes y de otra, el concesionario recibe unos rendimientos derivados de la modificación de la fecha inicial de su inversión.

En el mismo sentido se han pronunciado recientemente otros Tribunales de arbitramento para reconocer la existencia del desequilibrio.

De todo lo expuesto resulta entonces que si bien teóricamente es posible sostener que un desplazamiento en las fechas en que deben realizarse las inversiones podría incrementar la rentabilidad del Concesionario, lo cierto es que para determinar la existencia y alcance de la mayor rentabilidad del Concesionario, es necesario hacer un ejercicio caso por caso con base en toda la información correspondiente. A este respecto debe destacarse que como lo señaló el perito Equity **“teniendo en cuenta que no se cuenta** con ninguno de los inputs necesarios para crear los dos escenarios base de la metodología anteriormente descrita, resulta imposible cuantificar el beneficio financiero obtenido por el concesionario derivado del desplazamiento de las inversiones en el tiempo” y por ello presenta un simple **“ejercicio académico para ilustrar los efectos del desplazamiento de las inversiones en el tiempo”**. Lo cual permite afirmar al perito Nexus que no se cuenta con un modelo válido. Todo lo anterior además se corrobora con el dictamen del perito Villarreal quien hace énfasis en que el análisis debe ser multivariado, **“considerando de manera simultánea la totalidad de las variables pertinentes que se ven afectadas por la**

mayor permanencia en obra” pues puede suceder que el desplazamiento de las inversiones en sí mismo implique unos mayores costos, además de los costos fijos. En el presente caso no obra en el expediente un ejercicio que tome en cuenta los diversos factores que pudieron incidir en el desarrollo del proyecto, incluyendo entre otros el hecho de que el concesionario entregó anticipadamente algunos trayectos, o los problemas prediales que se presentaron respecto de algunos predios y que no son imputables al concesionario, así como la verificación de los demás costos e ingresos en el caso concreto.

Sin embargo, se precisa señalar que los montos por concepto del restablecimiento del equilibrio no están efectiva y ciertamente probados en los diferentes dictámenes de los expertos.

A este respecto la perita Ana Matilde Cepeda señala que ante la ausencia de un modelo inicial y en consideración a la falta de reportes mensuales de los ingresos por cada uno de los peajes no es posible determinar con certeza ni siquiera con mediano rigor financiero cuales serían los valores reales de los ingresos recibidos frente a las inversiones reales realizadas por la UT. Señala también que no es posible asumir que esas inversiones se hicieron en forma lineal en montos iguales.

Respecto de la ausencia de una TIR pactada en el Contrato para determinar la rentabilidad, el Tribunal considera, con base en la misma manifestación del perito en la audiencia, que la tasa aplicada por los peritos de SAC CONSULTING equivalente al 9% para el Contrato Adicional No. 13 no es aplicable porque se pactó para un supuesto diferente.

Por su parte, en el documento preparado por Alonso Castellanos para definir el monto de los desplazamientos de la inversión y sus efectos frente a la TIR presupuestada, tomo como base tasas de 12,98% y 12,31% y no acompañó los ejercicios financieros que sirvieron de base para llegar a los montos totales de los desplazamientos.

Las observaciones anteriores tienen por finalidad que para determinar el monto de los desplazamientos se requiere definir no solamente las fecha en que se desplazó efectivamente la inversión frente a la fecha prevista contractualmente para el inicio de la obra, sino factores adicionales como las obras adicionales, que en algunos casos aumentaron o modificaron la obra inicial, las modificaciones contractuales a los plazo que fueron convenidas por las partes, los costos en que ha debido incurrir el concesionario por mayor permanencia en obra y las fechas en las cuales en realidad se hizo cada una de las inversiones, no es posible al tribunal acceder a declarar una condena en concreto a favor de la entidad estatal porque de los dictámenes que obran en el expediente no alcanza la convicción que le permita determinar una cifra cierta y real.

Por las anteriores diferencias conceptuales en cuanto a la base para determinar la tasa de rentabilidad, y ante la dificultad de conocer las fechas reales de cada una de las inversiones frente a los documentos contractuales que modifican los plazos o las obras y montos y la imposibilidad de determinar los efectos de los desplazamientos en los costos del Concesionario, es imposible determinar el monto del beneficio que se habría generado para el concesionario que permita objetiva y concretamente, a la luz de las disposiciones legales considerarse como una suma de un daño cierto, real y concreto, requisito que conforme a la normativa que rige las indemnizaciones es necesario para determinar el monto del restablecimiento del equilibrio. El Tribunal no puede definir condenas económicas con base en asunciones o supuestos de los peritos ni le corresponde en el marco de su competencia cuando del estudio y sus consecuencias concluye que no están probados todos los elementos necesarios para establecer la magnitud del daño o del perjuicio.

Con base en las anteriores consideraciones el Tribunal procederá a despachar desfavorablemente las pretensiones 3ra y cuarta formuladas por la parte convocante.

9. El Contrato de Concesión No 005 de 1999, sus Adiciones y Modificaciones

Antes de iniciar el análisis de los contratos adicionales 6 y 8, el Tribunal precisa las modificaciones que tuvo el mismo a través de diferentes contratos adicionales, otrosíes y acuerdos⁴⁴⁶.

Documento	Fecha de suscripción	Objeto
Contrato de Concesión No.005 de 1999	29-ene-1999	"Otorgamiento de una concesión para que realice por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, las obras de construcción, rehabilitación, y mejoramiento, la operación y el mantenimiento, la prestación de servicios, y el uso de los bienes de propiedad del INCO dados en concesión, para la cabal ejecución del Proyecto Vial denominado Malla Vial del Valle del Cauca, bajo el control y vigilancia del INCO."
Otrosí No. 1	29-dic-1999	"Aporte de \$ 4000 millones para prever situaciones no previstas que resulten de la ejecución del contrato."
Otrosí No. 2	26-abr-2000	"Modificación de las definiciones del cierre financiero, así como de las cláusulas 5 y 6, etapas de preconstrucción y construcción; se amplía la etapa de construcción de 36 a 54 meses. Adicionalmente se estipuló que el Concesionario podía escoger libremente los corredores para las nuevas construcciones. Mediante la suscripción de este documento la etapa de Preconstrucción paso de 10 a 16 meses."
Otrosí No. 3	15-abr-2002	"Extensión de los plazos de adquisición de predios y entrega del tramo 1 para entrar en operación."
Adicional No. 1	07-jul-2003	"Se adiciona el valor de \$2.185 millones para la ejecución del contrato cuyo objeto es: Estudios y diseños definitivos, diseño, construcción y mantenimiento de ciclo rutas y sendero peatonal recta Cali – Palmira"
Adicional No. 2	28-oct-2003	"Modifica el plazo para la ejecución del diseño, construcción y mantenimiento de la ciclo ruta y sendero peatonal en la recta Cali Palmira. Así mismo establece que el Concesionario realizará la Gestión Predial de los predios requeridos. La etapa de preconstrucción pasó de 10 a 16 meses"
Adicional No. 3	13-nov-2003	"Diseño de diez (10) obras adicionales a los alcances básicos del contrato de concesión No 00599 1. Intersección a desnivel la Dolores.

⁴⁴⁶ Dictamen Pericial Contable y Financiero, rendido por Ana Matilde Cepeda M., de 23 de septiembre de 2016. Folio 96 – 106, cuaderno de pruebas No 20.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Documento	Fecha de suscripción	Objeto
		2.Box Couvert en la Intersección la herradura 3. Conexión Paso del Comercio."
Acta de Acuerdo	11-feb-2004	"Por la cual se realizaron acuerdos relacionados con las controversias surgidas en la ejecución del Contrato de Concesión; adicionalmente, el Concesionario se comprometió a realizar la gestión predial y se amplió la etapa de construcción."
Otrosí No.1 al Adicional No 3	16-jun-2004	"Adición en dos (2) meses el plazo del Contrato Adicional No 3, suscrito el trece (13) de Noviembre de dos mil tres (2003); cuyo objeto se refiere a la realización del diseño de diez (10) obras adicionales a los alcances básicos del Contrato de Concesión No. 005 de 1999."
Adicional No. 4	12-jul-2004	"Adición y modificación del Contrato de Concesión No. 005 del 29 de Enero de 1999, de conformidad con lo establecido en el Acta de Acuerdo suscrita por las partes el 11 de Febrero de 2004 gestión predial de la MVVCC"
Adicional No. 5	14-mar-2005	"Realización de los estudios y diseños de los 5 puentes peatonales de las escuelas Los Bancos, Primavera, Agua Azul, Vía a Padilla y Perico Negro, Tramo 2, y de la Intersección a Desnivel en la Entrada Sur a la Variante de Santander de Quilichao. Plazo 4 meses y cinco días. El 20 de septiembre de 2005 se suscribe el acta de suspensión temporal del contrato para reubicar el puente peatonal Vía a Padilla. Luego el 20 de abril de 2006 se suscribe el OTROSI No. 1 al contrato adicional No. 5 cambiando la ubicación del Puente peatonal Vía a Padilla por uno que se ubicará frente a las instalaciones del Seguro Social en el municipio de Puerto Tejada"
Adicional No. 6	28-jul-2005	"Construcción de las siguientes obras consideradas como adicionales: Puente Caballar Peatonal de Ardobelas (Plazo: diciembre 31 de 2008) Variante el Bolo. (Plazo: diciembre 31 de 2008). Variante la Acequia (Plazo: 30 de junio de 2007) Intersección a desnivel Guacarí (Plazo: 6 meses después de que el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo territorial expida la viabilidad para su construcción. Nuevo plazo: Diciembre 31 de 2008) Intersección a nivel Cincuentenario (Plazo: 31 de diciembre de 2006. Nuevo plazo: Diciembre 31 de 2008) Intersección a desnivel en Santa Helena (Plazo: 6 meses después de que el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo territorial expida la viabilidad para su construcción. Nuevo Plazo: Diciembre 31 de 2008) Intersección a desnivel en la Dolores (Plazo: 31 de marzo de 2006. Nuevo plazo: Diciembre 31 de 2008) Intersección desnivel en la Herradura (Plazo: 31 de diciembre de 2006. Nuevo Plazo: Diciembre 31 de 2008) La vigencia de los plazos fueron modificados con el Acta de Acuerdo del 14 de Julio de 2006."
Acta de Acuerdo	09-ago-2005	"Mediante este documento se soluciona la Controversia en cuanto a los retornos y construcciones de las obras que permitan los giros a todos los movimientos de tránsito que convergen en las intersecciones a nivel y desnivel, sin modificar por esta razón los

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Documento	Fecha de suscripción	Objeto
		plazos contractuales. Se acordó lo siguiente: Retorno doble entre la Glorieta Aeropuerto y la Intersección aeropuerto, tramo 6. Construcción de un retorno Sucromiles Sucromiles en el tramo 4, Variante Norte de Palmira sector Intersección la Herradura. En el tramo 4, se cambia la Intersección a nivel Rozo por otra a desnivel, tipo diamante elemental, quedando incluida en esta modificación un paso de maquinaria de los comprendidos contractualmente para la Variante Norte de Palmira. Incluir movimiento Cali – Cali en la Intersección Jamundí, tramo 2"
Acta de Acuerdo	18-oct-2005	"Mediante este documento se amplía el plazo de construcción de los tramos 4, 5 y se excluyen algunas obras de los tramos 2, 4 y 5. Tramo 2: entrada en operación 31 de diciembre de 2005. Tramo 4: entrada en operación 31 de marzo de 2005. Tramo 5: entrada en operación 31 de diciembre de 2005."
Otro si	31-oct-2005	"Ampliar los plazos máximos para la puesta a disposición del INCO e Interventoría por parte del Concesionario de los tramos 2,4 y 5 del proyecto, debidamente rehabilitados y mejorados y/o construidos, excluyendo de la entrega unas obras, según lo convenido en el acta de Acuerdo, suscrita el 18 de octubre de 2005, por el INCO, el Concesionario y la Interventoría."
Adicional No. 8	14-dic-2005	"Construcción de la Intersección a desnivel en la entrada a la Variante Santander de Quilichao, ubicada en el Tramo 1. Plazo: 16 meses, con fecha límite de entrega el 30 de abril de 2007, sin embargo esta fecha podrá revisarse de acuerdo con la gestión predial y procesos de expropiación que se presenten. Vencimiento: 15 de junio de 2007, de acuerdo con acta de inicio suscrita. Valor del Contrato \$ 4.577.499,313. Este costo incluye la construcción, operación mantenimiento y demás costos financieros asociados a la ejecución del Proyecto. Acta de inicio: firmada por las partes el 15 de Febrero de 2006. Acta de suspensión: firmada el 12 de Junio de 2007, por un término de 8 meses, para la consecución de la Licencia Ambiental y la entrega del predio objeto de expropiación. Su término se cumplió el 12 de Febrero de 2008. Se suscribe Acta de prolongación de la suspensión: por un plazo de suspensión por cinco (5), meses hasta el 12 de julio de 2008; se amplía el plazo de suspensión por un término de Ocho (08) meses mas, hasta el 12 de marzo de 2009. Se amplía el plazo de suspensión por un término de cuatro (04) meses mas, hasta el 12 de julio de 2009. Se suscribe Acta de ampliación del plazo de suspensión por el término que demanden los trámites necesarios para el levantamiento de la veda impuesta por la Corporación Autónoma Regional del Cauca. Superadas las causas que motivan la suspensión, mediante acta se hará constar la continuación del plazo contractual. El Ministerio de Ambiente, Vivienda, y Desarrollo Territorial, mediante resolución No 0949 del 26 de mayo del 2009, modifica la resolución 706 de 13 de Julio de 2000, otorgando la licencia ambiental para el proyecto "Construcción de la Intersección a desnivel en la entrada Sur a la Variante Santander de Quilichao"."
Adicional No. 9	14-dic-2005	"Ampliación del Paso Urbano de Santander de Quilichao, y la construcción de los puentes Peatonales de Los Bancos, Perico

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Documento	Fecha de suscripción	Objeto
		<p>negro y Primavera. Plazo: 12 meses a partir del 15 de febrero de 2006, fecha de la firma del acta de iniciación.</p> <p>Valor del Contrato: \$5.076'138.152, no incluye la operación ni el mantenimiento. Acta de inicio firmada el 15 de Febrero de 2006.</p> <p>Contrato suspendido desde Octubre 9 de 2006 mediante acta de suspensión suscrita entre INCO y Concesionario en la misma fecha.</p> <p>Acta de Reinicio de la etapa de construcción: A partir del 23 de Octubre de 2007, se da inicio a la ejecución de las obras correspondientes para su finalización.</p> <p>Acta de entrega del Paso Urbano de Santander de Quilichao por parte del Instituto Nacional de Concesiones –INCO al Municipio de Santander de Quilichao. En la cual el INCO declara entregado y el Municipio de Santander de Quilichao recibido a su entera satisfacción el Paso Urbano entre el PR71+000 y el PR77+000, asumiendo el municipio el mantenimiento y operación del mencionado Paso Urbano de Santander de Quilichao.</p> <p>Se firma la presente acta con fecha 28 de diciembre de 2010, en el Municipio de Santander de Quilichao."</p>
Adicional No. 7	14-dic-2005	<p>"Estudios, diseños, y construcción de las obras correspondientes a la Intersección a desnivel que permita el acceso desde la doble calzada de la Variante Ginebra, ubicada en el Tramo 3, Palmira Buga, a la Población de Ginebra. Plazo: 13.5 meses a partir del 27 de febrero de 2006, fecha en que se firmo el acta de inicio para los Estudios y Diseños.</p> <p>Acta de inicio de Obras : Marzo 02 de 2007</p> <p>Fecha de Terminación: Marzo 02 de 2008.</p> <p>Valor del Contrato \$ 5.458'742,240, no incluye la operación ni mantenimiento."</p>
Adicional No. 11	27-ene-2006	<p>"El Concesionario se obliga para con el INCO a adelantar por su cuenta y riesgo, el proceso de verificación para los potenciales beneficiarios de la tarifa diferencial de los peajes de CIAT y Estambul, para un numero estimado de usuarios de 30.000.</p> <p>Plazo: 9 meses a partir del 22 de mayo de 2006, fecha en la que se suscribió el acta de iniciación del contrato. Plazo extendido hasta el 22 de abril de 2007</p> <p>Valor del Contrato \$ 680'290.000, incluye IVA."</p>
Adicional No. 10	27-ene-2006	<p>"El Concesionario se obliga para con el INCO a la realización de los estudios, diseños y construcción de las obras adicionales del sendero (Puentes ríos Frayle, Bolo y Palmira; pasos en K4+542, K6+520, K7+542, K8+542, K8+746 y K17+900, alcantarillas 18,24,36 y 48", sendero en zona de peaje Estambul y peatonal Sucromiles.). Plazo: 165 días calendario, a partir del 7 de abril de 2006, fecha en la que se suscribe el acta de iniciación del contrato. Valor del Contrato \$ 1.527'055.838, incluye la operación y mantenimiento."</p>
Adicional No. 12	27-ene-2006	<p>"El Concesionario se obliga para con el INCO a ejecutar la Conexión Paso del Comercio ubicada en la jurisdicción del Municipio de Santiago de Cali entre las abscisas k0+000 y k0+300. Plazo: 6 meses, a partir del 6 de Septiembre de 2006, fecha en que suscribió el acta de iniciación del contrato.</p> <p>Valor del Contrato \$ 2.716'055.973."</p>

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Documento	Fecha de suscripción	Objeto
Otro sí	29-mar-2006	"La realización por parte del Concesionario de la entrega del Tramo 4 el 31 de marzo de 2006, aclarando que dentro de las obras objeto de exclusión en el Otrosí del 31 de octubre de 2005, se encuentran el puente peatonal ubicado en Palmaseca y el acceso al Puente Paso del Comercio; así mismo el aplazamiento en dicho tramo, hasta el 10 de enero de 2007 de la prestación de los servicios propios de la etapa de operación y de la consecuente aplicación del esquema tarifario 2."
Acta de acuerdo	14-jul-2006	"Ampliación de la etapa de construcción de los tramos 3 y 6; y finalización de obras pendientes de tramos 2, 4 y 5. Los plazos máximos para la puesta a disposición del INCO y al Interventor por parte del Concesionario de las obras pendientes de los Tramos 2, 3, 4, 5 y 6 debidamente rehabilitados y mejorados y/o construidos será el 31 de diciembre de 2008."
Otro sí	19-jul-2006	"Ampliación de la etapa de construcción y finalización de obras pendientes. Los plazos máximos para la puesta a disposición al INCO y al Interventor por parte del Concesionario de las obras pendientes en los Tramos 2, 3, 4, 5 y 6 debidamente rehabilitados y mejorados y/o construidos será el 31 de diciembre de 2008, según el acta de acuerdo de Julio 14/2006."
Adicional No. 13	09-ago-2006	"El Concesionario se compromete para con el INCO a ejecutar por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, las obras de construcción, la operación y el mantenimiento, la prestación de servicios y el uso de los bienes de propiedad del INCO y/o INVIAS correspondientes a la segunda calzada, del tramo Mediacaño a Lobo guerrero bajo el control y vigilancia del INCO, el cual se incorpora al alcance físico del contrato de Concesión No. 005 de 1999 determinado en las Especificaciones Técnicas de Construcción y de Rehabilitación y Mejoramiento, correspondientes al anexo No. 1 que forma parte integrante de dicho contrato, así como al señalado en sus documentos adicionales y modificatorios. Plazo etapa de pre construcción: 15 meses a partir del acta de inicio suscrita el 24 de Octubre de 2006 Plazo etapa de construcción: 60 meses Etapa de operación y mantenimiento: Se entenderá desde la fecha de suscripción e iniciación de la etapa de operación hasta la fecha vigente de terminación del contrato 005 de 1999. Fecha de Vencimiento Inicial Etapa de Preconstrucción: 24 de enero de 2008. Valor del Contrato \$ 231.855.098.397. Acta de inicio de la etapa de construcción: 22 de abril de 2009. Fecha de Terminación final Etapa de Construcción: 21 abril de 2014."
Otrosí No. 1: al Adicional 13	02-oct-2006	"Modificar la cláusula sexta del contrato Adicional No. 13, para dejar establecido que el amparo de cumplimiento deberá constituirse a favor del INCO, por un valor asegurado equivalente al 10% del valor estimado para la etapa correspondiente del Contrato Adicional No. 13, para lo cual se acuerda: Valor Etapa de Preconstrucción \$21.665.000.000 pesos Dic./97 Valor Etapa de Construcción \$210.190.098.397 pesos Dic./97 El valor asegurado deberá actualizarse anualmente con el IPC,

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Documento	Fecha de suscripción	Objeto
		durante la vigencia del contrato, a partir del vencimiento del primer año. Este amparo deberá tener una vigencia igual al término estimado de ejecución de la etapa correspondiente y seis meses más."
Adicional No. 14	06-oct-2006	"El Concesionario se obliga para con el INCO a la realización de los estudios y diseños de las intersecciones de entrada y salida a nivel de las variantes de San marcos y Yotocó (Cuatro intersecciones en total), del tramo 5 del proyecto malla Vial del Valle del cauca y Cauca. Plazo: el plazo del presente contrato adicional es de 65 días calendario a partir del 23 de Octubre de 2006, fecha en la cual se suscribió el acta de inicio respectiva. Valor del Contrato: El valor de este contrato adicional es de 59'989,418.00 y será cubierto con cargo a la sub. cuenta INCO cláusula 25(83%), del patrimonio autónomo denominado Fiduoccidente – BBVA Fiduciaria fideicomiso No. 34405 Malla vial del Valle del Cauca y Cauca."
Otrosí No. 5	26-dic-2006	"Por el cual se acuerda ADICIONAR la subcuenta de Predios Malla Vial del fideicomiso principal 34405 del contrato de Concesión No 00599 Proyecto Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca hasta en la suma de TREINTA Y CINCO MIL MILLONES de pesos corrientes, conforme a lo aprobado por el CONFIS y CONPES 3535 de fecha 18 de julio de 2008. FONDEO DE LOS RECURSOS POR PARTE DEL CONCESIONARIO: Agotada la totalidad de los recursos trasladados en virtud del presente documento, el Concesionario deberá fondear, en calidad de préstamo los dineros necesarios para continuar la gestión predial de acuerdo a lo establecido en la cláusula 26 del contrato de Concesión No 00599, a las subcuentas de predios Adicional No 13, licencias ambientales adicional No 13 y predios Malla Vial previa solicitud del INCO y hasta la suma de TREINTA Y CINCO MIL MILLONES de pesos corrientes conforme a lo autorizado en el Documento CONPES 3535 de 2008."
Otro sí.	12-feb-2007	"Disminuir las tarifas correspondientes a la categoría 1 y 1 especial de peaje CIAT y ESTAMBUL a partir del 13 de Febrero de 2007, hasta tanto no se produzca el recibo por parte de la Interventoría de las obras correspondientes al Acceso Paso del Comercio, Intersección Palmaseca, Peatonal Palmaseca e Intersección CIAT, ó en todo caso, hasta el 10 de Enero de 2008, si las obras señaladas en los considerando de este documento no se han concluido por el Concesionario, fecha en la cual aplicará el esquema tarifario 2."
Otrosí No.1 al Adicional No.12	12-feb-2007	"Modificar la cláusula quinta, plazo de construcción de las obras del contrato adicional No. 12 así: el plazo de construcción de las obras: ampliar en cuatro (4) meses más el plazo estipulado en la cláusula quinta del contrato adicional No.12 al contrato de Concesión No. 005 de 1999, fijándose como fecha de terminación de las obras el 6 de Julio de 2007"
Otrosí No.1 al Adicional No 9	15-feb-2007	"El plazo de construcción de las obras del contrato adicional No. 12 así: el plazo de construcción de las obras: ampliar en cuatro (4) meses más el plazo estipulado en la cláusula quinta del contrato adicional No.12 al contrato de Concesión No. 005 de 1999,

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Documento	Fecha de suscripción	Objeto
		<p>fiándose como fecha de terminación de las obras: Ampliar en doce (12) meses [...]"</p>
Otrosí	21-feb-2007	"Modificar la cláusula cuarta, plazo de ejecución de las obligaciones establecidas: ampliar en dos (2) meses más el plazo estipulado en la cláusula cuarta del contrato adicional No. 11 al contrato de Concesión No. 005 de 1999, fijándose como fecha de terminación del proceso el 22 de Abril de 2007."
Acta de Prórroga a la suspensión	05-jul-2007	"Se prorroga la suspensión de la ejecución del Contrato Adicional No. 12, por el término de tres (3) meses mas, a partir del 05 de Octubre de 2007, para que el Municipio de Santiago de Cali de cumplimiento a lo pactado en el convenio interadministrativo, su término el 5 de Enero de 2008. Acta de entrega y autorización de fecha 27 de enero de 2006, se autoriza al INCO la intervención del área comprendida entre la abscisa 0+000 a K0+300 para realizar el proceso constructivo del empalme cra. 11 con el puente Paso del Comercio a través del Concesionario."
Acta de Suspensión	05-jul-2007	"Acta de Suspensión de fecha Julio 05 de 2007, por el termino de tres (3) meses, hasta el 06 de Octubre de 2007, fecha de terminación de cumplimiento del Convenio Interadministrativo INCO – Municipio de Cali, referente al traslado de redes de servicios públicos que afectan el normal desarrollo del proyecto de fecha 12 de septiembre de 2005."
Adicional No.15	03-dic-2007	"Construcción de las siguientes obras: Ampliación y Rehabilitación de la Vía de Acceso Intersección Dulceros Buga, en jurisdicción del Municipio de Guadalajara de Buga y Conectante Salida Norte del Municipio de Guacarí, en jurisdicción del Municipio de Guacarí, con sujeción al plazo, precios y condiciones establecidas en el contrato. El valor del contrato corresponde a la suma de \$ 2.487.736.304. El plazo de construcción de las obras objeto del presente contrato es de seis (06) meses contados a partir de la firma del acta de inicio. Fecha de inicio: 14 de diciembre de 2007. Fecha de entrega: 14 de junio de 2008."
Otrosí No. 2 al Adicional No.9	04-dic-2007	"Agregar a la Cláusula Segunda del contrato adicional No.9 de 2005, Valor del Contrato, la suma de \$491.719.089 para la culminación de las obras "Paso Urbano Santander de Quilichao y tres puentes peatonales", para un total del Contrato Adicional No.9 de 2005, de \$5.567.857.241 a precios fijos sin fórmula de reajuste, suma que no supera el 50% del valor del Contrato de Concesión No.005 de 1999 y sus adicionales, que se discrimina así: Valor Paso Urbano Santander de Quilichao, la suma de \$3.725.769.725, valor Puentes Petonales los Bancos, Perico Negro y Primavera, la suma de \$1.842.087.516."
Otrosí al Adicional No.6	13-dic-2007	"Modificar la Cláusula Primera del Contrato Adicional No.6/2005, en donde el Concesionario se compromete a ejecutar las obras de conformidad al nuevo diseño Intersección a Nivel Santa Helena, el cual consta de dos retornos, con sus correspondientes carriles de aceleración y desaceleración, así como la longitudes de la vía nueva, según planos anexos y modificar la Cláusula segunda, en donde el valor según el nuevo diseño de Abril/07 es de \$678.978.027 pesos de Diciembre/97."

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Documento	Fecha de suscripción	Objeto
Adicional No.16	28-dic-2007	"Construcción de las siguientes obras: Intersección de entrada Variante Yotoco, Intersección de Salida Variante Yotoco, Traslado Torre (228) de ISA, retorno adicional en Palmaseca, Conectante La Dolores Callejón Caucaseco, Puente Peatonal Cincuentenario, Obras objeto de Balance: Puente Peatonal Cincuentenario, Drenaje Retorno Zanjón Hondo, Intersección Caucaseco, Intersección Aeropuerto y Bermas Recta Cali Palmira, con sujeción al plazo, precios y condiciones establecidas en el contrato. El plazo para la ejecución del contrato será de doce (12) meses contados a partir de la firma del acta de inicio. Valor del Contrato: 772.492.386 a pesos de Dic. 1997 con cargo a la cuenta otro si No. 1."
Otrosí No.2 al Adicional No 12	04-ene-2008	"Adicionar en dos (2) meses el plazo del Contrato Adicional No 12, suscrito el 27 de Enero de 2006; cuyo objeto es la ejecución de la Conexión Paso del Comercio, ubicado en la jurisdicción del Municipio de Santiago de Cali, entre las abscisas K0+000 y K0+300. Nueva fecha de terminación: 5 de Marzo de 2008."
Otrosí No.2 al Adicional 13	14-ene-2008	"Modificar el trazado vial establecido para la segunda calzada entre Mediacaño y Loboguerrero al paso por la Reserva Forestal de Yotoco, paralela a la vía existente entre el K98+200 y K103+150, para lo cual el Concesionario se obliga a realizar bajo su cuenta y riesgo los estudios, los diseños definitivos y la construcción del Par Vial, rodeando la Reserva Forestal de Yotoco en una longitud de 7200 mts, obteniéndose como longitud adicional a la inicialmente contratada una distancia de 2250 mts, de acuerdo con la sección establecida en las Especificaciones Técnicas del Anexo No.1 del contrato Adicional No. 13 al Contrato de Concesión No.005 de 1999. Igualmente se incluye la construcción de 202 metros lineales de puentes vehiculares estimados para este par Vial. Ampliación del plazo etapa de pre construcción: 5 meses más al plazo estipulado inicialmente. Fecha terminación etapa Pre construcción: 24 de junio de 2008. Valor del otrosí: \$13.172.978.691"
Otrosí No.3 al Adicional 13	24-jun-2008	"Adicionar 3 meses al plazo estipulado en la cláusula tercera del contrato adicional No. 13 al contrato de concesión 005 de 1999, que fuera ampliado en cinco meses mediante el otrosí No. 2 del contrato adicional 13. Nueva Fecha de terminación Etapa de Pre construcción: Septiembre 24 de 2008."
Otrosí No.4 al Adicional 13	24-sep-2008	"Ampliar en 5 meses más el plazo estipulado en la cláusula tercera del contrato adicional No. 13 al contrato de concesión 005 de 1999, que fuera ampliado en tres meses mediante el otrosí No 3 del contrato adicional 13. El plazo inicia a partir del 26 de septiembre de 2008. Nueva Fecha de terminación Etapa de Pre construcción: Febrero 26 de 2009."
Acta de Acuerdo Ampliación de la Etapa de Construcción de los Tramos 3 y 6, y	23-dic-2008	"Mediante este documento las partes que intervienen han decidido llegar a los siguientes acuerdos, relacionados con la ampliación de la etapa de construcción de los tramos 3 y 6 y finalización de las obras pendientes de los tramos 2, 3, 4,5 y 6. PRIMERO: Ampliación de la Etapa de Construcción para los tramos 3 y 6: Los plazos máximos de las etapas de construcción de los tramos 3 y 6 de la Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca,

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Documento	Fecha de suscripción	Objeto
Finalización de obras pendientes de los tramos 2,3,4,5 y 6...		se acuerdan para el 16 de julio de 2009 y 16 de enero de 2009 respectivamente. SEGUNDO: Plazos máximos para la entrega de las obras pendientes de los tramos 2,3,4,5 y 6 del proyecto vial Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca, debidamente rehabilitados y mejorados y/o construidos, tendrán como fecha límite para su entrega el 31 de diciembre del 2009. PARAGRAFO: Los plazos aquí establecidos quedan supeditados a la gestión que en materia de expropiación de predios adelante el INCO."
Otrosí No. 6	29-dic-2008	"Por el cual se amplian los plazos de construcción de algunas obras en los tramos 2, 3, 4, 5 y 6. Los plazos máximos de las etapas de construcción de los tramos 3 y 6 del proyecto vial Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca, se acuerdan para el 16 de Julio de 2009 y 16 de enero de 2009, respectivamente, y se fija como plazo máximo para la entrega de las obras pendientes para el 31 de diciembre de 2009."
Otrosí No.5 al Adicional 13	24-feb-2009	"Ampliar en dos (02) meses más el plazo estipulado en la Cláusula Tercera del Contrato Adicional No 13 al Contrato de Concesión No 005 de 1999, plazo que inicia a partir del 26 de Febrero de 2009. Fecha final Etapa de pre-construcción: Abril 26 de 2009. Fecha Inicial Etapa Construcción : 22 de abril de 2009."
Adicional No.17	23-dic-2009	"Mediante el cual se adiciona al alcance del objeto del contrato de Concesión No 00599, los siguientes sectores de carretera para que en ellos el Concesionario ejecute las obras que a continuación se describen: Sector Crucero JamundíCali entre el PR106+0549 y el PR116+0776 de la carretera PopayánCali. Se intervendrán 5.83 Kms en labores de rehabilitación y mejoramiento incluido retorno existente. Sector SamecoCencar de la carretera CaliYumbo. Sector que inicia en el PR0+000 en la intersección a desnivel Sameco y termina en el PR7+000, Glorieta Cencar. Se intervendrán 4.63 Kms de doble calzada en labores de rehabilitación y mejoramiento conservando la berma interna construyendo berma externa de hasta 2.0 mtrs. El plazo para los estudios y diseños de las obras adicionales es de dos (02) meses, contados a partir de la fecha del acta de inicio de este contrato adicional. Para la ejecución del contrato será de seis (06) meses a partir de la presentación por parte del Concesionario de los estudios y diseños. Se firma Acta de inicio del contrato adicional No 17, con fecha 24 de febrero de 2010. Fecha de entrega estudios y diseños: 24 de abril de 2010. Fecha de entrega de la obra: 23 de octubre de 2010 Valor del contrato: 25.200.000.000,00 a pesos dic 2008 con cargo a INVIAS."
Otrosí No. 7	31-dic-2009	"El Concesionario se obliga para con el INCO, a entregar debidamente rehabilitadas, mejoradas y/o construidas las obras que se encuentran pendientes de los tramos 2, 3, 4 y 5 del proyecto vial MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- CONTRA LA UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA Y OTROS.

Documento	Fecha de suscripción	Objeto
		El plazo de entrega será a más tardar el 31 de julio de 2010; plazo que queda supeditado a la gestión que en materia de expropiación de predios adelante el INCO."
Otrosí No. 8	23-ene-2014	"El Concesionario se obliga para con el INCO, a entregar debidamente rehabilitadas, mejoradas y/o construidas las obras que se encuentran pendientes de los tramos 2, 3, 4 y 5 del proyecto vial MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA. El plazo de entrega será de seis (06) meses contados a partir de la liberación o entrega de los predios que se encuentran en proceso de expropiación."
Otrosí No. 9 al Contrato de Concesión No.005 de 1999	23-ene-2014	"Las partes acuerdan modificar el Contrato de concesión No 00599, en el sentido de desafectar el Tramo 1 "Popayán - Santander de Quilichao" del corredor concesionado; incorporado en el alcance físico del contrato principal, de acuerdo a lo previsto en su cláusula 6, numeral 6.2. Esta se hará efectiva en el segundo semestre del año 2015, condicionada a la adjudicación del Contrato de Concesión de 4G que incorpora dicho tramo. Así mismo, acuerdan modificar el Contrato de Concesión No 00599 en el sentido de desafectar el Tramo 7 "Mediacanoa - Loboguerrero" del corredor concesionado; incorporado el alcance físico contractual mediante adicional No 13 del 9 de agosto de 2006. Esta se hará efectiva entre octubre y diciembre de 2016 y estará condicionada a la adjudicación del Contrato de concesión de 4G que incorpora dicho tramo."
Otrosí No.6 al Adicional 13	23-may-2014	"Modificar el PARÁGRAFO PRIMERO de la CLAUSULA PRIMERA del Contrato Adicional N° 13 al Contrato de Concesión No 005 de 1999, el cual quedará como sigue: "PARÁGRAFO PRIMERO: EL CONCESIONARIO se compromete para con la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (antes INCO) a prestar los siguientes servicios sobre la calzada existente del Tramo Mediacanoa – Loboguerrero: Operación y seguimiento del tránsito, control de peso de vehículos de carga; vigilancia de las instalaciones, primeros auxilios a vehículos, primeros auxilios a personas, atención y traslado de víctimas de accidentes, remoción de vehículos averiados. Lo anterior a partir de la suscripción del acta de inicio de la etapa de operación del Tramo 7, y sin perjuicio de lo establecido en la Cláusula Novena del Otrosí N° 9 al Contrato de Concesión 005 de 1999, en cuanto a la ampliación del plazo para culminar la construcción de la Segunda Calzada en el denominado Sector 1, es decir continuando en etapa de construcción dicho sector". PARÁGRAFO 1. Teniendo en cuenta que los sectores 2 y 3 culminaron la etapa de construcción el día 22 de abril de 2014, la operación de los mismos, junto con la calzada existente en dichos sectores y la calzada existente en el sector 1, comenzará una vez suscrita el Acta de Inicio de Etapa de Operación y Mantenimiento. Acta de finalización etapa de construcción e inicio de etapa de operación; mayo 23 de 2014"

Documento	Fecha de suscripción	Objeto
Otrosí No.10 al Contrato de Concesión No.005 de 1999	14-jul-2015	"Las partes acuerdan: Modificar la distribución de andenes por tramos, descrita en el anexo 8; modificar la distribución de los paraderos por tramos, descrita en el anexo 5; modificar la distribución de los puentes peatonales por tramos, descrita en el anexo 8; aclarar las obras que se encuentran pendientes por construir en los tramos 1, 2, 3, 4, 5 y 6. Modificación del anexo 1 del contrato adicional No 13, en lo relacionado con eliminar la obligación contractual de la construcción de una nueva estación de peaje y demolición de la actual (peaje Loboguerrero) y demás cláusulas establecidas en el presente Otrosí. Modificación del parágrafo 3 de la cláusula primera del otro sí modificatorio Nro. 9, relacionada con la desafectación del Tramo 1, se hará efectiva a partir del 1 de diciembre de 2015."

9.1 Los Dictámenes Periciales de Parte y los Desplazamientos en los Contratos Adicionales Nos. 6 Y 8

El dictamen pericial financiero de parte presentado por la ANI el 24 de febrero de 2016, y elaborado por la firma SAC Consulting S.A.S., con fecha 22 de febrero de 2016, contiene un aparte en el que se examina y cuantifica el desplazamiento en el cronograma de inversiones en los Adicionales 6 y 8 al contrato de concesión No 005 de 1999.

En concreto en el contrato adicional 6, Tramo 2 “Variante el Bolo” el dictamen señala que tenía establecido como fecha inicial de la obra el 28 de julio del año 2005 y su finalización estaba prevista para el 27 de enero de 2007. Añade que a la fecha de finalización de la obra (27 de enero de 2003 sic), el concesionario no lleva ejecutado ningún avance de la obra correspondiente a este Tramo causando en este un desplazamiento del cronograma de inversiones en el adicional 6 Tramo 2.

En el adicional 6, Tramo 3 “Intersección Cincuentenario”, señala que esta porción de la obra tenía como fecha inicial el 28 de julio de 2005 y su finalización sería hasta el 31 de diciembre del año 2006. Indica que a la fecha correspondiente de finalización de la obra del Tramo 3 (31 de diciembre de 2006), el concesionario solo lleva ejecutado el 2.00% de avance de la obra correspondiente de este tramo causando en este un desplazamiento del cronograma de inversiones en el adicional 6 del Tramo 3 Intersección Cincuentenario.

En el Tramo 3, Intersección Santa Helena menciona que la fecha inicial de la obra era el 13 de diciembre de 2007 y su finalización sería hasta el día 12 de junio del año 2008. Anota que a la fecha correspondiente de finalización del Tramo 3 (12 de junio de 2008) el concesionario no había ejecutado obra alguna y el avance de la obra correspondiente a este Tramo era 0% causando en este un desplazamiento de cronograma de inversiones en el adicional 6 del Tramo 3 Intersección Santa Helena.

En el Tramo 3, Guacarí, advierte que tenía como fecha inicial de la obra el 11 de agosto del año 2006 y su finalización sería hasta el día 11 de febrero del año 2007. Añade que a la fecha correspondiente de finalización de la obra del Tramo 3 Guacarí (11 de febrero de 2007) el concesionario lleva ejecutado el 27% de avance de la obra causando en este un desplazamiento del cronograma de inversiones en el Adicional 6 del Tramo 3 Guacarí.

En el Tramo 4, Intersección La Herradura, menciona que tenía como fecha inicial de la obra el 28 de julio del año 2005 y su finalización sería hasta el 31 de diciembre del año 2006. A la fecha correspondiente de finalización de la obra del Tramo 4 Intersección La Herradura (31 de diciembre de 2006) el concesionario llevaba ejecutado el 21% de avance de la obra correspondiente a este tramo causando un

desplazamiento del cronograma de inversiones en el adicional 6 del Tramo 4 Intersección La Herradura.

En el Tramo 4, Intersección La Dolores, la fecha inicial de la obra era el 28 de junio del año 2005 y su finalización hasta el día 31 de marzo del año 2006. A la fecha correspondiente de finalización de la obra (31 de marzo de 2006) el concesionario lleva ejecutado el 63% de avance de la obra causando un desplazamiento del cronograma de inversiones en el adicional 6 del Tramo 4 Intersección La Dolores.

En el Tramo 6, Variante Acequia, la fecha inicial de la obra era 28 de julio del año 2005 y su finalización debía ser el 30 de junio del año 2007. A la fecha de finalización de la obra (30 de junio de 2007), el concesionario lleva ejecutado el 76% de avance de la obra correspondiente a ese Tramo causando un desplazamiento del cronograma de inversiones en el Adicional 6 del Tramo 4 Variante Acequia.

En cuanto al desplazamiento del Adicional 8 del Tramo 1, este tenía como fecha inicial de la obra el 14 de diciembre del año 2005 y su finalización sería hasta el 30 de abril del año 2007. A la fecha de finalización de la obra (30 de abril de 2007), el concesionario no lleva ejecutado ningún avance de la obra correspondiente a este Tramo, causando un desplazamiento del cronograma de inversiones en el Adicional 8 del Tramo 1.

El Tribunal ha señalado desde el punto de vista financiero las razones por las que estas evaluaciones han presentado dificultades durante el presente trámite arbitral.

El dictamen financiero a solicitud de parte sobre el dictamen pericial presentado por SAC Consulting S.A.S., referente al proceso arbitral de la Agencia Nacional de Infraestructura contra la Unión Temporal de Desarrollo Vial Valle del Cauca y Cauca, presentado en la Cámara de Comercio el 7 de marzo de 2016 y elaborado por la firma Valor y Estrategia S.A., de fecha marzo de 2016⁴⁴⁷.

Con respecto de los Adicionales No 6, No 8 y No 13 y Otrosí No 2 del Adicional No 13 se cita, del Dictamen de Valor y Estrategia entregado en noviembre de 2015, la parte más importante de los mismos.

El documento señala:

⁴⁴⁷ Previamente el 24 de noviembre de 2015, La Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, **entregó en la Cámara de Comercio de Bogotá, el Dictamen de Parte denominado "Dictamen Financiero a solicitud de parte sobre la reforma de la demanda arbitral de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI – en contra de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, conformada por Carlos Alberto Solarte Solarte, Luis Héctor Solarte Solarte (en sucesión) y PAVCOL Colombia S.A.S.** El análisis de los desplazamientos de los contratos adicionales 6 y 8 aparecen en los folios 38 al 43, cuaderno de pruebas No 4.

"Tabla No. 19-Tramo No. 2: Variante el Bolo. De acuerdo con el contrato adicional No 6 las obligaciones de este tramo se debían cumplir en el tiempo faltante estipulado en el acuerdo del 11 de febrero de 2004 para el Tramo No 2 y seis (6) meses más a partir de que el Ministerio expediera la licencia ambiental. La licencia fue expedida por el Ministerio del Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial el 28 de julio de 2006 y notificada al Concesionario el 11 de agosto del mismo año, siendo la fecha de vencimiento a inicio de 2007. Sin embargo, este Tramo se encuentra a la fecha inconcluso, de acuerdo con el Concesionario, porque aún faltan predios para su ejecución".

"Tabla No. 22-Tramo No. 3: Intersección Guacarí. De acuerdo con el contrato adicional No 6 las obligaciones de este tramo se debían cumplir en el plazo estipulado en el acuerdo del 12 de febrero de 2004, para el Tramo No. 3 y seis (6) meses más a partir de la viabilidad de construcción que expediera el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Dicha viabilidad se dio el 11 de agosto de 2006, siendo el plazo para el cumplimiento de la finalización de las obras Febrero de 2007".

"No obstante lo anterior esta Intersección presentó inconvenientes en la liberación y/o expropiación de predios, como consta en la comunicación UTDVVCC 913-07 de fecha junio de 2007, donde el Concesionario informa el estado de avance de cada una de las intersecciones del Tramo No. 3 menciona: "Intersección a desnivel Guacarí: esta obra fue incorporada al contrato de concesión mediante el contrato Adicional No. 6 de fecha julio 28 de 2005. Para su construcción se requieren 141 predios, de los cuales se encuentran liberados 46, en proceso de enajenación voluntaria 86 y 9 en proceso de expropiación. A nivel de construcción se cuenta con los terraplenes de aproximación norte y sur, así como la estructura del puente".

"Así las cosas y de acuerdo con lo informado por el Concesionario, actualmente el puente se encuentra en operaciones; sin embargo, los ramales para la intersección no se han terminado de construir, debido a que no se cuenta con los predios necesarios".

"En lo concerniente al contrato adicional No. 8; "al igual que en el contrato de concesión No 005, de la lectura de las Actas, Acuerdos y Otrosíes, firmados por las partes sin realizar un análisis técnico de las

mismas ya que no es del orden de este Dictamen, se tiene que los cálculos presentados en la reforma de la demanda a cerca del contrato adicional No. 8 no toman en cuenta las causas del desplazamiento, que se observa, están relacionadas con temas de licencias ambientales ...”

...

"Tabla No. 26-Contrato Adicional No. 8: Tramo No. 1
"Como se detalló en el punto anterior de este documento, al momento de la firma del contrato adicional No. 8, se estipulo un plazo de dieciséis (16) meses, con una fecha límite de 30 de abril de 2007 para la entrega de las obras. Sin embargo debido a:
(i) los trámites requeridos para la obtención de la Licencia Ambiental adicional, (ii) al tiempo que tomó la constatación de la presencia de comunidades indígenas y/o negras por parte del Ministerio del Interior, (iii) el posterior trámite para el visto bueno de la Corporación Autónoma Regional del Cauca y del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, donde este último dio su concepto favorable de manera parcial, exceptuando el componente social, (iv) el trámite de Consulta Previa con las Comunidades Negras de la zona con el fin de cumplir los procesos para obtener la modificación de las Licencias Ambientales, (v) los procesos de expropiación de predios, entre otros, fueron las causas para que el contrato adicional No. 8 se suspendiera en cinco (5) ocasiones las siguientes fechas:

<i>Contrato Adicional No. 8</i>	<i>14 de diciembre de 2005</i>
<i>Suspensión 1</i>	<i>12 de junio de 2007 por ocho (8) meses</i>
<i>Suspensión 2</i>	<i>12 de febrero de 2008 por cinco (5) meses</i>
<i>Suspensión 3</i>	<i>12 de julio de 2008 por cinco (5) meses</i>
<i>Suspensión 4</i>	<i>12 de marzo de 2009 por cuatro (4) meses</i>
<i>Suspensión 5</i>	<i>indefinido hasta el levantamiento de veda.</i>

En la actualidad y distinto a como lo menciona la ANI, el contrato adicional No. 8 no ha finalizado, ya que no se ha terminado el ramal 4D por la adquisición de seis Predios. El Concesionario informó que la ANI presentó las ofertas el día 3 de noviembre de 2015, notificado a los propietarios el día 5 de noviembre de 2015. Actualmente, se surte el periodo legal que los propietarios tienen para la aceptación o rechazo **de las ofertas”**.

9.2. Los Contratos Adicionales Números 6 y 8

9.2.1. Las Pretensiones

La demanda reformada solicita al Tribunal pronunciarse sobre el Contrato de Concesión de 005 de 1999, celebrado entre la ANI y la UNION TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA y los adicionales Contratos 6 y 8 de la manera que a continuación se señala:

“DECIMAQUINTA: Declarar que el contrato de concesión No 005 de 1999 celebrado entre la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI – (antes Instituto Nacional de Vías – INVIAS -) y la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, fue adicionado con los contratos adicionales No 6 y 8, sin que en ninguno de estos actos se hubiesen incluido modelos financieros.

“DECIMOSEXTA: Declarar que se produjo un desplazamiento en el cronograma de ejecución de las obras en la etapa de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación del contrato de concesión No 005 de 1999 y sus adicionales nos 6 y 8, el cual ocasionó un beneficio financiero a la Unión Temporal Desarrollo Vial Valle del Cauca y Cauca y un correlativo empobrecimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI –

“DECIMOSEPTIMA: Declarar que como consecuencia de la anterior pretensión se produjo un desequilibrio a la ecuación financiera del contrato de concesión No 005 de 1999, sus adicionales 6 y 8, en perjuicio de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI –

“DECIMOCTAVA: Como consecuencia de la prosperidad de las dos precedentes pretensiones, para restablecer el equilibrio de la ecuación financiera del contrato 005 de 1999, y los contratos adicionales No 6 y 8, el Laudo que le ponga fin al proceso defina e imponga un modelo financiero adecuado a las

reales condiciones de ejecución, que determine el beneficio financiero derivado del desplazamiento de los cronogramas de obras y mantenimientos del contrato No 005 de 1999 y sus adicionales 6 y 8 a que tiene derecho la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI-

"SUBSIDIARIA: En subsidio de las anteriores pretensiones, solicito que se condene a la Unión Temporal Vial del Valle de Cauca y Cauca (sic), a la sociedad Pavimentos de Colombia S.A.S., y a los señores Carlos Alberto Solarte Solarte, Gabriel David Solarte Viveros, Luis Fernando Solarte Viveros y Diego Alejandro Solarte Viveros, Nelly Daza de Solarte, María Victoria Solarte Daza y Luis Fernando Solarte Marcillo, a pagar en forma solidaria a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI -, dentro de los cinco días siguientes al Laudo que le ponga fin a este proceso la suma de QUINIENTOS VEINTICINCO MIL CIENTO SESENTA Y DOS MILLONES DE PESOS DE ABRIL DE 2014 (\$525.162.000.000), la cual se actualizará desde abril de 2014 y hasta la fecha del laudo, más los intereses comerciales moratorios a la más alta legal autorizada en la ley que causen desde cuando se hicieron exigibles y hasta cuando el pago se realice, por concepto de la indemnización a que tiene derecho la Agencia Nacional de Infraestructura para restablecer el equilibrio financiero del contrato 005 de **1999, sus adicionales No 6 y 8"**.

9.2.2. Posición de la Convocante

En apoyo de lo solicitado, la Convocante señala que el desplazamiento en la ejecución de las obras que deberían ejecutarse con el contrato básico 005 de 1999, y sus adicionales No 6 y 8 debieron ejecutarse dentro de los plazos previstos en cada uno de esos documentos, sin que ello hubiese ocurrido. Añade en relación con la ejecución del contrato básico 005 de 1999, el plazo máximo concedido según la cláusula 6 era de 39 meses después de suscrita el acta de iniciación, discriminados de la siguiente manera: Tramo 1, 12 meses; Tramo 2, 30 meses; Tramo 3, 36 meses; Tramo 4, 16 meses; Tramo 5, 18 meses; Tramo 6, 36 meses. El acta de iniciación se sucedió el 14 de agosto de 2000, y no se ejecutaron las obras en los plazos indicados.

Menciona que de conformidad con el informe técnico ejecutivo de 2012 calendado el 23 de enero de 2013 (sic) de la interventoría Intercol SP, respecto de la tardanza en la ejecución de las obras se puso de presente en un cuadro que presenta los retardos indicados de los que se destaca los plazos reales, así: Tramo 1, 31 meses; Tramo 2, 65 meses con obras

pendientes para un total de 101 meses; Tramo 3, 107 meses; Tramo 4, 77 meses con obras pendientes para un total de 112.5 meses; Tramo 5, 65 meses con obras pendientes para un total de 100 meses; Tramo 6, 101 meses.

En referencia con la ejecución de las obras del adicional No 6 del contrato básico 005 de 1999 los plazos concedidos según la cláusula quinta y dispuesta en el acta de acuerdo del 11 de febrero de 2004, arroja la siguiente información referida a las fechas de inicio del contrato y la fecha final: Tramo 2, variante el Bolo, 28 de julio de 2005 y 31 de enero de 2007; Tramo 3, Intersección Cincuentenario, 28 de julio de 2005 y 31 de diciembre de 2006, Intersección Santa Helena 13 de diciembre de 2007 y 12 de junio de 2008, Intersección a desnivel en Guacarí 11 de agosto de 2006 y 12 de febrero de 2007; Tramo 4, Intersección a desnivel la Herradura 28 de julio de 2005 y 31 de diciembre de 2006, Intersección La Dolores 28 de julio de 2005 y 31 de marzo de 2006 y el Tramo 6, variante La Acequia 28 de julio de 2005 y 30 de junio de 2007.

En relación con la ejecución de las obras del adicional No 8 el plazo de construcción según lo previsto en la cláusula quinta era de 16 meses y la fecha límite de la entrega de esas obras se fijó para el 30 de abril de **2007. No obstante se previó que el plazo podía ser revisado “en el caso de presentarse procesos de expropiación en el transcurso de la Gestión Predial en mención”.**

Afirma la Convocante que independientemente de cuales hubieran sido las razones para que las obras no se ejecutaran en los plazos previstos en el contrato básico y los adicionales 6 y 8 e independiente de quien tenga la responsabilidad por tales retardos, lo cierto es que la inejecución de las obras en los distintos plazos generó un desequilibrio del contrato a favor del concesionario y en contra de la ANI.

Concluye que ese desequilibrio económico se traduce en que la ANI debió reconocer al Concesionario un mayor valor de las inversiones por el desplazamiento presentado sin modificar la remuneración a través del ingreso esperado. Advierte de que el hecho de que no hubiese existido un modelo financiero para el Contrato básico y sus adicionales 6 y 8, en modo alguno no implica que la ANI no tenga derecho a exigir que se declare ese desequilibrio presentado en perjuicio suyo.

9.2.3. Posición de las Convocadas

El Apoderado de la Unión Temporal considera que la Convocante omite injustificadamente las causas que llevaron a los desplazamientos en los cronogramas. En su opinión la manera como son presentados los reclamos judiciales buscan esconder los problemas estructurales imputables a la entidad concedente. Añade que para que se presente

el desequilibrio económico es indispensable que ocurran causas externas a las partes imprevisibles e irresistibles que alteren gravemente la economía del negocio y que ellas provengan de una externalidad y no del incumplimiento de una de las partes de la relación contractual. Se sustenta en el peritaje de la firma Valor y Estrategia allegados por su representada, el cual forma parte del expediente, en que se presenta la asignación de los riesgos de construcción, ambiental y de predios. Resalta que de los documentos contractuales, al menos en lo que tiene que ver con el contrato 005, la responsabilidad de manera exclusiva pertenece a la ANI.

Frente al contrato adicional No 6 del contrato de concesión vial 005 de 1999, y siempre siguiendo el dictamen de Valor y Estrategia pone de presente las comunicaciones cruzadas entre las partes y el plazo transcurrido entre las solicitudes y respuestas relacionadas con la gestión predial, viabilidad de las licencias ambientales y la construcción de las obras. Destaca que según se advierte las causas que dieron lugar en los desplazamientos en el tiempo de las inversiones a realizar en lo que tiene que ver con el adicional No 6, son de resorte exclusivo de la ANI.

En lo que concierne con el desplazamiento del adicional No 8, del contrato de concesión vial 005 de 1999, y siguiendo la experticia presentada insiste en que el motivo principal de acuerdo con el análisis realizado en la lectura de las Actas, acuerdos y otros íes firmados entre las partes se fundamenta en el trámite de las licencias ambientales. Termina indicando que el concesionario no obstante haber requerido de manera diligente las respectivas autorizaciones ambientales y sociales para la ejecución del objeto contractual, se encontró con la inoperancia y falta de eficiencia administrativa de las autoridades públicas y la propia conducta de la ANI.

La Apoderada de los Señores Carlos Alberto Solarte Solarte y Luis Fernando Solarte Marcillo, por su parte destaca lo que en su opinión demuestra una ausencia de nexo causal entre las causas que generaron un desplazamiento de la ejecución de obra y el supuesto perjuicio que reclama la ANI aduciendo el desplazamiento de la inversión. De no ser así la demanda debería haber contenido una narración y valoración de los hechos que ocasionaron la supuesta afectación del cronograma y se vería obligada a reconocer los perjuicios que más bien causó la ANI a la Unión Temporal.

Los Apoderados de las Señoras Nelly Daza de Solarte y María Victoria Solarte de Daza hacen notar que en los considerandos del 8 al 16 del Otrosí 1 al contrato adicional 6 suscrito el 13 de diciembre de 2007, la gestión predial que implicaba dicho contrato adicional tuvo el rechazo de la comunidad del Municipio El Cerrito lo cual implicó que las partes acordaran modificaciones técnicas y económicas en cuanto a la

ejecución de las obras relativas a la intersección a desnivel en Santa Helena.

En relación con la ejecución de las obras de los adicionales No 6 y 8 advierten que no son irrelevantes los hechos por los cuales no pudieron haberse cumplido los plazos previstos en el contrato 005 de 1999, y sus contratos adicionales 6 y 8 y recuerda que todos ellos fueron previstos y documentados por las partes según consta en los distintos textos contractuales, por lo cual mal puede la ANI reclamar con base en ellos un supuesto desequilibrio económico del contrato.

La Apoderada de Pavimentos de Colombia S.A.S., y los herederos Gabriel David Solarte Viveros, Luis Fernando Solarte Viveros y Diego Alejandro Solarte Viveros; opina que el cronograma se afectó, no se desplazó y que la desprogramación tiene origen en situaciones no imputables al concesionario. Esa situación considera no generó beneficio económico a favor del concesionario y no afectó ni generó detrimento alguno a la ANI.

Concepto del Ministerio Público. Frente al caso concreto manifiesta el Señor Agente del Ministerio Público en relación con el desplazamiento de la inversión y sus efectos en el equilibrio económico del contrato, que los requisitos exigidos en esta situación:

"deben hacerse presentes de manera concomitante, es decir debe demostrarse que existe un hecho imprevisible que hace más onerosa la ejecución contractual y que no es imputable a ninguna de las partes.

En el caso que no ocupa se encuentra aceptado por las partes del contrato la existencia de una serie de desplazamientos de las obras e inversiones, al respecto no solo lo manifiestan las contestaciones de la demanda, sino que igualmente lo ha aceptado en el interrogatorio de parte del Señor Carlos Alberto Solarte miembro de la Unión Temporal. Sin embargo la Unión Temporal alega que las causas de los desplazamientos es imputable a la Entidad contratante que no cumplió correctamente con la gestión ambiental y predial del proyecto, aspecto que genera un primer problema a la solicitud de equilibrio, ya que el segundo de los requisitos necesarios para ello es que las partes no tengan responsabilidad en el hecho que lleva al desequilibrio, por lo cual ante esta alegación habrá de analizarse si existe prueba de la manera como se generó el desplazamiento.

De la práctica de las inspecciones (tanto en la ANI, en la Fiduciaria y en la Unión Temporal), de las experticias allegadas por las partes, así como de la práctica de la experticia por la perita designada por el

Tribunal, no se logró determinar cuáles eran los cronogramas de obras y de inversiones reales del proyecto, por lo cual todos los cálculos existentes sobre los desplazamientos parten de la aplicación de fórmulas en que se presume que las obras e inversiones se realizaron de manera lineal.

*Lo anterior tiene unas implicaciones que deben analizarse en el caso concreto, la primera es que los cálculos que se hayan realizado serán ejercicios académicos, que si bien pueden ser útiles para el análisis de posibles repercusiones, no pueden ser usados para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, ya que el mismo solo es procedente ante la existencia de reales beneficios que **generen mayor onerosidad a la parte contraria**".*

Seguidamente y con base en el Laudo de la Concesión Vial de Bogotá Girardot, cita la afirmación según la cual si bien teóricamente es posible sostener que un desplazamiento en las fechas en que deben realizarse las inversiones podría incrementar la rentabilidad del concesionario, lo cierto es que para determinar la existencia y alcance de la mayor rentabilidad del concesionario, es necesario hacer un ejercicio caso por caso con base en todas la información correspondiente. Allí el perito Equity señaló que

*"teniendo en cuenta que no se cuenta (sic) con ninguno de los inputs necesarios para crear los dos escenarios base de la metodología anteriormente descrita resulta imposible cuantificar el beneficio financiero obtenido por el concesionario derivado del desplazamiento de las inversiones en el tiempo. Esa conclusión en el citado Laudo es compartida por el perito Villarreal para quien el análisis debe ser multivariado, es decir que considere de manera simultánea la totalidad de las variables pertinentes. En **ese caso, "no obra en el expediente un ejercicio que tome en cuenta los diversos factores que pudieron incidir en el desarrollo del proyecto, incluyendo entre otros el hecho de que el concesionario entregó anticipadamente algunos trayectos, o los problemas prediales que se presentaron respecto de algunos predios y que no son imputables al concesionario, así como la verificación de los demás costos e ingresos en el caso concreto"**.*

Continúa el Señor Agente del Ministerio Público:

"La segunda implicación es que al no conocerse los cronogramas y los desplazamientos, no se tiene

tampoco certeza de las causas de las mismas, lo que implica la imposibilidad de concretar el segundo de los requisitos, pues no se puede conocer si los desplazamientos son total o parcialmente imputables a los contratantes, o si en el caso de que se trate de situaciones que estén a cargo de alguno de ellos, las mismas sean imprevisibles frente al alea normal del desarrollo del contrato. Derivado de esto no puede llegarse a determinar si se está ante una situación que permita equilibrar de manera compensatoria el contrato, esto es aplicando una fórmula que elimine la mayor onerosidad para una de las partes; o si por el contrario habrá de aplicarse el régimen de responsabilidad subjetiva con las consecuentes indemnizaciones por daños, que pudiesen llevar a compensaciones entre los causados y los beneficios obtenidos por el desplazamiento.

Así las cosas las pruebas obrantes en el proceso no permiten determinar la responsabilidad sobre los desplazamientos, a fin de definir si se trata de una situación objetiva o no, así como tampoco es posible realizar una real cuantificación del desequilibrio que se reclama, debiéndose en este último aspecto puntualizar que tratándose el equilibrio de la ecuación económica un aspecto eminentemente compensatorio, el mismo debe estar probado de manera concreta y real, para lo cual se debe contar con documentos que permitan dilucidar de manera efectiva cual es el desarrollo del contrato, y derivado del mismo cuales son los desplazamientos reales, para con base en ellos definir el valor en que se presenta el desequilibrio y proceder a imponer por parte del juez las formulas económicas que correspondan para restablecer las cargas contractuales.

Esta agencia del Ministerio Público no es ajena a que la situación de imposibilidad de probanza se encuentra a cargo de las dos partes del contrato de concesión, pues ninguna de ellas cuenta con los documentos o con la memoria de la real ejecución contractual, que es lo que más echa de menos la perito Ana Matilde Cepeda para poder calcular los valores que corresponda al desequilibrio reclamado.

Por lo anterior considera esta Vista Fiscal que las partes deben realizar todos los esfuerzos para lograr organizar la memoria de la real ejecución del contrato, ello con miras a que se pueda definir a futuro sobre situaciones como las que acá se alegan, bien sea para que se definan por la vía del equilibrio económico del contrato o para que se determinen las

responsabilidades contractuales por incumplimiento según sea el caso.

Teniendo en cuenta lo anotado para esta Agencia del Ministerio Público no existe prueba que permita declarar que los desplazamientos en obras e inversiones del contrato de concesión 005 de 1999, específicamente del adicional No 13 y su otrosí No 2 generaron un desequilibrio económico, y por tanto no puede accederse a las pretensiones que refieren al mismo”.

9.2.4 Consideraciones del Tribunal

Comienza el Tribunal por advertir que tanto en la jurisprudencia como la doctrina nacional las nociones de contrato adicional y de adición de contrato no corresponden a la misma figura jurídica. Por el primero se entiende aquel contrato que implica una modificación fundamental del convenio inicial mientras que la segunda se refiere a una mera reforma del contrato que no entraña una modificación de su objeto. Para el Consejo de Estado hay contrato adicional cuando se agrega algo nuevo al alcance físico inicial del contrato, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual y no cuando simplemente se realiza un ajuste del valor o del plazo inicial del contrato.⁴⁴⁸

Pese a los esfuerzos jurisprudenciales en estricto rigor no hay claridad frente a la naturaleza jurídica de los contratos adicionales posiblemente porque no existe una legislación en que se les defina. La Corte Constitucional acepta que el contrato adicional si bien es cierto se refiere a un objeto predeterminado entre la administración y el **contratista tiene la autonomía en cuanto a determinación de “plazos” y al “valor del pago”**. Reconoce igualmente que la autonomía de los contratos adicionales calificados por dicha Corporación como nuevas realidades contractuales, se define por el mutuo acuerdo entre las partes y así toma en consideración que es la voluntad de las partes la creadora de esos nuevos derechos y obligaciones recíprocas.⁴⁴⁹

Establecido entonces que la autonomía de la voluntad prevista en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, guía la celebración de los denominados contratos adicionales procede entonces el análisis de la trascendencia que tienen los denominados contratos adicionales 6 y 8 al contrato de concesión No 005 de 1999.

⁴⁴⁸ Consejo de Estado, Sent. 26 de enero de 2006, M.P. Darío Quiñones Pinilla. Exp. 2003-02985-02 (3761). En igual sentido consultas No 1812 del 02 de diciembre de 1982, 1563 del 30 de julio de 1981, 350 del 15 de marzo de 1990, 601 del 17 de mayo de 1994 y 1439 del 18 de julio de 2002 de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

⁴⁴⁹ Corte Constitucional Sentencia C- 083 del 26 de febrero de 1993, citada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad. 73001-23-31-000-1996-4028-01.

Encuentra el Tribunal que la cláusula 51 del contrato de concesión 005 **considera como obras adicionales "51.1 (...) aquellas que no puedan entenderse contenidas en las obligaciones a ser ejecutadas por el concesionario, de conformidad con lo previsto en este contrato, particularmente en las especificaciones técnicas de construcción y rehabilitación y mejoramiento y en las especificaciones técnicas de operación y mantenimiento". La cláusula 51.2 indica por su parte que "las obras adicionales se celebraran y ejecutaran mediante contratos adicionales con el concesionario o contratos con terceros, en cumplimiento con las normas legales aplicables, y el costo de dichos contratos será asumido completamente por el INCO".**

En la cláusula 51.3 se consagra la facultad para el INCO de que si las obras adicionales resultan necesarias o convenientes para la ejecución del contrato, el INCO podrá optar por contratar al concesionario directamente, caso en el cual el valor de la obra o trabajo adicional se determinará por mutuo acuerdo de las partes.

9.2.4.1 Contrato adicional No 6 al contrato de concesión No 005 de enero 29 de 1999, celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO – y la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca – UTDVCC –

Este contrato, se celebró el 28 de julio de 2005, y según las consideraciones generales y particulares que obran en su texto, previa contratación de los diseños por parte del INCO, según el contrato adicional No 3 del 13 de noviembre de 2003, al contrato de concesión No 005 citado. El concesionario formuló mediante el escrito UTDVCC – 809 – 05 del 11 de julio de 2005, la propuesta económica ante la Subgerencia de Gestión Contractual para la realización de las siguientes obras, cuyo alcance es definido por los diseños del contrato adicional No 3, así: Variante del Bolo, Variante de la Acequia en calzada sencilla con intersecciones de entrada y salida a nivel, intersección a desnivel en Guacarí, intersección a nivel en Cincuentenario, intersección a desnivel en Santa Helena, intersección a desnivel La Dolores, e intersección a desnivel La Herradura, Puente Caballar – peatonal Ardobelas y acceso a la ciudad de Cali, por un valor estimado de construcción de trece mil doscientos cincuenta y ocho millones ochocientos cuarenta y nueve mil novecientos treinta y un pesos de diciembre de 1997 (\$13.258.849.931), bajo la modalidad de pago de precios unitarios.

Mediante escrito CIV-SEA-089-2004-122-OP del 21 de julio de 2005 radicada en el INCO con número 10404 del 21 de julio de 2005, la Interventoría conceptuó que: revisado el balance de obras incluidas dentro del alcance básico y a precios del mercado de diciembre de 1997, el costo de las obras allí relacionado asciende a la suma de \$11.162.799.430. Dichas obras son: Puente Caballar – peatonal Ardobelas ubicado en el tramo 1, variante del Bolo ubicada en el tramo

2, variante la Acequia, en calzada sencilla con intersecciones de entrada y salida a nivel, ubicada en el tramo 6, intersección a desnivel en Guacarí, ubicada en el tramo 3, intersección a nivel en Cincuentenario, ubicada en el tramo 3, intersección a desnivel en Santa Helena, ubicada en el tramo 3, intersección a desnivel La Dolores, ubicada en el tramo 4, intersección a desnivel la Herradura, ubicada en la variante norte de Palmira en el tramo 4, excluido el acceso a Cali, cuya viabilidad depende de la previa celebración de un convenio inter-administrativo con el Municipio de Cali.

Mediante comunicado UTDVVCC – 1063-05 del 21 de julio de 2005, el concesionario se acoge al valor de las obras, encontrado ajustado a precios de mercado por la Interventoría por la suma \$11.162.799.430, de 1997. Con escrito CIV-SA-089-2004-083-OP del 13 de junio de 2005, radicada en el INCO con No 8229 del 14 de junio de 2005, la Interventoría técnica, administrativa y financiera del proyecto a cargo de CONSORCIO INTERVALLE, emitió concepto favorable acerca de la propuesta presentada por el concesionario y formuló algunas recomendaciones que allí aparecen.

Las cláusulas primera y segunda describen el objeto del contrato adicional y el valor del contrato en la cifra indicada correspondiente a la inversión del concesionario en la construcción, con la salvedad que dicha suma no supera el 50% del valor del contrato de concesión No 005 – 99 y sus adicionales.

En la cláusula tercera, Valor Esperado, este por la suscripción de dicho contrato adicional paso de ser de \$989.537.000.000, de diciembre de 1997, a \$1.026.374.238.118, de diciembre de 1997, de tal manera que el incremento en el valor esperado por el concesionario, por efecto de este contrato adicional es \$36.837.238.118. Dicho valor conforme a la cláusula cuarta se pagará siguiendo lo establecido en la cláusula 17 del contrato de concesión No 005 de 1999, después de que se haya cumplido con el monto del ingreso esperado del contrato principal No 005 de 1999. El valor del ingreso esperado incluye los costos de construcción, operación, mantenimiento y demás costos financieros asociados a ejecución del proyecto.

La cláusula quinta sobre el plazo de construcción de las obras y objeto de discusión, señala los términos para adelantar la ejecución del contrato. En lo que concierne con la gestión predial, la cláusula sexta señala que estará a cargo del concesionario y se desarrollará conforme a lo pactado en el Acta de Acuerdo suscrita entre las partes el 11 de febrero de 2004, así como en el contrato adicional No 4 del 02 de julio de 2004. Los permisos ambientales, según la cláusula séptima en virtud de la cesión de las licencias ambientales al concesionario a partir de la ejecutoria de las resoluciones de autorizaciones expedidas por el Ministerio del Medio Ambiente, el concesionario adelantará ante ese ministerio las gestiones necesarias para informar por escrito la

construcción de las obras objeto de este contrato con el propósito del que el Ministerio del Medio Ambiente informe las acciones o trámites que se deben adelantar para la ejecución de las obras, cumpliendo con la normatividad existente. Si de la respuesta del Ministerio se desprende la necesidad de elaborar estudios o solicitudes de licencias ambientales que no estén contempladas en la propuesta del concesionario, los costos de esos estudios y obras aprobados previamente por el INCO y la Interventoría serán asumidos por esta Entidad a través del Fideicomiso 3.

Las cláusulas octava, novena y décima se refieren a la gestión social, la interventoría y supervisión a cargo del CONSORCIO INTERVALLE y garantías. Las cláusulas decimoprimera al impuesto de timbre y publicación, la decimosegunda a los aportes al sistema de seguridad social y parafiscales la decimotercera a multas, la decimocuarta al perfeccionamiento y ejecución, la decimoquinta a los documentos del contrato y la decimosexta señala que las demás cláusulas del contrato 005 que no han sido modificadas por el presente contrato adicional permanecerán en las condiciones originalmente pactadas.

Con posterioridad, el 13 de diciembre de 2007, las partes suscribieron el Otrosí 1, al contrato adicional 6 en el que modificaron la cláusula primera del contrato adicional, en el sentido de acordar que el concesionario se compromete a ejecutar las obras inicialmente relacionadas con la construcción de la intersección a desnivel en Santa Helena ubicada en el tramo 3, con diseños contemplados en el contrato adicional 3 de 2003, de conformidad con el nuevo diseño de la intersección a nivel Santa Helena el cual consta de dos retornos con los correspondientes carriles de aceleración y desaceleración así como las longitudes de la vía nueva.

Según señala el numeral octavo de las consideraciones, una vez suscrito el contrato adicional 6 se dio inicio a la gestión predial, la cual comprendía entre otras la afectación de 90 viviendas del barrio Buenos Aires, del municipio del Cerrito y la comunidad manifestó su negativa y rechazo frente a la labor que se estaba adelantando situación que motivó a que en oficio del 15 de septiembre de 2005, el Alcalde del Municipio del Cerrito presentara solicitud de rediseño de la intersección de Santa Helena en busca de disminuir drásticamente la afectación predial en dicho municipio, toda vez que la comunidad expresó inconformidad e incertidumbre frente al impacto socioeconómico que causaría el diseño aprobado de la obra en mención.

Con base en lo anterior el INCO solicitó al concesionario presentar una nueva alternativa de diseño y este mediante oficio UTDVVCC-GSV-025-2007 de 02 de febrero de 2007, lo presentó. El 06 de febrero de 2007, una vez analizado el nuevo diseño de la intersección Santa Helena el Alcalde del Municipio emitió concepto positivo.

De conformidad con la cláusula segunda, las partes debido al nuevo presupuesto estimado para las obras, redujeron el monto del mismo, lo cual constituyó un saldo por la suma de \$1.493.485.726 a favor del INCO, el cual debería ser consignado por el concesionario por la subcuenta INCO cláusula 25 (83%) del fideicomiso que administra el patrimonio autónomo.

Observa el Tribunal que siguiendo la cláusula cuarta de dicho Otrosí, las **partes dispusieron que “la modificación acordada en la cláusula segunda del presente Otrosí no constituyó causa o motivo para reajuste alguno ni para reclamar por parte del concesionario desequilibrio económico”**. Establecida la situación contractual del adicional No 6, procede el Tribunal a considerar las solicitudes formuladas por el señor apoderado de la entidad convocante respecto de la determinación del desplazamiento del cronograma de inversiones de los adicionales 6 y 8 del contrato de concesión 005 de 1999, el cual en su opinión generó una diferencia favorable del valor esperado de retribución del contratista.

La petición formulada tiene sustento en el documento aportado por la firma Ernst & Young que obra en el cuaderno principal 1, con fecha de 01 de abril de 2014, así como el elaborado por la firma SAC Consulting S.A.S., sobre cuya valoración el Tribunal se ha proferido en otra parte del presente Laudo.

Así las cosas y en sustento de la opinión que se ha de formar sobre el presente aspecto, seguirá el dictamen pericial contable y financiero rendido por la Perita Ana Matilde Cepeda M., el 23 de septiembre de 2016, así como las aclaraciones y complementaciones presentadas el 10 de octubre de 2016⁴⁵⁰.

En concreto en la pregunta No 3, el apoderado de la entidad convocante preguntó:

“Pregunta No. 3:

Determinará si, teniendo en cuenta los libros de contabilidad o anexos existentes en las oficinas de la UT, informes de ejecución y avance de obra de la interventoría y demás documentos que lleguen a obrar en el proceso, el desplazamiento en el cronograma de inversiones de los Adicionales 6 y 8 del Contrato de Concesión 005 de 1999 generó una diferencia favorable en el valor esperado de retribución² del contratista.”

⁴⁵⁰ Folio 38 al 41. Cuaderno de Pruebas No 20.

2.- *En los ingresos (esperado y efectivo) del contratista, o lo que la perita entienda que constituye la contraprestación del contratista.*

Respuesta:

*En los numerales siguientes se describe la información tenida en cuenta para realizar los análisis y atender la **determinación requerida en esta pregunta: "el desplazamiento en el cronograma de inversiones de los Adicionales 6 y 8 del Contrato de Concesión 005 de 1999":***

¹⁾ Con relación a la Inversiones del Adicional 6 de fecha 28 de julio de 2005, al Contrato de Concesión No. 005 de 1999, se extracta lo siguiente:

"CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO

ADICIONAL No. 6: EL CONCESIONARIO se obliga para con El INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES -INCO-, a ejecutar las obras referidas en la parte considerativa del presente contrato, así: PUENTE CABALLAR-PEATONAL ARDOBELAS, ubicado en el tramo 1; VARIANTE DEL BOLO, ubicada en el tramo 2; VARIANTE LA ACEQUIA, en calzada sencilla con intersecciones de entrada y salida a nivel, ubicada en el Tramo 6; INTERSECCION A DESNIVEL EN GUACARI. Ubicada en el Tramo 3; INTERSECCION A NIVEL EN CINCUENTENARIO, ubicada en el Tramo 3; INTERSECCIÓN A DESNIVEL EN SANTA HELENA. ubicada en el Tramo 3; INTERSECCION A DESNIVEL LA DOLORES, ubicada en el Tramo 4; INTERSECCION A DESNIVEL LA HERRADURA, ubicada en la Variante Norte de Palmira, en el Tramo 4; cuyo alcance es el definido por los diseños del Contrato Adicional No. 3, del debidamente aprobados por el INCO con sujeción al plazo, precios y condiciones que se estipulan como sigue a continuación. PARAGRAFO: Se excluyen del alcance básico las siguientes obras: Segunda calzada de la Intersección Guajira - Intersección de entrada Variante La Acequia (Tramo 6), Par Vial El Bolo (Tramo 2), retorno en el K15+100 que manejaba el movimiento Buga – Buga (Tramo No. 3), Intersección a desnivel Guacari-Guabas (Tramo 3), Intersección a Nivel La Herradura (Tramo 4) e Intersección a desnivel Estambul (Tramo 4), dado que los diseños del contrato adicional N° 3 modifican el alcance del proyecto en dichos puntos.

CLAUSULA SEGUNDA. - VALOR: El valor del presente Contrato se estima en la suma de once mil ciento sesenta y dos millones setecientos noventa y

nueve mil cuatrocientos treinta pesos a diciembre de 1997 (\$11,162´799,430) correspondiente a la inversión del Concesionario en la construcción, suma que no supera el 50% del valor del Contrato de Concesión No. 005-99 y sus adicionales.

CLÁUSULA TERCERA. - VALOR ESPERADO: Por la suscripción del presente contrato adicional, el valor esperado del contrato de concesión 005/99 pasa de ser novecientos ochenta y nueve mil quinientos treinta y siete millones de pesos de diciembre de 1997 (\$ 989,537´000,000) a un billón veintiséis mil trescientos setenta y cuatro millones doscientos treinta y ocho mil ciento dieciocho pesos de diciembre de 1997 (\$1´026,374´238,118), de tal manera que el incremento en ingreso esperado por el Concesionario, por efecto de este contrato adicional es (\$ 36,837´238,118).

CLÁUSULA CUARTA. - FORMA DE PAGO: El valor del presente Contrato Adicional se pagará conforme a lo establecido en la Cláusula 17 del Contrato de Concesión No. 005 de 1999, después de que se haya cumplido con el monto del ingreso esperado del contrato principal No. 005 de 1999.

PARÁGRAFO: El valor del ingreso esperado incluye los costos de construcción, operación, mantenimiento y demás costos financieros asociados a la ejecución del Proyecto. **[..]**”

De acuerdo con el texto citado anteriormente, el valor estimado del Adicional 6 y a precios del mercado de diciembre de 1997 por la suma de: once mil ciento sesenta y dos millones setecientos noventa y nueve mil cuatrocientos treinta pesos Colombianos = \$11.162´799.430 = corresponde a la **INVERSIÓN ADICIONAL DEL CONCESIONARIO** en el Proyecto, la cual esta discriminada de la siguiente manera:

Adicional No. 6 de 28 julio 2005: Obras a ejecutar: Puente caballar-peatonal Ardobelas, ubicado en el tramo 1 ; Variante del Bolo, ubicada en el tramo 2 ; Intersección a desnivel en Guacari, ubicada en el tramo 3 ; Intersección a nivel en Cincuentenario, ubicada en el tramo 3 ; Intersección a desnivel en Santa Helena, ubicada en el tramo 3 ; Intersección a desnivel La Dolores, ubicada en el tramo 4 ; Intersección a desnivel La Herradura ubicada en la Variante Norte de Palmira, en el Tramo4 , cuyo alcance es el definido por los diseños del Contrato Adicional No. 3; Variante la Acequia, en calzada sencilla con intersecciones de entrada y salida a nivel, ubicada en el tramo 6 .	
Valor adicional de la Inversión del Concesionario en el Proyecto según Adicional 6 de \$11.162,8 Millones de pesos a precios del mercado de diciembre de 1997.	\$ 11.162´799.430

*De acuerdo con el texto citado anteriormente, el incremento en el valor estimado del Adicional 6 por concepto de INGRESO ESPERADO POR EL CONCESIONARIO (forma de pago), por efecto de este contrato adicional es de: Treinta y seis mil ochocientos treinta y siete millones doscientos treinta y ocho mil ciento dieciocho pesos **=\$36.837'238.118=** a precios del mercado de diciembre de 1997; no se encontró discriminación para cada uno de los tramos, en cada uno de los meses de las etapas de: Pre-construcción, Construcción y de Operación y Mantenimiento.*

2] Con relación a la Inversiones del Adicional 8 de fecha 14 de diciembre de 2005, al Contrato de Concesión No. 005 de 1999, se extracta lo siguiente:

"CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO ADICIONAL No. 8: EL CONCESIONARIO se obliga para con El INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO-, a ejecutar las obras referidas en la parte considerativa del presente contrato, correspondientes a la INTERSECCION A DESNIVEL EN LA ENTRADA A LA VARIANTE SANTANDER DE QUILICHAO, ubicada en el Tramo 1; cuyo alcance es el definido por los diseños del Contrato Adicional No. 5, debidamente aprobados por el INCO, con sujeción al plazo, precios y condiciones que se estipulan como sigue a continuación:

PARAGRAFO PRIMERO: El valor de las obras corresponde a la construcción de la Intersección a Desnivel, Puente Intersección a Desnivel, Mano de Obra traslado redes eléctricas de media tensión y alumbrado público, Materiales para traslado redes eléctricas de media tensión y alumbrado público.

CLAUSULA SEGUNDA. - VALOR: El valor del presente Contrato se estima en la suma de Cuatro Mil Quinientos Setenta y Siete Millones Cuatrocientos Noventa y Nueve Mil Trescientos Trece pesos (4,577'499.313) de diciembre de 1997, correspondiente a la inversión del Concesionario en la construcción, suma que no supera el 50% del valor del Contrato de Concesión No, 005-99 y sus adicionales.

CLÁUSULA TERCERA. - VALOR ESPERADO: Por la suscripción del presente contrato adicional, el valor esperado del contrato de concesión 005/99 pasa de ser Un Billón Veintiséis Mil Trescientos Setenta y Cuatro Millones Doscientos Treinta y Ocho Mil Ciento Dieciocho pesos de diciembre de 1997 (\$1'026,374'238,118) a Un Billón Cuarenta y Un Mil

Cuatrocientos Trece Millones Novecientos Ochenta y Cinco Mil Ochocientos Cincuenta y Un pesos de diciembre de 1997 (\$1´041,413´985,851), de tal manera que el incremento en ingreso esperado por el Concesionario, por efectos de este contrato adicional es (\$15,039´747,733).

CLAUSULA CUARTA. - FORMA DE PAGO: El valor del presente Contrato Adicional se pagará conforme a lo establecido en la Cláusula 17 del Contrato de Concesión No. 005 de 1999, después de que se haya cumplido con el monto del ingreso esperado del contrato principal No, 005 de 1999. PARAGRAFO: El valor del ingreso esperado incluye los costos de construcción, operación, mantenimiento y demás costos financieros asociados a la ejecución del Proyecto. [..]”

De acuerdo con el texto citado anteriormente, el valor estimado del Adicional 8 y a precios del mercado de diciembre de 1997 por la suma de: cuatro mil quinientos setenta y siete millones cuatrocientos noventa y nueve mil trescientos trece pesos Colombianos =\$4,577´499.313=, corresponde a la INVERSIÓN ADICIONAL DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, la cual esta discriminada de la siguiente manera:

Adicional No. 8 de 14 diciembre 2005: Obra a ejecutar: Intersección a desnivel en la entrada a la variante Santander de Quilichao, ubicada en el Tramo 1; cuyo alcance es el definido por los diseños del Contrato Adicional No. 5 Valor Adicional de la Inversión del Concesionario en el Proyecto según Adicional No. 8 de \$4.577 Millones de pesos a precios del mercado de diciembre de 1997	\$ 4.577´499.313
---	-------------------------

De acuerdo con el texto citado anteriormente - Adicional 8 el concepto de INGRESO ESPERADO POR EL CONCESIONARIO (forma de pago), por efecto de este contrato adicional es de: Quince mil treinta y nueve millones setecientos cuarenta y siete mil setecientos treinta y tres pesos =\$15.039´747.733= a precios del mercado de diciembre de 1997; no se encontró discriminación para cada uno de los tramos, en cada uno de los meses de las etapas de: Pre-construcción, Construcción y de Operación y Mantenimiento.

^{3]} Con relación a Libros de contabilidad o anexos existentes en las oficinas de la UT: En la contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, entre enero de 2005 a junio de 2016, se encontró que los registros contables por concepto del ingreso recibido de las estaciones de peaje, no se reporta en cuentas contables separadas

por estaciones y tampoco asociados a cada tramo, sector variante ó intersección e individualizada en centros de costos para cada documento de modificación (conforme las desafectaciones, compensaciones de construcciones, ampliaciones de plazo, las obras excluidas, incluidas, adicionales, pendientes y acuerdos entre las partes) con los importes derivados de los ingresos, costos y gastos reportados. (subrayado fuera de texto)

⁴⁾ Con relación a: Cronograma de inversiones y cronograma de obras a ejecutar, obras ejecutadas y labores pendientes en cada etapa y en desarrollo del Adicional 6 del Contrato de Concesión 005 de 1999:

Se extracta del Informe de Interventoría identificado con el No, CISP-OP-0431-319-2016 de fecha 2 de agosto de 2016, página 15 de 41 y que se adjunta a este informe, en relación con el incremento de la inversión estimada de: once mil ciento sesenta y dos millones setecientos noventa y nueve mil cuatrocientos treinta pesos a diciembre de 1997 = \$11,162'799.430= y para cada uno de los tramos del alcance físico en que se sectorizó la construcción, lo siguiente: "Los cálculos se hicieron suponiendo que las inversiones se efectuaron de manera lineal en el tiempo, pues no se tienen cronogramas de ejecución de obra ni de inversión."(subrayado fuera de texto)

Con relación a la discriminación mes a mes del valor del Ingreso Esperado para el Contratista, de treinta y seis mil ochocientos treinta y siete millones doscientos treinta y ocho mil ciento dieciocho **pesos = \$36.837'238.118=** a precios del mercado de diciembre de 1997, en la página 17 de 41 se lee: **"Esta interventoría no ha contado con el modelo inicial de la Concesión el cual es un documento privado, como lo ha manifestado en reiteradas oportunidades el Concesionario, el cual no fue de obligatoria entrega al momento de la firma del contrato de Concesión."**

9.2.4.2 Contrato adicional No 8 al contrato de concesión No 005 de enero 29 de 1999, celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO – y la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca – UTDVCC –

Este contrato, se celebró el 14 de diciembre de 2005, y según las consideraciones generales y particulares que obran en su texto, previa contratación de los diseños por parte del INCO, según el contrato adicional No 5 del 14 de marzo de 2005, al contrato de concesión No

005 citado, el cual dentro de su alcance acogió el diseño de la intersección a desnivel en la entrada a la variante Santander de Quilichao. Con escrito CIV-SEA-089-2004-101-ADM del 12 de diciembre de 2005, la interventoría técnica, operativa y financiera del proyecto, a cargo del CONSORCIO INTERVALLE dio cuenta del recibo a satisfacción de los diseños y emitió concepto técnico favorable a cerca de la propuesta presentada por el concesionario, considerando viable la construcción de la obra.

Mediante comunicado UTDVVCC – 2020-05 del 07 de diciembre de 2005, el concesionario formuló la propuesta económica ante la Subgerencia de Gestión Contractual para la realización de la intersección, por un valor estimado de construcción de \$4.577.499.313, de diciembre de 1997, ofreciendo dos alternativas de pago a saber, anticipo y actas mensuales de obra, excluyendo el mantenimiento y la operación, o, adición al contrato de concesión bajo la modalidad de ingreso esperado de \$15.039.747.733 de 1997, que incluye financiación, construcción, operación y mantenimiento.

Con escrito CIB-SEA-089-2004-102-ADM del 12 de septiembre de 2005, el INCO obtuvo concepto favorable de la interventoría para la construcción de la obra propuesta, su costo así como la modalidad del ingreso esperado. El documento mantiene el alcance definido para la realización de la obra valor por el cual, la interventoría mediante el método de valor presente mensual promedio de recaudo obtenido desde 1999, es de \$3.387.000.000, estableciéndose como fecha de recuperación de la inversión el año 21 desde el inicio de la concesión, para lo cual la recuperación de la inversión se tendría en 5 meses, siendo el resultado obtenido del 6.048% E.A., tasa que es similar a la captación del sistema financiero actual, e inferior a las obtenidas para otros proyectos de infraestructura recientemente concesionados.

La cláusula primera describe el objeto del contrato adicional 8, con la precisión de que el valor de las obras corresponde a la construcción de la intersección, Puente Intersección a Desnivel, mano de obra, traslado redes eléctricas de media tensión y alumbrado público, materiales para traslado redes eléctricas de media tensión y alumbrado público. La segunda, el valor del contrato que se estima en la suma de \$4.577.499.313 de diciembre de 1997, correspondiente a la inversión del concesionario en la construcción, suma que señala, no supera el 50% del valor del contrato de concesión No 005-99 y sus adicionales.

En la cláusula tercera, Valor Esperado, este por la suscripción de dicho contrato adicional pasa a ser \$1.026.374.238.118 de diciembre de 1997 a \$1.041.413.985.851 de diciembre de 1997, de tal manera que el incremento en el ingreso esperado por el concesionario, por efecto de este contrato adicional es de \$15.039.747.733. Dicho valor conforme a la cláusula cuarta se pagará siguiendo lo establecido en la cláusula 17 del contrato de concesión No 005 de 1999, después de que se haya

cumplido con el monto del ingreso esperado del contrato principal No 005 de 1999. El valor del ingreso esperado incluye los costos de construcción, operación, mantenimiento y demás costos financieros asociados a ejecución del proyecto.

La cláusula quinta sobre el plazo de construcción de las obras y objeto de discusión, señala los términos para adelantar la ejecución del contrato. En lo que concierne con la gestión predial, la cláusula sexta señala un término de 16 meses con fecha límite para entrega de las obras del 30 de abril de 2007 incluyendo el tiempo requerido para la gestión predial. Ese plazo será objeto de revisión en caso de presentarse procesos de expropiación en el transcurso de la gestión predial.

La gestión para la adquisición de los predios estará a cargo del concesionario y se desarrollará conforme a lo pactado en el Acta de Acuerdo suscrita entre las partes el 11 de febrero de 2004, así como en el contrato adicional No 4 del 02 de julio de 2004. Los permisos ambientales, según la cláusula séptima en virtud de la cesión de las licencias ambientales al concesionario a partir de la ejecutoria de las resoluciones de autorizaciones expedidas por el Ministerio del Medio Ambiente, el concesionario adelantará ante ese ministerio las gestiones necesarias para informar por escrito la construcción de las obras objeto de este contrato con el propósito del que el Ministerio del Medio Ambiente informe las acciones o trámites que se deben adelantar para la ejecución de las obras, cumpliendo con la normatividad existente. Si de la respuesta del Ministerio se desprende la necesidad de elaborar estudios o solicitudes de licencias ambientales que no estén contempladas en la propuesta del concesionario, los costos de esos estudios y obras aprobados previamente por el INCO y la Interventoría serán asumidos por esta Entidad a través del Fideicomiso 3.

Las cláusulas octava, novena y décima se refieren a la gestión social, la interventoría y supervisión a cargo del CONSORCIO INTERVALLE y garantías. Las cláusulas decimoprimera al impuesto de timbre y publicación, la decimosegunda a los aportes al sistema de seguridad social y parafiscales, la decimotercera a multas, la decimocuarta al perfeccionamiento y ejecución, la decimoquinta a los documentos del contrato y la decimosexta señala que las demás cláusulas del contrato 005 que no han sido modificadas por el presente contrato adicional permanecerán en las condiciones originalmente pactadas.

Así las cosas y en sustento de la opinión que se ha de formar sobre la reclamación del contrato adicional No 8, el Tribunal seguirá el dictamen pericial contable y financiero rendido por la Perita Ana Matilde Cepeda M., el 23 de septiembre de 2016, así como las aclaraciones y complementaciones presentadas el 10 de octubre de 2016⁴⁵¹.

⁴⁵¹ Folios 42 al 43. Cuaderno de Pruebas No 20.

En el dictamen original la Perita manifestó:

^{5]} Con relación a: Cronograma de inversiones y cronograma de obras a ejecutar, obras ejecutadas y labores pendientes en cada etapa y en desarrollo de Adicional 8 del Contrato de Concesión 005 de 1999:

Se extracta del Informe de Interventoría identificado con el No, CISP-OP-0431-319-2016 de fecha 2 de agosto de 2016, página 18 de 41 y que se adjunta a este informe, en relación con el incremento de la inversión estimada de: cuatro mil quinientos setenta y siete millones cuatrocientos noventa y nueve mil trescientos trece pesos Colombianos = \$4,577´499.313= y para cada uno de los tramos del alcance físico en que se sectorizó la construcción, lo siguiente: "Los cálculos se hicieron suponiendo que las inversiones se efectuaron de manera lineal en el tiempo, pues no se tienen cronogramas de ejecución de obra ni de inversión."

Con relación a la discriminación mes a mes del valor del Ingreso Esperado para el Contratista, de quince mil treinta y nueve millones setecientos cuarenta y siete mil setecientos treinta y tres pesos = \$15.039´747.733= a precios del mercado de diciembre de 1997, en la página 18 de 41 se lee: "Esta interventoría no ha contado con el modelo inicial de la Concesión el cual es un documento privado, como lo ha manifestado en reiteradas oportunidades el Concesionario, el cual no fue de obligatoria entrega al momento de la firma del contrato de Concesión."

^{6]} Con relación a el valor esperado de la retribución¹ del contratista:

"En los ingresos (esperado y efectivo) del contratista, o lo que la perita entienda que constituye la contraprestación del contratista".

Al respecto, de manera ilustrativa, con relación al interrogante planteado para el requerimiento de determinación: "o lo que la perita entienda que constituye la contraprestación del contratista", me permito señalar:

"Ley 80 de octubre de 1993 - III. DEL CONTRATO ESTATAL - Artículo 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES - 4o. Contrato de concesión

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o

*parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de **contraprestación que las partes acuerden.***

Como se describe en los numerales anteriores (páginas 37 a 41), para realizar los análisis y evaluaciones financieras relacionadas con el desplazamiento del valor estimado de la INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, incluyendo los Adicionales 6 y 8 no se contó con los flujos de caja mensuales originalmente previstos para el proyecto en el plazo inicial para cada uno de los tramos del alcance físico en que se sectorizó la construcción y/o rehabilitación, tampoco los flujos de caja mensuales conforme a los modificatorios de plazos suscritos entre las partes en la etapa de Pre-construcción y/o Construcción, que frente a los flujos de caja mensuales plazos reales de ejecución, permitieran determinar de manera sustentada y no estimada ó bajo supuestos la posible afectación, como lo requería la petición.

En conclusión, para de manera estimada, medir el efecto en los flujos de caja mensuales esperados del Concesionario, como se expresó en las páginas 26 a 31 y 371 a 41 anteriores, no se cuenta con la información y datos al respecto, sino con valores globales, de tal forma que la determinación requerida no es posible atenderla. En detalle para el valor estimado de la INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, teniendo en cuenta los desplazamientos, conforme las desafectaciones, ampliaciones de plazo, las obras excluidas, incluidas, adicionales y pendientes, implicaría posponer en el tiempo (en el flujo de caja inicial) el aporte de capital al proyecto a cargo del Concesionario, dejando el valor de los ingresos estimados por el recaudo de los peajes, necesarios para la evaluación financiera encaminada a afirmar que "el desplazamiento en el cronograma de

inversiones de los Adicionales 6 y 8 del Contrato de Concesión 005 de 1999 generó una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista.”

El apoderado de la ANI pidió aclaraciones y complementaciones a la Perita como se señala a continuación:

"Solicitud No. 5:

Solicito se ordene a la perita responder la pregunta No 3 del cuestionario que le fuera formulada por la convocante en la audiencia de su posesión, porque la auxiliar de la justicia se ha excusado en que no contaba con los flujos de caja mensuales originalmente previstos para el proyecto, como tampoco con los flujos de caja mensuales a los modificatorios de plazos, ni con los flujos de caja mensuales plazos reales de ejecución.

La pregunta formulada fue la siguiente "Determinará si, teniendo en cuenta los libros de contabilidad o anexos existentes en las oficinas de la UT, informes de ejecución y avance de obra de la interventoría y demás documentos que lleguen a obrar en el proceso, el desplazamiento en el cronograma de inversiones de los adicionales 6 y 8 del Contrato de Concesión 005 de 1999, generó una diferencia favorable en el valor esperado de la retribución del contratista".

La respuesta a este interrogante es del siguiente tenor:

"(...) Como se describe en los numerales anteriores (páginas 37 a 41), para realizar los análisis y evaluaciones financieras relacionadas con el desplazamiento del valor estimado de la INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, incluyendo los Adicionales 6 y 8 no se contó con los flujos de caja mensuales originalmente previstos para el proyecto en el plazo inicial para cada uno de los tramos del alcance físico en que se sectorizó la construcción y/o rehabilitación, tampoco los flujos de caja mensuales conforme a los modificatorios de plazos suscritos entre las partes en la etapa de Pre-construcción y/o Construcción, que frente a los flujos de caja mensuales plazos reales de ejecución, permitieran determinar de manera sustentada y no estimada ó bajo supuestos la posible afectación, como lo requería la petición.

En conclusión, para de manera estimada, medir el efecto en los flujos de caja mensuales esperados del

*Concesionario, como se expresó en las páginas 26 a 31 y 371 (sic) a 41 anteriores, no se cuenta con la información y datos al respecto, sino con valores globales, de tal forma que la determinación requerida no es posible atenderla. En detalle para el valor estimado de la INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, teniendo en cuenta los desplazamientos, conforme las desafectaciones, ampliaciones de plazo, las obras excluidas, incluidas, adicionales y pendientes, implicaría posponer en el tiempo (en el flujo de caja inicial) el aporte de capital al proyecto a cargo del Concesionario, dejando el valor de los ingresos estimados por el recaudo de los peajes, necesarios para la evaluación financiera encaminada **a afirmar que "el desplazamiento en el cronograma de inversiones de los adicionales 6 y 8 del Contrato 005 de 1999 generó una diferencia favorable en el valor esperado de la retribución del contratista."***

"En primer término, a la perita no se le solicitó que respondiera con base en los flujos de caja mensuales, en segundo lugar, no es cierto que para responder el interrogante no tenga los elementos necesarios, porque además de los documentos que ella recaudó en las diligencias de inspección y exhibición obran entre otros los siguientes documentos comunicación fechada 2 de agosto de 2016 del Consorcio INTERCOL, interventor del contrato, contratos adicionales 6 y 8 al contrato No. 005 de 1999. Con base en estos documentos la perita puede responder el interrogante, y por ello solicito se le ordene adicionar su experticia para dar respuesta a esta pregunta.

*En la pregunta anterior se demostró cómo la perita puede responder esta pregunta con base en la información disponible. Adicionalmente, la perita puede calcular el valor presente neto de los montos de inversión con base en los cronogramas originales y desplazados de obra utilizando las TIR de los respectivos adicionales y verificar así el impacto del desplazamiento en la rentabilidad del Concesionario. Si la perita calcula el valor presente de ambos flujos con base en la respectiva TIR, podrá verificar el monto a esa fecha en el cual el Concesionario se benefició o se perjudicó como consecuencia del desplazamiento de las obras. Ese monto puede ser llevado a la fecha de hoy utilizando la misma tasa de descuento para calcular el valor a hoy del posible beneficio o **perjuicio"**.*

La aclaración y/o complementación ofrecida por la Perita, en el documento presentado el 10 de octubre de 2016, textualmente dice:

"Se reitera lo expresado en la respuesta a páginas 37 a 42 del peritaje, con relación a la información tenida en cuenta para realizar los análisis y atender la determinación requerida en esta pregunta y necesarios para la evaluación financiera encaminada a afirmar que "el desplazamiento en el cronograma de inversiones del Contrato 005 de 1999, que incluye los tramos 1 - 6, generó una diferencia favorable en el valor esperado de la retribución del contratista. Primero, El valor estimado del Adicional 6 y a precios del mercado de diciembre de 1997 por la suma de: once mil ciento sesenta y dos millones setecientos noventa y nueve mil cuatrocientos treinta pesos Colombianos = \$11.162'799.430= corresponde a la INVERSIÓN ADICIONAL DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, la cual esta discriminada de la siguiente manera:

Adicional No. 6 de 28 julio 2005: Obras a ejecutar:

Puente caballar-peatonal Ardobelas, ubicado en el **Tramo 1**;

Variante del Bolo, ubicada en el **Tramo 2**;

Intersección a desnivel en Guacari, ubicada en el **Tramo 3**;

Intersección a nivel en Cincuentenario, ubicada en el **Tramo 3**;

Intersección a desnivel en Santa Helena, ubicada en el **Tramo 3**;

Intersección a desnivel La Dolores, ubicada en el **Tramo 4**;

Intersección a desnivel La Herradura ubicada en la Variante Norte de Palmira, en el **Tramo 4**; cuyo alcance es el definido por los diseños del Contrato Adicional No. 3;

Variante la Acequia, en calzada sencilla con intersecciones de entrada y salida a nivel, ubicada en el **Tramo 6**.

Valor adicional de la Inversión del Concesionario en el Proyecto según Adicional 6 de \$11.162,8 Millones de pesos a precios del mercado de diciembre de 1997.

\$ 11.162'799.430

Con relación a: Cronograma de inversiones y cronograma de obras a ejecutar, obras ejecutadas y labores pendientes en cada etapa y en desarrollo del Adicional 8 y a precios del mercado de diciembre de 1997, del documento No, CISP-OP-0431-319-2016 de fecha 2 de agosto de 2016, página 15 de 41 de la Interventoría y que se adjunta a este informe, para los costos estimados de cada uno de los tramos del alcance físico en que se sectorizó la construcción, lo siguiente: "Los cálculos se hicieron suponiendo que las inversiones se efectuaron de manera lineal en el tiempo, pues no se tienen cronogramas de ejecución de obra ni de inversión."

Lo anterior significa que el valor del adicional se encuentra estimado de manera igual (lineal en mensualidades) para los costos de cada de cada una

de las obras, como producto de la operación aritmética de "división" del valor total de la inversión (en el caso de construcción) entre los meses del plazo, como se ilustra la operación aritmética siguiente: (subrayado fuera de texto)

Tramo 1 - Puente Caballar Arboledas

Fecha inicial 28-jul-2005

Fecha final 31-dic-2006

Plazo 17,37 Meses

*Valor Inversión en \$dic.1997 por 214.038.138,
dividida en valores iguales para 17,37 partes
=12.324.653.*

Tramo 2 - Variante el bolo

Fecha inicial 28-jul-2005

Fecha final 27-ene-2007

Plazo 18,00 Meses

*Valor Inversión en \$dic.1997 por 3.590.846.112,
dividida en valores iguales para 18,27 partes
=196.579.167.*

Tramo 3 - Intersección Cincuentenario

Fecha inicial 28-jul-2005

Fecha final 21-dic-2006

Plazo 17 Meses

*Valor Inversión en \$dic.1997 por 2.680.885.888,
dividida en valores iguales para 6,13 partes
=437.100.960.*

Tramo 3 - Intersección Sta. Helena

Fecha inicial 13-dic-2007

Fecha final 12-jun-2008

Plazo 6,07 Meses

*Valor Inversión en \$dic.1997 por 2.172.463.753,
dividida en valores iguales para 6,07 partes
=358.098.421.*

Tramo 3 - Guacari

Fecha inicial 11-ago-2006

Fecha final 11-feb-2007

Plazo 6,13 Meses

*Valor Inversión en \$dic.1997 por 2.680.885.888,
dividida en valores iguales para 6,13 partes
=437.100.960.*

Tramo 4 - Intersección La Herradura

Fecha inicial 28-jul-2005

Fecha final 31-dic-2006

Plazo 17,37 Meses

*Valor Inversión en \$dic.1997 por 1.169.857.758,
dividida en valores iguales para 17,37 partes
=67.362.251.*

*Tramo 4 - Intersección La Dolores
Fecha inicial 28-jul-2005
Fecha final 31-mar-2006
Plazo 8,20 Meses
Valor Inversión en \$dic.1997 por 108.2012.000,
dividida en valores iguales para 8,2 partes
=13.195.268.*

*Tramo 6 - Variante Acequia
Fecha inicial 28-jul-2005
Fecha final 30-jun-2007
Plazo 23,40 Meses
Valor Inversión en \$dic.1997 por 854.899.260,
dividida en valores iguales para 23,4 partes
=36.534.156.*

Como se observa para los tramos 1,2,3,4 y 6 anteriores no se conoce la distribución de la inversión en cada uno de los meses conforme a los cronogramas de obras a ejecutar en el plazo por parte del Concesionario, que de manera proyectada podría servir para comparar con la ejecución real en cada uno de los meses de ejecución del proyecto y reconocida en los libros de contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, como se mencionó en la respuesta y que recogerían los importes teniendo en cuenta los desplazamientos; Todo lo anterior necesario para adelantar los análisis desde el punto de vista financiero, requeridos, despejando una respuesta para el desplazamiento posiblemente presentado con bases hipotéticas, ofreciendo certeza de lo que ocurrió por las obras ejecutadas. (subrayado fuera de texto)

*La obra programada y la ejecutada no pueden ser iguales a lo largo de los meses en virtud de lo contratado; por ejemplo para la construcción de la **intersección La Herradura, "localizada en el K0+800** de la Variante Norte de Palmira. Con la Intersección se buscó mantener la comunicación entre la vía principal y la secundaria que de Palmira conduce al Corregimiento de la Herradura, manteniendo a nivel el callejón existente de paso directo. Así mismo, la comunidad colindante solicitó dar solución al embotellamiento que se presentaría por la*

construcción de la Intersección, mediante la adecuación de unos retornos, no previstos dentro de las obras del Contrato de Concesión.”; en 17,37 meses del plazo”.

“Como se observa para los tramos 1,2,3,4,5 y 6 anteriores no se conoce la distribución de la inversión en cada uno de los meses conforme a los cronogramas de obras a ejecutar en el plazo por parte del concesionario, que de manera proyectada podría servir para comparar con la ejecución real en cada uno de los meses de ejecución del proyecto y reconocida en los libros de contabilidad en desarrollo del contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, como se mencionó en la respuesta y que recogerían los importes teniendo en cuenta los desplazamientos; todo lo anterior necesario para adelantar los análisis desde el punto de vista financieros requeridos, despejando una respuesta para el desplazamiento con bases hipotéticas, ofreciendo certeza de lo que ocurrió por las obras ejecutadas”.

“Lo cual tiene efectos en el valor del dinero en función del tiempo; para este caso los cálculos requeridos tendrían como base las inversiones ya fueran programadas ó ejecutadas y su expresión en dinero con capacidad de devengar intereses durante un período de tiempo determinado, a efectos de realizar las comparaciones y ofrecer la respuesta requerida.

Con relación a la inversión realizada por la ejecución del proyecto y reconocida en los libros de contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, se observa que se encuentra reportada sin registrar a qué sector, variante o intersección ó modificadorio al cual pertenece”.

“Segundo: *El valor estimado del Adicional 8 y a precios del mercado de diciembre de 1997 por la suma de: cuatro mil quinientos setenta y siete millones cuatrocientos noventa y nueve mil trescientos trece pesos Colombianos = \$4,577´499.313=, corresponde a la INVERSIÓN ADICIONAL DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, la cual esta discriminada de la siguiente manera:*

<p>Adicional No. 8 de 14 diciembre 2005: Obra a ejecutar: Intersección a desnivel en la entrada a la variante Santander de Quilichao, ubicada en el Tramo 1: cuyo alcance es el definido por los diseños del Contrato Adicional No. 5 Valor Adicional de la Inversión del Concesionario en el Proyecto según Adicional No. 8 de \$4.577 Millones de pesos a precios del mercado de diciembre de 1997</p>	<p>\$ 4.577´499.313</p>
---	--------------------------------

Con relación a: Cronograma de inversiones y cronograma de obras a ejecutar, obras ejecutadas y labores pendientes en cada etapa y en desarrollo del Adicional 8 y a precios del mercado de diciembre de 1997, del documento No, CISP-OP-0431-319-2016 de fecha 2 de agosto de 2016, página 18 de 41 de la Interventoría y que se adjunta a este informe, para los costos estimados de cada uno de los tramos del alcance físico en que se sectorizó la construcción, lo siguiente: "Los cálculos se hicieron suponiendo que las inversiones se efectuaron de manera lineal en el tiempo, pues no se tienen cronogramas de ejecución de obra ni de inversión."

Lo anterior significa que el valor del adicional se encuentra estimado de manera igual (lineal en mensualidades) para la obra a ejecutar, como producto de la operación aritmética de "división" del valor total de la inversión (en el caso de construcción) entre los meses del plazo, como se ilustra la operación aritmética siguiente: (subrayado fuera de texto)

Tramo1 - Intersección a desnivel en la entrada a la variante Santander de Quilichao:

Fecha inicial 01-ene-2006

Fecha final 30-abr-2006

Plazo 16,00 Meses

Valor Inversión en \$dic.1997 por 4 577 499 313, dividida en valores iguales, para 16 mensualidades =286.093707

Como se observó anteriormente, no se conoce la distribución de la inversión en cada uno de los meses conforme a los cronogramas de obras a ejecutar en el plazo por parte del Concesionario, que de manera proyectada podría ser servir para comparar con la ejecución real en cada uno de los meses de ejecución del proyecto y reconocida en los libros de contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, como se mencionó en la respuesta y que recogerían los importes teniendo en cuenta los desplazamientos; Todo lo anterior necesario para adelantar los análisis desde el punto de vista financiero, sin contar con cronogramas de ejecución de obra ni de inversión para el plazo inicial, necesarios para despejar una respuesta para el desplazamiento con bases hipotéticas, ofreciendo certeza de lo que ocurrió por las obras ejecutadas".

"La obra programada y la ejecutada no pueden ser iguales a lo largo de los meses en virtud de lo que se

observa contratado; para la Intersección a desnivel en la entrada a la Variante Santander de Quilichao, ubicada en el Tramo 1 por valor de \$ 4.577`499,313, incluye el costo de la construcción, operación mantenimiento y demás costos financieros asociados a la ejecución.

Como se observa para el tramo 1 anterior no se conoce la distribución de la inversión en cada uno de los meses conforme a los cronogramas de obras a ejecutar en el plazo por parte del Concesionario, que de manera proyectada podría ser servir para comparar con la ejecución real en cada uno de los meses de ejecución del proyecto y reconocida en los libros de contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, como se mencionó en la respuesta y que recogerían los importes teniendo en cuenta los desplazamientos; Todo lo anterior necesario para adelantar los análisis desde el punto de vista financiero, requeridos, despejando una respuesta para el desplazamiento con bases hipotéticas, ofreciendo certeza de lo que ocurrió por las obras ejecutadas.

Lo cual tiene efectos en el valor del dinero en función del tiempo; para este caso los cálculos requeridos tendrían como base las inversiones ya fueran programadas ó ejecutadas y su expresión en dinero con capacidad de devengar intereses durante un período de tiempo determinado, a efectos de realizar las comparaciones y ofrecer la respuesta requerida.

*Con relación a la inversión realizada por la ejecución del proyecto y reconocida en los libros de contabilidad en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos y Garantía de Pago, se observa que se encuentra reportada sin registrar a qué sector, variante o intersección ó modificadorio al cual **pertenece**⁴⁵².*

El Tribunal con las connotaciones que anteceden, se encuentra inicialmente frente a la tarea de resolver si el contrato de concesión 005 fue adicionado con los contratos adicionales 6 y 8, sin que en ninguno de estos actos se hubiesen incluido modelos financieros.

Este tema según lo expuesto, y con base en las consideraciones generales y particulares que aparecen en los textos anteriormente presentados no genera mayor dificultad en la interpretación acudiendo como es natural a las cláusulas consagradas en el contrato básico 005

⁴⁵² Ver folios del 246 en adelante, del Cuaderno de Pruebas No 20.

específicamente la 51 en la que se considera como obras adicionales aquellas que no puedan entenderse contenidas en las obligaciones a ser ejecutadas por el concesionario, de conformidad con lo previsto en el Contrato particularmente en las especificaciones técnicas de construcción y rehabilitación y mejoramiento y en las especificaciones técnicas de operación y mantenimiento. Igualmente la citada cláusula 51 en el aparte 51.2 dispone que las obras adicionales se celebraran y ejecutaran mediante contratos adicionales con el concesionario o con contratos con terceros en cumplimiento con las normas legales aplicables, y el costo de dichos contratos será asumido completamente por el INCO. La cláusula 51.3 incorpora la facultad para el INCO de que si las obras adicionales resultan necesarias o convenientes para la ejecución del contrato el INCO podrá adoptar por contratar al concesionario directamente, caso en el cual el valor de la obra del trabajo adicional se determinará de mutuo acuerdo de las partes.

El Tribunal como ha dejado sentado en este segmento ha revisado el alcance de los contratos adicionales 6 y 8 y encuentra que los mismos son desarrollo del acuerdo establecido entre las partes en el contrato 005 de enero 29 de 1999. Igualmente con base en el texto del contrato e incluso en el pliego de condiciones de la licitación SCO-L01 de 1998, ha concluido que no existe una obligación contractual ni en el contrato base ni en los adicionales 6 y 8 en relación con la existencia de incluir modelos financieros. De la misma manera nota que la voluntad de las partes expresada en las cláusulas decimosexta de los contratos 6 y 8 respectivamente fue señalar que las de más cláusulas del contrato 005/99 que no hayan sido modificadas **en “en el presente Contrato Adicional”, permanecerán en las mismas condiciones al originalmente pactado.**

Frente al desplazamiento cuya aclaración se solicita del cronograma de ejecución de las obras en la etapa de construcción, mejoramiento y rehabilitación en lo que compete con los contratos adicionales 6 y 8 y el supuesto beneficio financiero a la Unión Temporal Desarrollo Vial Valle del Cauca y Cauca y un correlativo empobrecimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, el Tribunal no puede soslayar la presencia de desplazamientos durante la ejecución del contrato por las circunstancias de que da cuenta el Otrosí No 1, al contrato adicional No 6 suscrito el 13 de diciembre de 2007, y la afectación de las 910 viviendas del barrio Buenos Aires del municipio del Cerrito y la negativa de la comunidad una vez iniciada la gestión predial. Sin embargo el dictamen de la Perita advierte con base en la certificación del interventor CISP-OP-0431-319-2016 al referirse al cronograma de inversión de las obras **que presentan el valor mensual que “los cálculos se hicieron suponiendo que las inversiones se efectuaron de manera lineal en el tiempo pues no se tienen cronogramas de ejecución de obra ni de inversión.** Esta misma situación se presenta frente al contrato adicional No 8 del contrato de concesión 005 de 1999, en cuanto la Perita en el dictamen original señaló siguiendo el informe de

interventoría antes mencionado que “los cálculos se hicieron suponiendo que las inversiones se efectuaron de manera lineal en el tiempo, pues no se tienen cronogramas de ejecución de obra ni de inversión”.

El documento continúa: “En conclusión para de manera estimada medir el efecto en los flujos de caja mensuales esperados del concesionario, como se expresó en las páginas 26 a 31 y 371 (sic) a 41 anteriores, no se cuenta con la información y datos al respecto sino con valores globales, de tal forma que la determinación requerida no es posible atenderla en detalle para el valor estimado de la INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO en el Proyecto, teniendo en cuenta los desplazamientos, conforme a las desafectaciones, ampliaciones de plazo, la obras excluidas, incluidas, adicionales y pendientes, implicaría posponer en el tiempo (en el flujo de caja inicial) el aporte de capital del proyecto a cargo del concesionario, dejando el valor de los ingresos estimados por el recaudo de los peajes, necesarios para la evaluación financiera encaminada a afirmar que “el desplazamiento en el cronograma de inversiones de los adicionales 6 y 8 del contrato de concesión 005 de 1999 generó una diferencia favorable en el valor esperado de retribución del contratista””.

De igual forma, en relación con los desplazamientos el Tribunal apreció el testimonio del Doctor Juan Carlos Valenzuela rendido el 22 de junio de 2016. Él participó como Asesor en temas ambientales para la Unión Temporal. De la declaración rendida se destaca en relación con los contratos adicionales 6 y 8:

"DRA, MIER: Recuerda usted esos contratos, participó en los estudios previos a estos contratos o que participación tuvo usted como consultor en suscripción de estos contratos?"

SR. VALENZUELA: En la suscripción ninguna, participé en varias actividades ambientales que fue necesario hacer o en varias licencias ambientales que toco obtener o permisos que toco obtener para alguna de estas obras.

Por ejemplo a la que me refería antes, la de, veo que en el 6, en el contrato adicional No 6 está la intersección a nivel de Guacarí que fue la que les conté que requirió un trámite ante la ANLA distinto, es una modificación de la licencia ambiental, se tiene que incluir esa intersección a desnivel, también en la variante Bolo ocurrió lo de Acequia se llama eso, la investigación sale sobre la Acequia que pasa esa variante, hay también participé en esto.

Hay otro tramo, la licencia ambiental muchas de estas no requerían licencia ambiental porque eran una modificación un cambio menor a los diseños, pero las

que requirieron licencia ambiental hice los trámites para obtener esas.

En el adicional No 8 que es la construcción de la variante de Santander de Quilichao mi trabajo es más como abogado que como consultor, ahí tuvimos que, la comunidad pide una modificación al diseño inicial, pide, exige la construcción de una variante, se hace con una veeduría ciudadana y con la participación todo el tiempo de éste, del grupo comunitario y acompañé varias veces a los constructores, a la ANI y al interventor a las reuniones con la comunidad para establecer las medidas de compensación, lo que tocaba hacer.

La variante Santander de Quilichao tuvimos un problema adicional y es que los diseños que existían quedaban a menos de 100 metros de un nacimiento de agua, la ley dice que los nacimientos hay que protegerlos en un radio de 100 metros, se hicieron unos estudios y encontramos que este nacimiento estaba contaminado porque en la parte alta hay una marranera y todo lo que botaba la marranera llegaba al nacimiento y se mezclaba en las aguas.

*De todas maneras también se probó que existe un nacimiento, la autoridad ambiental exigió el cambio de los diseños para cumplir con los 100 metros de protección al nacedero y eso implicó cambiar el diseño **de la variante para obtener la licencia ambiental**".*

Ahora bien frente a la problemática aquí expuesta bien entiende el Tribunal el debate existente en relación con el equilibrio financiero del contrato. Según se ha expuesto en el presente Laudo es conocido de conformidad con el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, la obligación **dirigida a las partes en el contrato en virtud de la cual, "En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas adecuadas para su restablecimiento. Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate"**.

Es evidente que la entidad estatal es también beneficiaria de esta medida más aún, en cuanto a la norma recogida en el artículo 27, trae

un deber para las partes en presencia de la ruptura entre los derechos y obligaciones previstos en el contrato. El Consejo de Estado ha reconocido dicho enfoque del equilibrio financiero del contrato predicable como un derecho que tienen en igual medida las dos partes de la relación contractual.⁴⁵³

Como es sabido la doctrina y la jurisprudencia reconocen que la alteración del equilibrio económico durante la ejecución del Contrato, puede deberse a las siguientes causales: 1. Por actos o hechos de la entidad administradora contratante, 2. Por actos de la administración **general del Estado, el denominado "Hecho del Príncipe", 3. Por factores exógenos a las partes del negocio: la denominada teoría de la imprevisión.**

El Tribunal es consciente de que por las diversas razones señaladas en el presente aparte se han presentado desplazamientos en la ejecución de los contratos adicionales 6 y 8 y que en buena medida se está en presencia de lo reconocido por la doctrina francesa como una situación extracontractual pero para que ello tenga trascendencia jurídica la alteración económica del contrato debe acreditarse como grave al punto que rompa la reciprocidad en las prestaciones del contrato. El Tribunal encuentra la dificultad desde el punto de vista probatorio en la acreditación de una alteración grave en la ecuación económica del contrato y en particular en relación con la cuantificación de la misma. **Sin ello es "imposible cuantificar el beneficio financiero obtenido por el concesionario derivado del desplazamiento de las inversiones en el tiempo".**

En relación con el concepto de equilibrio económico el Consejo de Estado ha precisado, que no **"se trata de una equivalencia matemática rigurosa, como parece insinuarlo la expresión "ecuación financiera". Es solamente la relación aproximada, el "equivalente honrado", según la expresión del Comisario de Gobierno León Blum, entre cargas y ventajas que el contratante ha tomado en consideración; "como un cálculo" al momento de concluir el contrato y que lo ha determinado a contratar**⁴⁵⁴. 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 dentro de su cumplimiento, sin que, en manera alguna, se trate de un equilibrio matemático, sino de una equivalencia razonable que preserve la intangibilidad de las prestaciones, no desconociendo por supuesto, los riesgos contractuales que jurídicamente les incumba a ellas asumir, ni

⁴⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 66001-23-31-000-1995-02930-01 (14291), 9 de junio de 2005 C.P. Alíer Hernández Enríquez; Rad. 2500-2326-000-1996-02098, 31 de octubre de 2007 C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 14781, septiembre 11 de 2003. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

siendo indiferente la conducta asumida por las partes durante su ejecución⁴⁵⁵.

En el presente litigio que nos ocupa el Tribunal echa de menos desde el punto de vista probatorio la acreditación de una alteración grave y cuantificable en la ecuación económica del contrato que permita **identificar la existencia de un daño y la reparación consecuente.** “En síntesis, con independencia de la causa que se invoque como factor de desequilibrio económico y financiero del contrato estatal dentro de los requisitos necesarios para su reconocimiento y el consecuente restablecimiento de la ecuación contractual, existen unos elementos comunes que deben acreditarse de forma concurrente tales como la imprevisibilidad, la alteración extraordinaria y fundamentalmente la demostración o prueba de una pérdida real, grave y anormal en la economía del contrato.”⁴⁵⁶

Por lo expuesto, el Tribunal accederá a la pretensión decimoquinta de la demanda reformada y frente a las dificultades existentes para el Tribunal de apreciar la presencia de un desequilibrio en el contrato identificable, cuantificable y concluyente le obligan a despachar desfavorablemente las pretensiones decimosexta, decimoséptima y decimoctava así como la subsidiaria.

10. Pretensiones y Excepciones.

El Tribunal procederá a declarar la prosperidad de las pretensiones declarativas PRIMERA, TERCERA y DECIMOQUINTA, en relación a las demás pretensiones tal como se ha indicado en la parte motiva de la presente providencia, el Tribunal considera que las mismas deben denegarse en la medida que no han sido probadas por la convocante y en relación con las múltiples excepciones de fondo presentadas por los convocados considera que deberá realizar las consideraciones que aparecen a continuación.

El Tribunal procederá a declarar la prosperidad de las pretensiones declarativas PRIMERA, TERCERA y DECIMOQUINTA, en relación con las demás pretensiones tal como se ha indicado en la parte motiva de la presente providencia, el Tribunal considera que las mismas deben denegarse en la medida que no han sido probadas por la convocante y en relación con las múltiples excepciones de fondo presentadas por los convocados considera que deberá realizar las consideraciones que aparecen a continuación.

Para resolver lo conducente acerca de las excepciones de fondo propuestas por la parte convocada precisa el Tribunal que en reiteradas

⁴⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 1997-04390, ago. 31/2011. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 1996-05018, feb. 08/2012. M.P. Ruth Stella Correa Palacio

oportunidades la jurisprudencia nacional (entre otras sentencia de casación civil 102 de 24 de septiembre de 2003) ha establecido cómo entre los conceptos *excepción y defensa*, “*existen notables diferencias, que impiden su confusión, disimilitudes que, inclusive, encuentran su génesis en la agudeza jurídica del derecho romano, puesto que en él se entendió la excepción como la proposición de un hecho nuevo destinado a aniquilar los efectos de la reclamación del demandante, al paso que la defensa se fundaba en la negación del derecho alegado en la demanda, noción que, perfeccionada por la incansable labor de la doctrina y la jurisprudencia, ha perdurado hasta nuestros días. De ahí que hoy deba inferirse que, en sentido estricto, un demandado se defiende cuando circunscribe su resistencia a los pedimentos del actor a negar los fundamentos de hecho o de derecho en que éste apoya su pretensión. Empero, si aquél no se limita a adoptar esa posición puramente negativa, sino que, yendo más allá, asume un plan de contraataque en el que aduce armas contrapuestas a las reclamaciones de aquél, consistentes en la alegación de hechos nuevos, ya sean de naturaleza impeditiva o extintiva, pero, en todo caso, distintos de los afirmados en la demanda y encaminados a enervar los efectos jurídicos de éstos, en tal hipótesis, se decía, se está ante una verdadera excepción, la cual, reiterase, no puede asimilarse a cualquier defensa opuesta a la pretensión del actor”*

Sin embargo, lo anteriormente expuesto no significa que en todos los casos en que los demandados proponen excepciones de fondo, en este caso en el laudo arbitral debe hacerse un pronunciamiento expreso sobre las mismas, en acatamiento supuestamente de lo dispuesto en el artículo 281 del Código General del Proceso (antes 305 del C.P.C.), pues antes de proceder a su definición, es deber del juez estudiar cada uno de los elementos y aspectos definidores de la pretensión y condiciones que determinen su prosperidad, lo que significa que si la pretensión no **sale avante**, “*por sustracción de materia, no tiene porqué entrar en juego la excepción que se había convocado para oponerle” (Cas. Civ. Sentencia 228 de 28 de noviembre de 2000).*

En otros términos, y como lo ha dispuesto desde hace tiempo la jurisprudencia, el estudio de las excepciones, “*...no procede sino cuando se ha deducido o establecido en el fallo el derecho del actor, porque entonces habiéndose estudiado el fondo del asunto y establecido el derecho que la parte actora invoca, es necesario, de oficio algunas veces, a petición del demandado en otras,... confrontar el derecho con la defensa, para resolver si ésta lo extinguió. Por eso, cuando la sentencia es absolutoria, es inoficioso estudiar las defensas propuestas o deducir de oficio alguna perentoria, porque no existe el término, el extremo, es decir, el derecho a que haya de oponerse la defensa” (Cas. Civ. de 30 de abril de 1937, XLV, 114; 31 de mayo de 1938, XLVI, 612).*

Dicho de otra manera, las excepciones de fondo, como medios de defensa propuestos con el fin de cercenar los efectos del derecho **pretendido, solo cobran sentido**, *“en el evento de abrirse paso la posibilidad de las pretensiones, precisamente con el fin de verificar si los hechos aducidos como medio de defensa por el demandado, constituyen excepción de mérito, por tener la fuerza para enervarlas”* (Cas. Civ. 9 de febrero de 2001).

Por lo anterior, la excepción de fondo no alcanza viabilidad si el actor **carece del derecho pretendido, porque este nunca se estructuró**: *“De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen”* (G. J. XLVI, 623; XCI, pág. 830”).

Así las cosas, y teniendo en cuenta las anteriores premisas, no encuentra pertinente ocuparse este Tribunal del estudio de las excepciones de fondo propuestas por las entidades demandadas y que atrás fueron reseñadas, dado que las pretensiones indemnizatorias tanto las declarativas como las de condena formuladas por la parte convocante no se alcanzan a estructurar.

En consecuencia, por las razones que se acaban de exponer, el Tribunal habrá de declarar que no hay lugar a estimar las excepciones propuestas por la parte Convocada y que se enlistan en el numeral 1.3.25 del presente laudo.

No obstante lo anterior el Tribunal ha realizado a lo largo del presente laudo, el análisis de aquellos argumentos contenidos en las excepciones formuladas que afecten temas como la competencia del Tribunal y la indebida integración del contradictorio o aún, de la admisión de la demanda, para justificar jurídicamente la continuidad del trámite hasta esta instancia en la que se profiere el laudo.

11. El Concepto del Ministerio Público.

El representante del Ministerio Público expresa en su concepto una descripción de los hechos jurídicamente relevantes dentro del proceso y ha expuesto como los *principales aspectos contenidos y concluidos en su vista fiscal los siguientes*:

"II. *Concepto del Ministerio Público:*
En aras de garantizar en un Estado social de derecho, como el nuestro, las interpretaciones armónicas e integrales, vale decir,

aquellas que tienen en cuenta, por una parte, los valores, principios y derechos fundamentales constitucionales, y, de otro lado, el marco legal que desarrolla dichos postulados, procede este Agente del Ministerio Público, a pronunciarse sobre la Litis que corresponde resolver en el presente tribunal arbitral, considerado pertinente desarrollar el presente estudio, conforme al siguiente orden temático:”

“II.1 PROBLEMAS JURÍDICOS:

El trámite arbitral que nos ocupa tiene tres ejes problemáticos a resolver, el primero de ellos relativo a algunos temas de naturaleza procesal que han planteado las partes, que deben resolverse para definir la viabilidad de emisión del laudo, y los otros dos que se desprenden de la reclamación de restablecimiento del equilibrio económico y enriquecimiento de causa sustentada en dos específicas situaciones, la primera los desplazamientos de la inversión, y la segunda el manejo tributario del contrato, específicamente lo concerniente a la tasa del impuesto de renta, la permanencia del impuesto de timbre y las depreciaciones y amortizaciones a ser usados en el pago del primero de los gravámenes.

A continuación, desarrollaremos cada uno de estos puntos.”

“II.2 SOBRE LOS ASPECTOS PROCESALES QUE SE HAN DEBATIDO POR LAS PARTES.

En el trámite arbitral las partes han realizado una serie de debates procesales que en consideración de esta agencia del Ministerio Público deben ser solventados con miras a dejar el proceso completamente en firme y tras ello poder emitir el correspondiente laudo arbitral.”

“II.2.1 SOBRE LA INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO.

Sobre dicho particular esta agencia del Ministerio Público considera que deben escindirse la relación jurídico sustancial propia del contrato estatal, de la jurídico procesal que se genera al seno del trámite arbitral, esto teniendo en cuenta que el aspecto relacionado con si los herederos del Señor Luis Héctor Solarte Solarte deben ser integrados como parte en el presente decurso es un aspecto eminentemente procesal, que puede llegar a tener relevancia sustancial.

Resulta claro que tanto el Código de Procedimiento Civil, como el Código General del Proceso permiten que se adelanten procesos declarativos contra los herederos del causante, lo que nos lleva a analizar si de igual forma resulta ello aplicable en el caso de los trámites arbitrales.

*De esta manera se concluye que en lo que respecta a la relación jurídico procesal que se ventila en el presente trámite arbitral se encuentra ajustada a derecho la conformación del contradictorio con los herederos del Señor Luis Héctor Solarte Solarte, razón por la cual en lo que respecta a dicho aspecto no hay yerro en las decisiones de los Señores Árbitros y el auto atacado debe **mantenerse incólume.**”*

"II.2.2 SOBRE LA REFORMA DE LA DEMANDA

Teniendo en cuenta lo referido, esta vista fiscal considera que la demanda fue reformada de manera correcta."

"II.2.4. SOBRE EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Para esta agencia del Ministerio Público el llamamiento en garantía presentado cumple con los requisitos exigidos por la Ley y la jurisprudencia, pues mediante el mismo se busca que se declare la responsabilidad de quien tiene la calidad de representante legal de una de las partes dentro del pacto arbitral, razón por la cual tiene plena validez, y se encuentra vinculado al pacto.

Sobre los aspectos de garantías, observa esta vista fiscal que tanto al llamante como al llamado se le han garantizado el ejercicio de sus derechos procesales, por lo cual el tribunal respecto de ellos puede proceder a emitir un pronunciamiento de fondo."

"II.2.5 SOBRE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES PARA EMITIR LAUDO

II.2.5.1 De la existencia de pacto arbitral

Por lo anterior para esta agencia del Ministerio Público es claro que en el presente asunto existe pacto arbitral que habilita a los árbitros a conocer las controversias que han sido sometidas a su conocimiento por las partes tanto en la demanda principal como en la de reconvenición."

"II.2.5.2 *De la integración y competencia del tribunal de arbitramento*

En lo que respecta a la integración del Tribunal arbitral, esta vista fiscal encuentra que la misma se ajustó tanto a las normas legales, como al contenido mismo del compromiso signado entre las partes, por lo que se encuentra debidamente integrado para conocer el presente asunto."

"II.2.5.3 *De la representación de las partes.*

En el trámite arbitral la Agencia Nacional de Infraestructura concurrió en debida forma, en un primer momento por intermedio del Coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Defensa Judicial, y de manera posterior mediante su apoderado judicial.

La parte demandada fue notificada en debida forma, y ha estado representada de manera correcta en el presente decurso, ello respecto de la Unión Temporal y de sus integrantes.

En el curso del proceso arbitral se citó en debida forma, mediante la notificación personal, tanto al Ministerio Público, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Estado, entidad que se hizo parte interviniente, y que como consta en el expediente ha participado en las etapas del proceso.

En igual sentido, respecto de la representación y participación de las partes en el trámite arbitral, esta Agencia del Ministerio Público manifiesta que revisado el expediente arbitral, se ha dado correcto curso a toda la actuación, habiéndose garantizando a las partes e intervinientes sus derechos al debido proceso, e igualmente se han notificado en debida forma la totalidad de las decisiones y actuaciones del Tribunal.”

"II.2.5.4. *Del decreto y práctica de pruebas.*

De la revisión del expediente, se encuentra que el recaudo probatorio fue realizado de manera completa, por lo cual el tribunal declaró cerrada la etapa probatoria mediante auto emitido en audiencia de 27 de octubre de 2016, decisión contra la cual las partes no presentaron recursos, obrando en virtud de ello los efectos del control de legalidad al que se encuentra obligado el juez de conformidad con el artículo 132 del CGP.

Revisados los anteriores aspectos propios del trámite arbitral, esta Vista Fiscal considera que están satisfechos los presupuestos procesales para que pueda resolverse de fondo el presente trámite y por lo tanto no existe situación de la que se pueda desprender hasta este momento procesal nulidad o causal de anulación alguna.”

II.3 SOBRE EL DESPLAZAMIENTO DE LA INVERSIÓN

Analizó los siguientes aspectos:

"II.3.1 LA ENTIDAD COMO TITULAR DEL DERECHO A RECLAMAR EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO"

"II.3.2 SOBRE LA PROCEDENCIA DEL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO."

"II.3.3 EL EFECTO DEL DESPLAZAMIENTO DE LA INVERSIÓN EN EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO."

En relación con el caso concreto realizó los siguientes apartes contienen sus consideraciones y conclusiones:

II.3.4 SOBRE EL CASO CONCRETO.

"Por lo anterior considera esta Vista Fiscal que las partes deben realizar todos los esfuerzos para lograr organizar la memoria de la real ejecución del contrato, ello con miras a que se pueda definir a futuro sobre situaciones como las que acá se alegan, bien sea para que se definan por la vía del equilibrio económico del contrato o para que se determinen las responsabilidades contractuales por incumplimiento según sea el caso."

"Teniendo en cuenta lo anotado para esta Agencia del Ministerio Público no existe prueba que permita declarar que los desplazamientos en obras e inversiones del contrato de concesión 005 de 1999, específicamente del adicional No 13 y su

otrosí No 2 generaron un desequilibrio económico, y por tanto no puede accederse a las pretensiones que refieren al mismo.”

II.4 SOBRE EL PROBLEMA TRIBUTARIO.

“Derivada de las alegaciones de las partes resultan tres aspectos que deben dilucidarse al fin de determinar la solución jurídica al problema que plantea deben analizarse tres aspectos, el primero sobre la existencia de modelos financieros contractuales en las concesiones de segunda generación; la segunda sobre si la inclusión de las tasas de tributación, del impuesto de timbre y la no aplicación de amortizaciones y depreciaciones puede llevar a una nulidad contractual; y por último si es posible que se declare un modelo financiero con el cual se equilibre la ecuación económica del contrato con base en tasas y tributos reales.”

“Así las cosas para esta Agencia del Ministerio público no puede hablarse de la revisión de la legalidad del modelo financiero, pues el mismo no es un documento contractual, pero en lugar de ello si es posible analizar la legalidad de la oferta presentada por el concesionario, la cual si ata a las partes, y puede llevar inmersas situaciones de relevancia contractual, como a continuación se revisará.”

II.4.2 SOBRE LA INCLUSIÓN DE TASAS DE TRIBUTACIÓN EN LA PROPUESTA DEL CONTRATISTA PARA EL CONTRATO ADICIONAL No 13

“En materia contractual la aplicación de remedios extremos es entendida como una última ratio, a modo de ejemplo se puede traer a colación lo determinado en el artículo 904 del Código de Comercio que incluye la siguiente regla:

“ARTÍCULO 904. <TRANSFORMACIÓN DE CONTRATO NULO>. El contrato nulo podrá producir los efectos de un contrato diferente, del cual contenga los requisitos esenciales y formales, si considerando el fin perseguido por las partes, deba suponerse que éstas, de haber conocido la nulidad, habrían querido celebrar el otro contrato.”

De lo anterior se puede desligar que existe en el ordenamiento jurídico un criterio de interpretación pro- contrato, que indica que debe privilegiarse siempre el sentido en el cual el contrato tenga efectos jurídicos para las partes, por lo cual en consideración del suscrito la violación del principio de planeación no genera nulidad del contrato, aunque si otro tipo de consecuencias jurídicas, como las relacionadas con la responsabilidad contractual, y la imposibilidad de alegar rompimientos del equilibrio económico cuando el mismo se funde en las falencias de planeación.”

“En caso de que los señores árbitros acojan o bien la tesis de la Sección Tercera del Consejo de Estado, o esta segunda esgrimida por el Tribunal arbitral citado, esta vista fiscal considera pertinente analizar si en el caso del contrato adicional 13 realmente se incurrió en una ilegalidad que afectase el principio

*de planeación, o si se trata de una situación que pueda devenir en consecuencias jurídicas **diversas.***"

"Al respecto habrá de acudirse como primera medida a la cláusula No 49 del contrato de concesión No 005 de 1999, que determina que el régimen tributario del contrato será el vigente durante su ejecución, la cual debe ser acompañada con la distribución de riesgos de los contratos, la cual siguiendo los lineamientos conpes 2775 pone en cabeza del concesionario la asunción del riesgo tributario."

"Para esta Agencia del Ministerio Público la cláusula No 49 del contrato de concesión 005 de 1999, al prescribir que el régimen fiscal será el vigente durante la ejecución del contrato consigna una regla que tiene como implicación el que el concesionario no tiene estabilidad respecto del régimen fiscal vigente al momento de la firma del contrato, y que por lo tanto estará obligado a cancelar la totalidad de los tributos que se presenten a lo largo del contrato, conforme cada una de las normas que rijan durante el mismo."

"Lo antedicho no implica que el concesionario al momento de definir la manera como administrará el riesgo tributario no pueda hacerlo de la manera como mejor lo considere, siempre y cuando se encuentre dentro de los parámetros razonables a los que refieren los peritos financieros Juan Fernando Munera y Ana Matilde Cepeda, así como el testigo Juan Manuel Martínez en su declaración."

"En dicho sentido esta vista fiscal insiste en considerar que este tipo de violaciones no pueden llevar a la nulidad del contrato, por tratarse de remedios extremos, lo que no implica que no se reconozca la importancia basililar del principio de planeación en la contratación estatal, pues el cabal cumplimiento del mismo permite que se cumplan los cometidos que persigue el contrato del Estado, que se encuentran revestidos del bien común y el interés general, por lo cual habrá de anotarse que la vulneración del principio de planeación si tiene consecuencias para los cocontratantes, pero que las mismas no corresponden a la nulidad del contrato, sino a responsabilidades de índole contractual..."

"Así las cosas para esta Vista Fiscal no es posible decretar la nulidad del contrato por violación al principio de planeación, por lo cual las pretensiones que tienen como fundamento dicha causa nugatoria deben despacharse desfavorablemente. "

"Es pertinente precisar que las alegaciones sobre falencias en la planeación del contrato, tienen consecuencias de índole penal, disciplinaria y fiscal, las cuales corresponden a acciones autónomas a la presente, y que según se desprende del material probatorio, en el caso de los servidores públicos y particulares que intervinieron en la planeación del contrato 005 de 1999 en su adicional No 13, los mismos están en curso."

"Las que si son del resorte del presente trámite arbitral son las posibles consecuencias económicas para el contrato, las cuales serán abordadas al momento de analizar si la forma como se

planteó la propuesta puede llevar a un desequilibrio económico del contrato, que implique la posibilidad de acudir a una fórmula que restablezca la ecuación contractual.”

II.4.3 SOBRE LA POSIBILIDAD DE IMPONER UN MODELO FINANCIERO QUE MODIFIQUE LAS TASAS IMPOSITIVAS EN LAS QUE SE FUNDO LA PROPUESTA.

“Así las cosas la doctrina arbitral coincide con la postura de las experticias de valor y estratégica y Ana Matilde Cepeda, por lo cual para esta Agencia del Ministerio Público efectivamente el manejo tributario afecta directamente la rentabilidad del contratista, y no el ingreso esperado.”

“Sobre la forma como la administración de los riesgos hace parte de la ecuación económica del contratista el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

“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, en manera alguna, se trate de un equilibrio matemático, sino de una equivalencia razonable 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.”⁴⁵⁷

“Postura que en el caso del riesgo tributario se complementa con la que se esboza en la siguiente cita, y que si bien refiere a contratos de obra es aplicable mutatis mutandi al presente asunto:

“Es usual en la formulación de la oferta para la ejecución de un contrato de obra, la inclusión de una partida de gastos para imprevistos y esa inclusión e integración al valor de la propuesta surge como una necesidad para cubrir los posibles y eventuales riesgos que pueda enfrentar el contratista durante la ejecución del contrato. Sobre la naturaleza de esta partida y su campo de cobertura, la doctrina, buscando aclarar su sentido, destaca que la misma juega internamente en el cálculo del presupuesto total del contrato y que se admite de esa manera “como defensa y garantía del principio de riesgo y ventura,” para cubrir ciertos gastos con los que no se cuenta al formar los precios unitarios⁴⁵⁸.

El porcentaje de imprevistos significa, pues en su origen, la salvaguarda frente a los riesgos ordinarios que se producen en

⁴⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01 (18080) Actor: PAVICON LTDA. Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

⁴⁵⁸ “Sin entrar directamente a formar el precio de cada unidad de obra, contribuyen conocidamente a acrecer el costo total...los gastos de imprevistos, los de dirección y administración ...y la cantidad que debe constituir el justo beneficio de los afanes del contratista”. GASPAR ARIÑO ORTIZ. Ob. Cit. P. 167.”

*los contratos de obra y que, al no poder ser abonados con cargo a indemnizaciones otorgados por la Administración cuando se produzcan (ya que la técnica presupuestaria lo impediría en la mayoría de los casos), son evaluados a priori en los presupuestos de contrata. Cubre así los riesgos propios de toda obra, incluidos los casos fortuitos que podíamos llamar ordinarios... El porcentaje de imprevistos es, por tanto, una cantidad estimativa, con la que se trata de paliar el riesgo propio de todo contrato de obra. Como tal, unas veces cubrirá más y otras menos de los riesgos reales (los que, efectivamente, se realicen), y ahí radica **justamente el álea del contrato**⁴⁵⁹.*

(...)

En el presente caso, no se pretende afirmar que con dicha partida el contratista pudo cubrir el nuevo impuesto que afectó los pagos que se le hicieron por concepto del valor de los contratos adicionales, sino que correspondía a éste demostrar que la partida de gastos de imprevistos resultó insuficiente para cubrir el perjuicio económico o disminución de la utilidad que dijo haber sufrido por el pago de la contribución.

(...)

*Contrario al criterio de la demandante, en el sentido de que “no es una partida de la cual pueda disponer el juez del contrato, como si fuera una RESERVA a disposición suya para cubrir **cualquier déficit económico del contrato**”, la Sala considera que en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje para imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida, ésta resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato.*

Debe pues el contratista soportar un álea normal y si éste es anormal habrá de demostrarlo⁴⁶⁰; no basta simplemente afirmarlo y para ello deberá asumir la carga de la prueba consistente fundamentalmente en acreditar los riesgos que se hicieron efectivos y los sobrecostos asumidos y cuantificarlos frente al valor del contrato, incluidas las sumas que haya presupuestado en el factor imprevistos; es decir, demostrar la realidad económica del contrato que deba conducir a la entidad pública contratante a asumir el deber de restablecer el equilibrio financiero del mismo”.⁴⁶¹

Siguiendo el criterio jurisprudencial transcrito, basta afirmar que si bien la adopción de nuevos impuestos o su incremento puede afectar el equilibrio económico del contrato, es indispensable que el contratista a fin de lograr un reconocimiento por la alteración

⁴⁵⁹ *Ibidem*, P. 168.

⁴⁶⁰ “Como quiera que el punto crítico es deslindar el terreno de lo normal y de lo anormal, MARIENHOFF señala que “álea “extraordinaria o “anormal” es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato. Las variaciones de precios que provengan de fluctuaciones económicas corrientes, constituyen áleas ordinarias; en cambio, pueden constituir anormales o extraordinarias cuando provengan de acontecimientos anormales, excepcionales y que, por tanto, no pudieron entrar en las previsiones de las partes en el momento de contratar. Como ejemplo de estos últimos pueden mencionarse las guerras, las depreciaciones monetarias, las crisis económicas, etc.” Ob. cit. p. 524.”

⁴⁶¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de mayo de 2003, exp. 14.577, C.P Ricardo Hoyos Duque.

de la ecuación económica del contrato, demuestre que el mayor valor de la carga impositiva afecta en forma grave y anormal la utilidad esperada, de tal manera que lo podría llevar incluso a asumir pérdidas con la ejecución del contrato.”⁴⁶²

Teniendo claro lo anterior en el segundo de los supuestos es claro que el concesionario con la propuesta para el adicional No 13 al contrato 005 de 1999 asumió dentro del alea normal que con la tasa de impuestos consignada en la propuesta cubriría el riesgo tributario en su totalidad, esto es tanto los existentes como los que fueran a crearse, teniendo con ello cubierto tanto lo que favorable como desfavorablemente pueda llegar a afectar su rentabilidad.”

“Vistas las dos posibilidades que plantea el presente asunto, esta Vista Fiscal considera pertinente manifestar que ninguna resulta irracional ni contraria a derecho, puesto que en la primera se estaría adecuando el contrato a la rentabilidad que resulte de la aplicación de las tasas efectivas de tributación, entretanto en la segunda se estaría privilegiando un modelo de asunción de riesgos.”

“Sin embargo acudiendo a la protección del patrimonio público se considera que la segunda de las hipótesis resulta la más adecuada, ya que con la misma se declararía que en materia tributaria las variaciones que puedan llegar a afectar la rentabilidad del contratista están cubiertas por la manera como en su propuesta decidió asumir el riesgo tributario, y por tanto con ello se elimina cualquier posibilidad de que por dicho concepto se realicen reclamaciones de su parte a futuro, lo cual resulta relevante, teniendo en cuenta que los parámetros de tributación que se presentan en el país tienden a imponer mayores cargas impositivas a quienes son sujetos al pago de impuestos.”

Por último y como conclusión contiene el concepto presentado, una síntesis de la conceptualización del Ministerio Público así:

“III.1 SOBRE LAS RECLAMACIONES RELACIONADAS CON LOS DESPLAZAMIENTOS DE LA INVERSIÓN

III.1.1. Declarar que en el contrato de Concesión 005 de 1999 se presentaron desplazamientos en las obras y en la inversión a cargo del concesionario.

III.1.2 Declarar que no se probó el beneficio que obtuvo el concesionario por el desplazamiento de las obras y de la inversión del contrato de concesión 005 de 1999.

⁴⁶² SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO veintiocho (28) de junio de dos mil doce (2012) Radicación número: 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990) Actor: SOCIEDADES EQUIPO UNIVERSAL CIA. LTDA. Y OTROS Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

III.1.3 Declarar que no se probó que el desplazamiento de las obras inversión fuese generado por causas no imputables a las partes del contrato de concesión 005 de 1999.

III.1.4 Declarar en virtud de las anteriores declaraciones no existe prueba que permita acceder al restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión 005 de 1999.

III.2 Sobre el contrato adicional No 13 al contrato de concesión 005 de 1999 y los aspectos tributarios del mismo.

III.2.1 Que se declare que no existen modelos financieros contractuales para el contrato adicional No 13 al contrato de concesión 005 de 1999.

III.2.2. Que se declare que las formulas financieras al contrato adicional No 13 al contrato de concesión 005 de 1999 se encuentran contenidas en la propuesta del concesionario.

III.2.2 Que se declare que ni la propuesta ni el contrato adicional No 13 al contrato de concesión 005 de 1999 adolecen de nulidad.

III.2.3. Que se declare que los impuestos que se paguen por la ejecución del contrato adicional No 13 al contrato de concesión 005 de 1999 hacen parte del flujo de caja del mismo y afectan la rentabilidad del concesionario.

III.2.4 Que se declare que la tasa de tributación incluida en la propuesta para el contrato adicional No 13 al contrato de concesión 005 de 1999 cubre en su totalidad el riesgo tributario en cabeza del concesionario, y por tanto el mismo no tiene derecho a ninguna reclamación por las variaciones desfavorables que pueda llegar a sufrir en dicha materia.”

12. El Juramento Estimatorio.

A partir de la expedición de la ley 1395 de 2010, el juramento estimatorio adquirió en nuestra legislación una connotación distinta de la que tenía hasta ese momento, pues en nuestra normatividad la posibilidad de estimar los perjuicios de esta manera estaba reservada para los eventos en los cuales la ley lo autorizara. De este modo, en eventos en los cuales era evidente la dificultad para probar perjuicios (los producidos por la nulidad del matrimonio, por ejemplo) la ley autorizaba al Demandante para estimarlos y entendía que ellos quedaban probados cuando el demandado no los objetara.

La ley 1395 de 2010 le dio un alcance totalmente distinto a esta prueba: estableció la obligación de realizar el juramento cuando se pretendiera una indemnización; dispuso que en el caso de que no se produjera una objeción debía tenerse por demostrados tales perjuicios y estableció que en el caso de que la contraparte los objetara (sin ningún requisito especial) debían practicarse las pruebas pedidas para acreditarlos.

En la demanda inicial presentada el 7 de marzo de 2014 la Convocante **expuso que: "Resulta pertinente señalar que en la presente demanda se incorporan pretensiones de naturaleza declarativa, de revisión del modelo financiero respecto del Contrato de Concesión 005 de 1999 y de cálculo del impacto económico del desplazamiento del cronograma de inversión en obra y mantenimientos, de manera que los valores referentes a la pretensión de reequilibrio de la ecuación financiera del contrato y de la revisión del contrato dependerán de las resultados del proceso, por lo que de antemano no se puede estimar razonadamente su cuantía". La demanda fue inadmitida entre otros asuntos, por considerar el Tribunal que el juramento estimatorio no estaba debidamente justificado; en el documento mediante el cual se subsana la demanda, el apoderado explica los motivos de su dicho en cuanto a la cuantía y aporta para soportar esa suma el estudio de Ernst & Young. El auto mediante el cual se admitió la demanda fue objeto de recurso, entre otras razones, por considerar el apoderado de una de las convocadas, que el juramento no cumplía con los requisitos de la ley vigente en ese momento que era el artículo 206 del Código General del Proceso, norma que entró a regir desde su expedición.**

El Tribunal confirmó la providencia inicial, con base entre otros argumentos, en la sentencia de la Corte Constitucional en la cual se declara la exequibilidad del artículo 206 del Código General del Proceso:

"6.4.1.2. La temeridad y la mala fe van en clara contravía de la probidad y la buena fe en las que se inspira y funda el Código General del Proceso. Las conductas temerarias, de cuya comisión hay una evidencia objetiva, como es la decisión judicial de negar las pretensiones por falta de demostración de perjuicios, no pueden ampararse en la presunción de buena fe. Y no lo pueden hacer porque en la práctica, el obrar temerario y de mala fe desvirtúa la presunción.

6.4.1.3. Además, el obrar con temeridad y mala fe desconoce las cargas procesales de las partes, sus deberes en el trámite del proceso, se enmarca dentro de las presunciones de temeridad y mala fe y compromete la responsabilidad de las partes y de sus **apoderados"**

En el memorial de la reforma integrada de la demanda, el apoderado de la Convocante, con base en las nuevas pretensiones incluidas, manifiesta que el monto del juramento estimatorio es la suma de \$556.641.000.000.

"Juramento estimatorio

Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o

mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Sólo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación. Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas

pertinentes. Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido. Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia. El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento. El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

Parágrafo También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

En consideración a lo anterior, el Tribunal estudió el último juramento estimatorio conforme a las normas del Código general del Proceso, ya vigentes en la fecha de la reforma y de la reforma integrada de la demanda.

En la contestación a la reforma integrada de la demanda, algunos de los convocados objetaron el juramento estimatorio, básicamente por considerar que había una diferencia inexplicable entre la demanda

inicial y la reforma integrada en cuanto al monto de las pretensiones por pasar de \$325.744.000.000 a \$556.641.000.000.

La parte Convocante se pronunció sobre el particular manifestando que rechazaba la objeción por cuanto no cumplía con los requisitos del **artículo 206 transcrito en comoquiera que “no justificaba razonadamente la inexactitud”** y solicita que en esa medida el Tribunal no la acepte.

Procede ahora el Tribunal a pronunciarse sobre los efectos del juramento estimatorio, su objeción, razonabilidad y las posibles consecuencias por no haber prosperado la totalidad de las pretensiones.

Conviene precisar que el citado artículo 206 fue objeto de modificación por la ley 1743 de 2014 que en su artículo 3 dispuso: ⁴⁶³

ARTÍCULO 13. MODIFICACIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO. En adelante el inciso cuarto y el párrafo del artículo 206 del Código General del Proceso quedarán así:

"Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

...

"Parágrafo. También habrá lugar a la condena que se refiere este artículo a favor del consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

*La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo solo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la **parte**".*

Por lo tanto, el estudio del tema del juramento estimatorio se hará a la luz de esta disposición.

⁴⁶³ Norma vigente desde el 26 de diciembre de 2014.

En efecto, revisado el texto y la discriminación del monto del juramento estimatorio, frente a la demanda y la reforma integrada de la demanda, para el Tribunal el hecho de que en esta última se hubieren incluido nuevas pretensiones justifica claramente la modificación de la cuantía. En efecto, en el texto integrado de la demanda reformada se discrimina una a una la cuantificación de las pretensiones.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que la parte Convocante presentó dentro del término para descorrer el traslado de las excepciones, un dictamen pericial preparado por expertos contadores, documento que, sin perjuicio de lo ya manifestado en cuanto a su contenido, es por lo menos prueba sumaria del juramento estimatorio.

En ese sentido, el Tribunal no puede concluir entonces que la conducta de la Entidad Estatal estuvo rodeada de negligencia o que actuó temerariamente, con independencia de que hubieren prosperado algunas o ninguna de las pretensiones formuladas. Es este precisamente, en sentir del Tribunal, el alcance de la modificación introducida por la ley del año 2014, en cuanto califica la conducta del **Convocante de "negligente" o de "temeridad" como supuesto de imposición de la sanción**. En consecuencia, no puede perder de vista el Tribunal que la buena fé se presume y que en materia sancionatoria está proscrita la responsabilidad objetiva de tal forma que en tanto en el curso del trámite no se observó, ni se alegó ni se probó que la conducta de la Entidad Estatal estuviere enmarcada dentro del concepto de mala fe, no considera procedente aplicar la sanción.

En efecto, el artículo 79 del Código General del Proceso establece los casos en los cuales se presume la temeridad o mala fe:

"Artículo 79. *Temeridad o mala fe. Se presume que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:*

- 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.*
- 2. Cuando se aduzcan calidades inexistentes.*
- 3. Cuando se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.*
- 4. Cuando se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas.*
- 5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso.*
- 6. Cuando se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas."*

No obstante las dificultades que tuvo el Tribunal para adelantar algunas de sus actuaciones no es posible concluir la existencia de causales que objetivamente conlleven a aplicar dicha presunción.

La objeción al juramento estimatorio:

Carlos Alberto Solarte Solarte en la objeción presentada indicó:

"En el presente caso, tal como se ha demostrado en este escrito, y se confirmará en el trámite durante el respectivo debate probatorio, la ANI actúa con ligereza y temeridad, por lo que se hará acreedora a la sanción prevista en el artículo 211 del CPC.

Como bien podrá establecer el Tribunal, la estimación de la cuantía hecha en la demanda es temeraria, irresponsable y engañosa, carente de soporte fáctico y probatorio, razón por la cual el Tribunal deberá imponer en el presente caso, la sanción o condena a que se refiere el artículo 10 de la Ley 1395 de 2010."

Contestación de Luis Fernando Solarte Marcillo:

"En el presente caso, tal como se ha demostrado en este escrito, y se confirmará en el trámite durante el respectivo debate probatorio, la ANI actúa con ligereza y temeridad, por lo que se hará acreedora a la sanción prevista en el artículo 211 del CPC.

Como bien podrá establecer el Tribunal, la estimación de la cuantía hecha en la demanda es temeraria, irresponsable y engañosa, carente de soporte fáctico y probatorio, razón por la cual el Tribunal deberá imponer en el presente caso, la sanción o condena a que se refiere el artículo 10 de la Ley 1395 de 2010."

Contestación de PAVCOL y los herederos Gabriel David Solarte Viveros, Luis Fernando Solarte Viveros y Diego Alejandro Solarte Viveros, se dijo que:

"En el numeral 1, realizó un juramento estimatorio por \$31.479.000.000 por concepto de lo que denomina "equilibrio financiero del Otrosí 2"

En el numeral 2, realizó un juramento estimatorio por \$525.162, 00 (en miles de millones) por concepto de "equilibrio financiero (sic) del contrato 005 de 1999, y los Contratos Adicionales No 6 y 8"

Al sumar los dos juramentos la suma pretendida asciende a \$556.641.000.0000.

No hay discriminación alguna relativa al adicional 13 en los términos originalmente establecidos en el juramento estimatorio de la reforma a la demanda de abril del presente año;

Las sumas estimadas relacionadas con el otrosí 2 al adicional 13 disminuyeron con respecto a las enunciadas en el juramento de la reforma a la reforma a la demanda;

No están discriminadas las sumas globales correspondientes al Contrato Básico y que ascienden a un total de \$ 514.547 millones corrientes de abril de 2014.

No se presentó el supuesto modelo financiero en que se realizó."

Contestación del apoderado de la UNIÓN TEMPORAL
DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA:

"Atendiendo las anteriores consideraciones, para el caso en concreto, a partir de un estudio comparativo entre los documentos de la demanda original y la reforma a la misma, resulta evidente que el juramento estimatorio de los perjuicios que se pretende ser resarcido con el proceso, lejos de ser un análisis razonado y justificado por parte de la Convocante, constituyen una falta de sensatez y rigor que atenta con la buena fe de las partes intervinientes en el proceso arbitral. Lo anterior teniendo en cuenta que los montos indemnizatorios que pretende su resarcimiento por parte de a Convocada, de manera sorprendente y sin ninguna justificación valedera, fueron reajustados y alterados en su integridad, lo cual, además de evidenciar el desesperado intento de la Convocante tendiente a mejorar las condiciones financieras que se pretenden dentro del trámite arbitral que se adelante, dilucida la mala fe con que ha actuado, desde un principio, la ANI a partir de la presentación de una demanda temeraria, como bien se desprende del cuadro comparativo que se observa a continuación:

Juramento Estimatorio			
Concepto	Demanda	Reforma a la demanda	Diferencia entre

			conceptos en la demanda y en su reforma
Restablecimiento del supuestos del económico derivado del Otrosí No. 2 del Adicional No. 13 de Contrato de Concesión 005 de 1999.	\$325.744.000.000	\$31.479.000.000	- \$294.226 5.000.000
Restablecimiento del supuesto desequilibrio económico derivado del Adicional No. 6 y No. 8 del Contrato de Concesión 005 de 1999	No existió	\$525.162.000.000	+\$525.16 2.000.000
Total de perjuicios que se pretenden resarcir	\$325.744.000.000	\$556.641.000.000	+\$230.897. 000.000

(...)

"(...) el ejercicio adelantado en líneas precedentes, lo que evidencia, de manera diáfana, es el reprochable intento de la ANI de realizar un balance tendiente a recuperar la pedida ocasionada por los valores estimados, en la demanda inicial y en su reforma, en relación con el supuesto desequilibrio económico del Otrosí No. 2 del Adicional No. 13 del Contrato de Concesión objeto de debate, una vez que se advierte que los mismos son injustificados e inexigibles, a partir de la inclusión de un nuevo elemento en el debate procesal, esto es, el supuesto desequilibrio económico ocasionado por los Adicionales No. 6 y No. 8 del mismo documento contractual, concepto que, en criterio tajante del suscrito apoderado, fueron cuantificados en función de "recuperar" la exuberante diferencia existente, por un mismo concepto, entre los diferentes documentos presentados por la Convocante, además de tratar de ocultar los propósitos temerarios y la mala fe con que se ha instaurado el presente proceso arbitral, desde un inicio, por la entidad contratante.

En ese orden de ideas, atendiendo a la falta de coherencia y probidad del juramento estimatorio, y al encontrar que la referida estimación carece de racionalidad en los conceptos que lo componen, como lo exige a norma, es claro que nos encontramos ante una inconsistencia lega de procedimiento, el cual, como lo impone a ley, si bien no fue subsanado mediante el rechazo de la demanda, deberá ser valorado, en su integridad, al momento de proferirse el laudo arbitral."

En efecto, le asiste la razón a la parte Convocante al señalar que las manifestaciones transcritas respecto de las inconformidades con el

juramento estimatorio no pasan de ser manifestaciones que no alcanzan a considerarse una objeción en los términos exigidos por la norma procesal.

Situación bien diferente es que el Tribunal acceda a la solicitud del Convocante en el sentido de aceptar que como la objeción del juramento no fue debidamente razonada, debe concluirse que el monto del juramento es prueba suficiente de las pretensiones reclamadas; es necesario en consecuencia que lo que se dice en el juramento estimatorio encuentre respaldo suficiente en la etapa probatoria

El juramento estimatorio en el marco de la regulación legal ha sido calificado como un medio de prueba más no como el único medio de prueba.

En este punto el Tribunal resalta:

1.- La norma prevé que la sanción por temeridad procede para aquellos eventos en los cuales los perjuicios probados en el proceso resulten inferiores a los estimados, en la proporción prevista en la norma (50%).

2.- La norma no prevé que proceda sanción alguna para el evento en el cual se rechacen las pretensiones de la demanda por una razón distinta a la falta de la demostración de los perjuicios, lo que quiere decir que si el rechazo de las pretensiones de la demanda tiene otra causa (la falta de la demostración del hecho o del incumplimiento del daño, la falta de la demostración de la relación de causalidad entre dicho presupuesto fáctico y el perjuicio reclamado por el demandante) o, aún, porque la fundamentación jurídica no colmó todos los presupuestos exigidos por la normas legales en las que se basaron las pretensiones, no habrá lugar a imponer ningún tipo de sanción.

3.- Por último para el caso en el que la demanda se rechace por la falta de prueba del perjuicio (que es uno de los elementos de la responsabilidad), la condena solo procede si se evidencia la existencia **de un “actuar negligente o temerario de la parte” a la que le correspondía tal demostración.**

4.- Es claro entonces que la sanción es excepcional y que el Tribunal debe aplicar dicho criterio de manera estricta precisamente por la naturaleza jurídica de la consecuencia en la aplicación de la norma.

Y, de acuerdo con ella, la sanción solo cabe:

a.- Cuando efectivamente haya una condena en perjuicios y esté acreditado que su monto sea inferior en un cincuenta por ciento al valor estimado.

b. – Cuando la única razón por la cual se hayan desechado las pretensiones de la demanda sea la falta de prueba del perjuicio y se evidencie negligencia o temeridad del Demandante en su acreditación.

En la medida en que ninguno de los presupuestos anteriores se cumple en el sub iudice, es claro que no habrá lugar a imponer esta condena a la Convocante.

13. Costas.

El artículo 365 del Código General del Proceso ⁴⁶⁴ regula lo correspondiente a las costas del proceso, en el sentido de que la parte vencida será condenada a favor de la otra, y posteriormente dispone que de prosperar parcialmente la demanda, el juez puede abstenerse de condenar en costas o proferir una condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

En el presente caso tal como aparecerá en la parte resolutive se declararán algunas de las pretensiones declarativas formuladas en la reforma de la demanda presentada por la parte convocante y las demás pretensiones serán desestimadas.

Para este Tribunal, el resultado de la gestión procesal de las partes permite establecer que la liquidación de costas deba someterse al criterio expuesto en el numeral 6 de la norma antes referida, en cuanto se permite al juzgador dentro de su arbitrio abstenerse de condenar en

⁴⁶⁴ Artículo 365. Condena en costas.

En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción

costas cuando ocurra una situación fáctica como la acaecida en el presente trámite arbitral.

El Tribunal deja sentada su extrañeza por el comportamiento que durante la mayor parte del trámite tuvieron algunos apoderados según dan cuenta las actas de las audiencias y las transcripciones de las mismas. Sobre ese particular entiende que el alcance de las discusiones y el fragor de la defensa de los intereses en disputa no pueden dejar de lado ni la cortesía ni el respeto profesional.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en especial el desarrollo del presente proceso arbitral, el Tribunal procederá a abstenerse de condenar en costas y asumir cada una de las partes los gastos propios del proceso y las agencias en derecho correspondientes.

14. Parte Resolutiva

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Arbitral constituido para resolver las controversias entre la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, como parte convocante, y la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA y otros, como parte convocada, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley, con el voto unánime de sus integrantes,

RESUELVE:

PRIMERO.- Denegar por las razones contenidas en la parte motiva de esta providencia, la tacha de sospecha formulada a los testigos PATRICIA CORTÉS y CAMILO MENDOZA ROZO.

SEGUNDO.- Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, declarar que el contrato de concesión No 005 de 1999 celebrado entre la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI – (antes INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS -) y la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, fue adicionado con el contrato adicional No 13, y este último modificado con el otrosí No 2.

TERCERO.- Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, de conformidad con el artículo 45 de la ley 80 de 1993 y el artículo 141 del CPACA declarar de oficio la nulidad del contrato adicional No. 13 al Contrato de Concesión 005 de 1999 celebrado el 9 de agosto de

2006 y de los otros íes 1,2, 3 y 4 al adicional No. 13 por violación al numeral 2º del artículo 44 de la ley 80 de 1993.

CUARTO.-De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para los efectos previstos en los artículos 48 y 60 de la ley 80 de 1993, ordenar a las partes dar aplicación a la cláusula 12.9 del Contrato Principal de Concesión 005 de 1999.

QUINTO.- Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia declarar que existió un desplazamiento en el cronograma de ejecución de las obras dentro de la etapa de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación del contrato de concesión No 005 de 1999, sus adicionales y otros íes.

SEXTO.- Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, declarar que el contrato de concesión No 005 de 1999 celebrado entre la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI – (antes INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS -) y la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, fue adicionado con los contratos adicionales No 6 y 8, sin que en ninguno de estos actos se hubiesen incluido modelos financieros.

SÉPTIMO.- Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, denegar en su integridad las pretensiones SEGUNDA, CUARTA, QUINTA y subsidiaria, SEXTA, SÉPTIMA, OCTAVA, NOVENA, DÉCIMA, DÉCIMAPRIMERA, DÉCIMASEGUNDA, DÉCIMATERCERA, DÉCIMACUARTA y subsidiaria, DÉCIMASEXTA, DÉCIMASÉPTIMA, DÉCIMA OCTAVA y subsidiaria.

OCTAVO.- Declarar que, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, no se hace pronunciamiento alguno sobre las excepciones de mérito formuladas por la parte convocada.

NOVENO.- Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, negar las pretensiones relacionadas con el llamamiento en garantía formulado por NELLY DAZA DE SOLARTE y MARÍA VICTORIA SOLARTE DAZA, en contra de CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE.

DÉCIMO.- Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, declarar que no hay lugar a la imposición de la sanción de que trata el artículo 206 del Código General del Proceso.

DÉCIMO PRIMERO Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia abstenerse de condenar en costas de conformidad con lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO SEGUNDO- Declarar causado el saldo de los honorarios de los árbitros y del secretario del tribunal, por lo que se ordena realizar el pago del mismo.

DÉCIMO TERCERO.- Procédase por la Presidencia del Tribunal a elaborar y presentar a las partes la cuenta final de gastos, ordenando la restitución de las sumas remanentes a que hubiere lugar a la parte convocante.

DÉCIMO CUARTO.- Disponer que, por Secretaría, se expidan copias auténticas de esta providencia con destino a cada una de las partes, a los árbitros y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

DÉCIMO QUINTO.- Ordenar el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, una vez se encuentre en firme esta providencia.

La anterior decisión se notificó en audiencia,

MARÍA LUISA MESA ZULETA
Árbitro-Presidente

FERNANDO
MATEUS
Árbitro

MONTOYA

JULIO ROBERTO NIETO
Árbitro

CARLOS MAYORCA ESCOBAR
Secretario del Tribunal