

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil veintitrés (2023).

El Tribunal de Arbitraje integrado para dirimir las controversias suscitadas entre la **CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S.**, como Parte Convocante y Demandante, y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, como Parte Convocada y Demandada, de manera unánime profiere el presente Laudo arbitral en Derecho, después de verificar que se cumplieron en debida forma todas las etapas que la normatividad vigente (Ley 1563 de 2012 y demás normas complementarias) prevé y ordena para el desarrollo de los procesos arbitrales, con lo cual le pone fin al conflicto jurídico que las Partes sometieron a su conocimiento.

CAPÍTULO PRIMERO

I. ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO

1.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO

1.1.- La parte Convocante es la sociedad **CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. -COVIMAR-**, sociedad identificada con el NIT 900.809.931-0, debidamente constituida de conformidad con las leyes de la República de Colombia, representada legalmente por su Gerente, señora **ADRIANA FAWCETT VARGAS**, tal como obra en el Certificado de Existencia y Representación Legal que obra en el expediente.

1.2.- La parte Convocada es **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, según Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011, representada legalmente por su Presidente, señor **WILLIAM FERNANDO CAMARGO TRIANA**, o quien haga sus veces.

En consecuencia, desde ya deja claro el Tribunal que los presupuestos procesales conocidos como "capacidad para ser parte" y "capacidad para comparecer al proceso" están reunidos a cabalidad.

2.- EL PACTO ARBITRAL.

El pacto arbitral con base en el cual se convocó este Tribunal de Arbitraje de conformidad con la Cláusula 15.2. del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 001 de 2015., el cual reza que:

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

“15.2. ARBITRAJE NACIONAL

- (a) Toda controversia que surja entre las Partes con ocasión del presente Contrato, será resuelta por un Tribunal de Arbitramento Nacional de conformidad con la ley 1563 de 2012, en armonía con las normas de procedimiento aplicables a la controversia y el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, o en las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan y las reglas que a continuación se establecen.*
- (b) También serán del conocimiento del Tribunal de Arbitramento las decisiones definitivas adoptadas por el Amigable Compondor, de conformidad con lo establecido para los efectos de la transacción en la Ley Aplicable.*
- (c) Dentro de (sic) quince (15) Días Hábiles siguientes a la suscripción del Contrato de Concesión, el Concesionario deberá informar a la ANI el Centro de Conciliación que realizará las funciones delegadas por las Partes respecto de sorteos y recusaciones de los Árbitros designados y que servirá de sede del arbitramento. Si vencido este plazo, el Concesionario no ha notificado la designación, la ANI realizara dicha elección. El Centro escogido – por el Concesionario o por la ANI; según corresponda- deberá corresponder a uno de los siguientes: i) El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, o ii) el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición del Sector Infraestructura y Transporte.*
- (d) El tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros los cuales serán designados de común acuerdo por las Partes. Para ello las partes elaborarán listas de candidatos con idoneidad en el objeto y las características del Contrato. En caso de no llegarse a un acuerdo el Centro de Arbitraje escogido conforme a lo establecido en la Sección 15.2(c) anterior, designará los árbitros por sorteo de acuerdo con su reglamento.*
- (e) Los árbitros decidirán en derecho.*
- (f) Los honorarios de los árbitros se limitarán según el valor de las pretensiones, conforme se establece en la tabla incluida a continuación y en todo caso no superar un máximo de QUINIENTOS SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

VIGENTES (500SMLMV) por cada árbitro.

	<i>Rango Inferior</i>		<i>Rango Superior</i>	<i>Tarifa</i>
<i>De</i>	<i>6.160.001,00</i>	<i>A</i>	<i>108.416.000,00</i>	<i>13,00%</i>
<i>De</i>	<i>108.416.001,00</i>	<i>A</i>	<i>325.864.000,00</i>	<i>9,00%</i>
<i>De</i>	<i>325.864.001,00</i>	<i>A</i>	<i>543.312.000,00</i>	<i>8,00%</i>
<i>De</i>	<i>543.312.001,00</i>	<i>A</i>	<i>1.086.624.000,00</i>	<i>7,00%</i>
<i>Más de 1.086.624.001,00</i>				<i>500 SMLMV</i>

(g) El inicio del procedimiento arbitral no inhibirá el ejercicio de facultades excepcionales al derecho común de que disponga la ANI conforme al Contrato y la Ley Aplicable. Los actos administrativos, fruto del ejercicio de tales facultades no podrán ser sometidos a arbitramento por ser de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa.

(h) Los árbitros designados harán una declaración de independencia e imparcialidad respecto de las Partes al momento de aceptar la designación, situación que deberá mantenerse de su parte en todo momento del proceso. En todo caso, ningún miembro del panel podrá ser empleado, socio o contratista del Concesionario, de los miembros o socios del Concesionario, de la ANI, el Ministerio de Transporte o sus entidades descentralizadas o adscritas, del Interventor o de los apoderados de las Partes. Tampoco podrán ser accionistas del Interventor o del Concesionario o de cualquiera de las empresas que sean socias de éstas, ni podrán tener parentesco hasta del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil con los empleados del nivel directivo de la ANI, del Concesionario, del Interventor, de lo accionistas del Concesionario, del Interventor, o de los apoderados de las Partes. Igualmente, no podrá ser árbitro quien al momento de la designación sea coárbitro en los procesos que los apoderados de las Partes sean a su vez coárbitros o apoderados en aquellos procesos.

(i) El término del proceso arbitral así como las suspensiones del proceso se regirán por lo establecido en los artículos 10 y 11 de Ley 1563 de 2012 o las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan. En todo caso, las Partes de común acuerdo y previo a la audiencia de instalación, podrán conceder al Tribunal un término

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

mayor al señalado en la Ley, para lo cual bastará la suscripción de un memorial conjunto que así lo informe a los árbitros designados.

(j) Las Partes acuerdan que en el evento en que se convoque el Tribunal de Arbitramento, los efectos de la cláusula compromisoria serán extensivos a aquellas empresa, sociedades o personas naturales que hayan presentado conjuntamente la Oferta, en la medida en que dichos sujetos prestaron su consentimiento por referencia al momento de la presentación de la Oferta.

(k) El inicio del trámite arbitral no faculta a las Partes para suspender unilateralmente la ejecución de las obligaciones del Contrato”.

3.- SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES SURTIDAS EN LA ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO.

Las actuaciones adelantadas en el presente proceso arbitral fueron, en síntesis, las siguientes:

3.1. La Demanda Arbitral: El 12 de agosto de 2021, la **CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S.**, presentó a través de apoderado judicial, demanda arbitral para resolver las diferencias surgidas con la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.**

3.2 Árbitros: Fueron designados por sorteo público el día 14 de octubre de 2021, los doctores **ADELAIDA ANGEL ZEA, BLANCA LUCIA BURBANO ORTIZ** y **ERNESTO RENGIFO GARCIA.**

3.3. Instalación y admisión de la demanda: Previas las citaciones surtidas de conformidad con lo establecido en la ley, el Tribunal de Arbitraje se instaló el 15 de diciembre del 2021, en sesión realizada mediante el uso de medios virtuales (Acta No 1), designó como Presidente a la doctora **ADELAIDA ANGEL ZEA**, se admitió la demanda y designó como Secretario al doctor **CARLOS MAYORCA ESCOBAR**, quien fue informado de tal designación y oportunamente la aceptó en cumplimiento a lo previsto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012. Durante dicha audiencia se profirió el auto admisorio de la demanda (Auto No. 2), el cual se notificó por la Secretaria Ad-hoc según autorización realizada por el Tribunal, contra aquel, la parte Convocada en audiencia interpuso recurso de reposición, el cual se resolvió y denegó mediante Auto 3 (Acta No. 2).

3.4. Contestación de la demanda: El día 3 de febrero del 2022, la parte Convocada presentó en tiempo escrito de contestación de la demanda, otorgó poder, propuso excepciones de mérito, y solicitó y aportó pruebas.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

3.5. Traslado de las excepciones y de la objeción al juramento estimatorio: El día 14 de febrero del 2022, el apoderado de la parte Convocante presentó un escrito con el fin de descorrer el traslado de las excepciones de mérito contenidas en la contestación de la demanda.

3.6. Reforma de la demanda: El día 23 de febrero de 2022, la parte Convocante, presentó mediante correo electrónico un escrito de reforma de la demanda, y solicitó el otorgamiento de un plazo para la presentación de dos dictámenes periciales (uno de carácter predial y otro técnico financiero), la reforma de la demanda se admitió mediante Auto 6 (Acta 5) de 24 de febrero de 2022.

3.7. Contestación de la reforma de la demanda: El día 15 de marzo de 2022, el apoderado de la parte Convocada, presentó escrito de contestación de la reforma de la demanda, aportó pruebas, solicitó otras, presentó excepciones de mérito y objetó el juramento estimatorio contenido en la demanda reformada.

3.8. Traslado de las excepciones y de la objeción al juramento estimatorio: El día 28 de marzo de 2022, la parte Convocante presentó escrito mediante el cual describió traslado de las excepciones de mérito, de la objeción al juramento estimatorio y presentó y solicitó pruebas.

3.9. Audiencia de Conciliación y fijación de gastos y honorarios: El día 29 de marzo del 2022 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual se declaró fracasada, ante lo cual se procedió a surtir fijación de gastos y honorarios de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley 1563 del 2012, sumas que fueron pagadas oportunamente y en su totalidad por la parte Convocante. Posteriormente la parte Convocada, remitió al Tribunal el 3 de mayo de 2022, un memorial con la constancia del reembolso realizado por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a la parte Convocada el día 26 de abril de 2022, de los gastos y honorarios del Tribunal.

4.- PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES.

4.1.- Primera audiencia de trámite: El día 29 de abril de 2022, se surtió la primera audiencia de trámite, en la cual, después de estudiar el alcance del pacto arbitral respecto de la materia y la capacidad de los sujetos respecto de las diferencias sometidas a arbitraje, y por auto de la misma fecha el Tribunal se declaró competente para asumir y resolver en derecho el litigio sometido a su conocimiento.

4.2.- Una vez resuelto el recurso de reposición interpuesto contra el auto mediante el cual asumió competencia, el Tribunal resolvió sobre las solicitudes probatorias, mediante providencia a través de la cual decretó las pruebas que en su consideración cumplían con los requisitos para su decreto.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

4.3.- En el desarrollo del proceso fueron tenidos como pruebas la totalidad de los documentos aportados por las partes.

A solicitud de las partes se recibieron los testimonios de **EGNNA DORAYNE FRANCO MÉNDEZ** (Acta No. 14), **MIGUEL VARGAS, DIANA MARCELA PERDOMO, LOURDES MEDINA** (Acta No. 15).

Fueron desistidos los testimonios de los señores **HERNANDO VÁSQUEZ SEPULVEDA y LUIS FERNANDO MACIAS**.

El día 13 de septiembre de 2022, se surtió la declaración de la propia parte de la señora **ADRIANA FAWCETT VARGAS**, representante de la sociedad Convocante.

Se surtieron y practicaron las exhibiciones a cargo de las partes, del **CONSORCIO INTERCONCESIONES**, las cuales fueron surtidas y cerradas en debida forma, después de múltiples solicitudes y requerimientos de las partes.

Se tramitaron las pruebas por informe a cargo de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, de la **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA** y del **CONSORCIO INTERCONCESIONES**, de las mismas se corrió traslado a las partes y fueron complementadas y aclaradas por solicitud de las partes.

Fue aportado por la parte Convocante un dictamen pericial relativo a la gestión predial rendido por **PREDCOL S.A.S.**, respecto del cual la parte Convocada solicitó la citación para audiencia de contradicción y la presentación de un dictamen pericial de contradicción, respecto de este último presentó desistimiento. La contradicción se adelantó en audiencia de fecha 26 de enero de 2023 (Acta No. 26)

También se aportó por la Convocante un dictamen económico contable financiero rendido por **DELOITTE**; respecto de este la parte Convocada presentó un dictamen de contradicción rendido por la firma **CONSULTORES DE NEGOCIOS S.A.S.** La audiencia de contradicción de ambos dictámenes se llevó a cabo el día 27 de enero de 2023. (Acta No. 17).

Fueron decretadas de oficio pruebas de informe a cargo de la **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA** y de las partes, las cuales fueron recibidas y fueron puestas en conocimiento de las partes y el Ministerio Público.

4.4.- Una vez concluida la instrucción del proceso, el Tribunal señaló fecha y hora para la audiencia de alegaciones y presentación del concepto de la señora Representante del Ministerio Público, esta se celebró el 15 de marzo de 2023. El Tribunal invitó a las partes

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

para que buscaran un acuerdo tendiente a ponerle fin de manera concertada a este proceso.

5.- TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO.

En cumplimiento de lo previsto por el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, se indica que la primera audiencia de trámite en este proceso se adelantó el día 29 de abril del 2022.

El término de duración del proceso, de conformidad con lo previsto en el artículo 10 del Decreto Legislativo 491 de 2020, vigente para el momento se fijó en ocho (8) meses.

De igual manera, el Tribunal estuvo suspendido por solicitud de las partes entre los días 19 de mayo de 2022 y 16 de junio de 2022 (19 días hábiles); entre los días 29 de agosto de 2022 y 12 de septiembre de 2022 (11 días hábiles); entre los días 14 de septiembre de 2022 y 6 de octubre de 2022 (17 días hábiles); entre los días 19 de diciembre del 2022 y el día 13 de enero de 2023 (19 días hábiles) y entre los días 18 de febrero de 2023 hasta el día 12 de marzo de 2023 (15 días hábiles), para un total de 81 días hábiles suspendido.

Por lo anterior, una vez adicionados los días en los cuales el Tribunal estuvo suspendido, el plazo máximo corre hasta el día 28 de abril de 2023, razón por la cual el presente laudo se profiere en tiempo.

CAPÍTULO SEGUNDO
II. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Las pretensiones de la Parte Convocante fueron formuladas en su demanda reformada, en los siguientes términos:

" DECLARATIVAS.

PRIMERA: *Que se declare que en virtud de la decisión del Panel de Amigables Compondores del 1 de julio de 2021, se configuró la causal de Terminación Anticipada del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 001 DE 2015.*

SEGUNDA: *Que se declare que la omisión de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA en reconocer que la decisión del Panel de Amigables Compondores del 1 de julio de 2021 configuró la causal de Terminación Anticipada del CONTRATO DE*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 001 DE 2015, y de buena fe iniciar y ejecutar la Etapa de Reversión, constituye un incumplimiento contractual.

TERCERA: *Que se reconozca o declare la Terminación Anticipada del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 001 DE 2015.*

CUARTA: *Que se declare que las siguientes actividades y/o constataciones previstas en el CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 001 DE 2015 en la Etapa de Reversión, no son exigibles por sustracción de materia dado que el proyecto no llegó a la Fase de Construcción y/o no se construyeron ni se adquirieron los bienes a los que allí se hace referencia:*

4.1. *La del literal (c) de la Cláusula 9.7 de la Parte General del CONTRATO consistente en la entrega "de las obras que conforman el Proyecto", incluyendo "Estaciones de Peaje y de Pesaje, junto con la totalidad de los bienes muebles o inmuebles por destinación o adhesión, que se encuentren en las mismas", y "todos los bienes inmuebles con todas sus anexidades y los equipos, software y demás activos que hacen parte del Proyecto".*

4.2. *La del literal (d) (i) de la Cláusula 9.7 de la Parte General del CONTRATO consistente en la "Actualización del Inventario de Activos de la Concesión que incluirá todos los bienes inmuebles por adhesión y destinación y en general todos aquellos bienes que (1) hayan sido adquiridos por el Concesionario y se encuentren destinados a las actividades de Operación, lo cual en ningún caso incluirá maquinaria de construcción; (2) hayan sido entregados por la ANI; y (3) que hubieren sido de particulares que hayan sido requeridos por el Proyecto. En todo caso este listado incluirá –como mínimo– el listado de bienes revertibles (sic) que aparece en el Apéndice Técnico 2".*

4.3. *La del literal (d) (ii) de la Cláusula 9.7. de la Parte General del CONTRATO consistente en "Un recorrido del Corredor del Proyecto con el Interventor en la cual se dejará constancia de las condiciones técnicas del Proyecto incluyendo la medición de los Indicadores".*

4.4. *La del literal (d) (iii) de la Cláusula 9.7. de la Parte General del CONTRATO consistente en que "El Concesionario deberá actualizar la Memoria Técnica correspondiente a todas las Unidades Funcionales que hacen parte del Proyecto".*

4.5. *La del literal (d) (iv) de la Cláusula 9.7. de la Parte General del CONTRATO consistente en que "En el evento en que haya activos en leasing o arriendos de cualquier naturaleza, tales contratos deberán terminarse anticipadamente por el*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

Concesionario (y asumir el costo de tal terminación) de manera que se pueda transferir la propiedad de dichos activos a la ANI”.

4.6. *La del literal (d) (v) de la Cláusula 9.7. de la Parte General del CONTRATO consistente en que "En caso de ser necesario, deberán suscribirse las escrituras públicas requeridas para la transferencia de bienes inmuebles y los contratos de transferencia de aquellos muebles sujetos a registro”.*

4.7. *La del literal (d) (vi) de la Cláusula 9.7. de la Parte General del CONTRATO consistente en que "El Concesionario deberá adelantar todos los trámites tendientes al perfeccionamiento de las transferencias de los bienes muebles e inmuebles”.*

4.8. *La del literal (d) (vii) de la Cláusula 9.7. de la Parte General del CONTRATO consistente en que "El Concesionario deberá realizar la entrega de los activos relacionados con la Propiedad, Planta y Equipo de acuerdo con el procedimiento contable para el reconocimiento y revelación de hechos relacionados con las propiedades, planta y equipo, contemplado en el Régimen de Contabilidad Pública y en la doctrina contable pública”.*

4.9. *La del literal (d) (viii) de la Cláusula 9.7. de la Parte General del CONTRATO consistente en que "El Concesionario deberá realizar la entrega de los activos intangibles de acuerdo con el procedimiento contable para el reconocimiento y revelación de los activos intangibles, contemplado en el Régimen de Contabilidad Pública y en la doctrina contable pública”.*

4.10. *La del literal (d) (ix) de la Cláusula 9.7. de la Parte General del CONTRATO consistente en que "El Concesionario deberá hacer la entrega de los bienes, construcciones e inmuebles que fueron entregados al Concesionario en el momento de la suscripción del Contrato de acuerdo con lo establecido en la Resolución 237 de 2010 de la Contaduría General de la Nación y demás normas que la modifiquen, complementen o sustituyan”.*

4.11. *La del literal (d) (x) de la Cláusula 9.7. de la Parte General del CONTRATO consistente en que "El Concesionario deberá entregar un avalúo de los activos fijos debidamente actualizado”.*

QUINTA: *Que se tenga por agotada la Etapa de Reversión según como se pruebe en el proceso.*

SEXTA: *Que se declare que de acuerdo con la cláusula 18.3(e) de la Parte General del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 001 DE 2015, la fórmula aplicable para la liquidación debe ser la siguiente:*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

"(e) *Terminación Anticipada con anterioridad al inicio de la Fase de Construcción.*

Si se produce la Terminación Anticipada del Contrato con anterioridad al inicio de la Fase de Construcción, se procederá a establecer el valor de la liquidación del Contrato de Concesión, mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

$$VL(pc) = \Delta - (DyMm+l + CPm+l) + OANIm+l$$

Siendo

$$\Delta = \sum_{h=1}^{m+l} \left[(AR_h) * \left(\frac{IPC_{m+l}}{IPC_h} \right) * (1 + TE)^{m+l-h} \right]$$

Si Δ es menor a cero (0), entonces $\Delta =$ cero (0)

Donde,

<i>VL(pc)</i>	<i>Es el valor de la liquidación del Contrato de Concesión cuando la Terminación Anticipada se produce con anterioridad al inicio de la Fase de Construcción. Este valor está expresado en Pesos del Mes m+l que corresponde al Mes en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato.</i>
---------------	---

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

<i>AR_h</i>	<p><i>Costos durante el Mes h (siempre que se trate de costos realizados hasta la terminación de la Etapa de Reversión), asociados con las actividades que haya realizado el Concesionario con anterioridad al inicio de la Fase de Construcción y que hayan sido reconocidos por la ANI, pesos corrientes.</i></p> <p><i>Las actividades reconocidas incluyen exclusivamente aquellas relacionadas con las obligaciones del Concesionario con anterioridad al inicio de la Fase de Construcción.</i></p> <p><i>Para los Meses h posteriores a la Fecha de Inicio se reconocerán exclusivamente los costos asociados con las siguientes actividades:</i></p> <ul style="list-style-type: none"><i>• Valor efectivamente desembolsado por concepto de primas de seguros y comisiones para la obtención y el mantenimiento de i) la Garantía Única de Cumplimiento, ii) la póliza de responsabilidad extracontractual a que se refiere la Sección 12.7 de esta Parte General, y iii) el seguro de daños contra todo riesgo a que se refiere la Sección 12.8 de esta Parte General, en el Mes h.</i><i>• Valor de los aportes que haya realizado el Concesionario a las Subcuentas de la Cuenta ANI, así como la Subcuenta Predios, Subcuenta Compensaciones Ambientales y Subcuenta Redes, en el Mes h.</i><i>• Valor de la Comisión de Éxito efectivamente desembolsada al Estructurador en el Mes h.</i><i>• Valor de los estudios al que se refiere la Sección 2.3(b)(viii), de haberse efectivamente pago dicho valor, en el Mes h.</i><i>• Valor de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico y los Estudios de Detalle, en el Mes h.</i><i>• Costos de la Gestión Social y Ambiental (exceptuando los hechos contra la Subcuenta Compensaciones Ambientales), en el Mes h.</i><i>• Costos de la Gestión Predial (exceptuando los hechos contra la Subcuenta Predios), en el Mes h.</i><i>• Costos de Operación y Mantenimiento, gastos de</i>
-----------------------	--

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

	<p><i>administración e impuestos, en el Mes h.</i></p>
--	--

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Comisiones y otros pagos a los Prestamistas, distintos del servicio de la deuda (intereses y principal), en el Mes h.</i> <p><i>Para los Meses h posteriores a la Fecha de Inicio se reconocerán exclusivamente los siguientes costos:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Valor efectivamente desembolsado por concepto de primas de seguros y comisiones para la obtención de i) la Garantía Única de Cumplimiento, ii) la póliza de responsabilidad extracontractual a que se refiere la Sección 12.7 de esta Parte General, y iii) el seguro de daños contra todo riesgo a que se refiere la Sección 12.8 de esta Parte General; de lo contrario, no se reconocerán estos costos.</i> • <i>Valor de los aportes que haya realizado el Concesionario a las Subcuentas de la Cuenta ANI, así como la Subcuenta Predios, Subcuenta Compensaciones Ambientales y Subcuenta Redes, en el Mes h.</i> • <i>Valor de la Comisión de Éxito efectivamente desembolsada al Estructurador en el Mes h.</i> <p><i>El valor reconocido por estas actividades se definirá con base en los valores brutos (sin incluir depreciaciones, amortizaciones o valorizaciones) que corresponderán exclusivamente a los costos directos asociados con estas actividades y será establecido por las Partes de mutuo acuerdo o, en su defecto, por el Amigable Componedor, pero en todo caso su valor no podrá ser superior al consignado en los registros contables del Patrimonio Autónomo para estos rubros, registrados en los estados financieros y certificados por el Interventor.</i></p>
<i>IPC_h</i>	<i>IPC correspondiente al Mes h</i>
<i>IPC_{m+l}</i>	<i>IPC correspondiente al Mes inmediatamente anterior al Mes m+l</i>
<i>TE</i>	<i>Tasa de descuento real expresada en términos efectivo mensual y que para efectos de esta fórmula sera la que se incluye en la Parte Especial</i>

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

<i>DyM_{m+l}</i>	<i>Es el valor de las Deducciones, así como de las Multas, otros Descuentos y obligaciones dinerarias pendientes de pago a cargo del Concesionario, causados hasta el momento de terminación del Contrato de Concesión, expresado en Pesos del Mes m+l</i>
<i>CP m+l</i>	<i>Cláusula Penal, si es del caso su aplicación conforme a la Sección 10.5 de esta Parte General, siempre que no haya sido pagada por el Concesionario, expresada en pesos del Mes m+l</i>
<i>h</i>	<i>Cada uno de los Meses desde la suscripción del Contrato hasta el Mes m</i>
<i>m</i>	<i>Mes en que ocurre la Terminación Anticipada del Contrato</i>
<i>l</i>	<i>Número de Meses transcurridos desde el Mes de terminación del Contrato hasta el Mes en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato</i>
<i>OANI m+l</i>	<i>Obligaciones dinerarias pendiente de pago a cargo de la ANI, causadas hasta el momento de terminación del Contrato de Concesión, expresadas en Pesos del Mes m+l</i>

SÉPTIMA: *Que se declare que de acuerdo con la "Tabla de Referencias" de la Parte Especial del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 001 DE 2015, "Cuando la Terminación Anticipada del Contrato obedezca a las causales incluidas en la Sección 17.2 (b) de la Parte General, el valor de TE será uno coma cero siete noventa y cuatro por ciento (1,0794%)"*

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA SEXTA Y SÉPTIMA: *Que se declare que el CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 001 DE 2015 debe liquidarse de acuerdo con las disposiciones que el Tribunal considere aplicables.*

OCTAVA: *Que se liquide judicialmente el CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 001 DE 2015.*

NOVENA: *Que se declare que para garantizar que la fórmula de liquidación incluya todos los componentes hasta el momento de la liquidación efectiva, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, sin desmejorar la liquidación que haga el Tribunal con corte al Laudo Arbitral, al momento del pago deberá correr la Fórmula de Liquidación hasta la fecha en que efectivamente pague al CONCESIONARIO los saldos de la liquidación.*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

DE CONDENA.

DÉCIMA: *Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a pagar al CONCESIONARIO las sumas que resulten a su favor en la liquidación del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 001 DE 2015.*

DÉCIMA PRIMERA: *Que sobre las sumas de la liquidación se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA al pago de actualización e intereses remuneratorios y moratorios según corresponda hasta el momento del pago.*

DÉCIMA SEGUNDA: *Que se condene en costas a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA."*

2.- LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

Los hechos de la demanda reformada que sirven de fundamento a las pretensiones son los siguientes:

**"LA CONFIGURACIÓN DE LA CAUSAL DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL
CONTRATO.**

1. *El 22 de enero de 2015 la ANI y COVIMAR suscribieron el CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 001 DE 2015, cuyo objeto consiste en: "el otorgamiento de una concesión para que, de conformidad con lo previsto en este Contrato, el Concesionario, por su cuenta y riesgo, lleve a cabo el Proyecto. El alcance del Proyecto se describe en la Parte Especial y en el Apéndice Técnico 1" (en adelante el CONTRATO). Los documentos contractuales pueden consultarse en <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia= 13-19-1442332>*

2. *El 1 de julio de 2021, el Panel de Amigables Compondores del CONTRATO profirió decisión en el siguiente sentido:*

"PRIMERO: Declarar que la Gestión Ambiental, Social y Predial del Proyecto Vial conocido como Mulaló-Loboguerrero corresponde en su totalidad a la Sociedad Concesión Nueva Vía al Mar S.A.S.- COVIMAR S.A.S., en cumplimiento de las obligaciones consagradas en el Contrato de Concesión bajo el esquema de APP 001 de 2015, en los términos establecidos en el mismo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta Decisión. En este sentido prospera la petición primera de la ANI.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

SEGUNDO: Reconocer la ocurrencia de un evento de Fuerza Mayor Ambiental, como consecuencia de la configuración del supuesto de hecho de que trata la Sección 8.1. (e) (i) de la Parte General del CONTRATO. En este sentido prospera la petición primera de COVIMAR.

TERCERO: Reconocer que la Fuerza Mayor Ambiental ha tenido una duración que supera noventa (90) Días. En este sentido prospera la petición segunda de COVIMAR.

CUARTO: Reconocer que en el "Acuerdo suscrito entre la Agencia Nacional de Infraestructura y los Concesionarios del modo de transporte carretero" del 5 de octubre de 2020, las PARTES han reconocido adicionalmente, con ocasión del COVID-19, respecto de las obligaciones que en dicho acuerdo se señalan taxativamente, un Evento Eximente de Responsabilidad por un término de noventa y ocho (98) Días Calendario. En este sentido prospera la petición cuarta de COVIMAR.

*QUINTO: Reconocer que las circunstancias que originaron la Fuerza Mayor Ambiental y sus consecuencias (fundamentalmente la no obtención de la Licencia Ambiental), paralizaron sustancialmente la ejecución del CONTRATO, y que las obligaciones afectadas son de tal importancia que **condujeron a la suspensión del plazo contractual.** En este sentido prospera la petición quinta de COVIMAR.*

SEXTO: Negar, por las razones expuestas en la parte motiva, la petición tercera de COVIMAR, y las peticiones, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima y octava de la ANI". (Destacado fuera de texto)

- 3.** *En los anteriores términos, se configuró la causal de terminación anticipada del CONTRATO, en la medida que (i) se declaró la ocurrencia de una fuerza mayor con duración superior a noventa (90) días, y (ii) tales circunstancias, implicaron la suspensión del plazo contractual, de conformidad con lo previsto en el ordinal (i) literal (b) de la Sección 17.2. de la Parte General del CONTRATO. La referida disposición contractual establece lo siguiente:*

"17.2. Causales de Terminación Anticipada del Contrato

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

El presente Contrato terminará de manera anticipada en los siguientes casos:

(...)

(b) Por las siguientes causas no imputables a ninguna de las Partes, en cualquiera de las Etapas del Contrato:

*(i) Por solicitud de cualquiera de las Partes dada la ocurrencia de un Evento Eximente de Responsabilidad **cuya duración supere noventa (90) Días** y se haya paralizado la ejecución del Contrato en su totalidad. **Esta estipulación también será aplicable cuando** las Partes **(o el Amigable Componedor,** en caso de desacuerdo) **concluyan que las obligaciones afectadas por un Evento Eximente de Responsabilidad son de tal importancia que hayan conducido a la suspensión total del plazo contractual,** en los términos previstos en la Sección 14.2. (g) (ii) de esta Parte General” (Resaltado y subrayado fuera del texto original).*

4. *El Panel de Amigables Componedores estableció que "De esta manera, de acuerdo con lo indicado por los peritos, si se toman la fecha en que atendiendo el primer requerimiento de la ANLA se presentó la información adicional solicitada y lo que dispone el Decreto 1076 de 2015 que es la norma vigente, esto es la ley aplicable, la fecha en que se cumple el término para que haya fuerza mayor ambiental es el 18 de octubre de 2019. Por consiguiente, concluye el Amigable Componedor, que si la fecha máxima era el 18 de octubre de 2019 y a la fecha no se ha expedido la licencia ambiental, han transcurrido más de 90 días, por lo que la segunda petición prospera y se reconoce que la Fuerza Mayor Ambiental o el Evento Eximente de Responsabilidad ha tenido una duración que supera noventa (90) Días”.*

5. *En consecuencia, como se desprende de lo dispuesto en el citado ordinal (i) literal (b) de la Sección 17.2. de la Parte General del CONTRATO y del contenido y alcance de los reconocimientos realizados por el Panel de Amigables Componedores, transcurridos noventa (90) días contados a partir del 18 de octubre de 2019, se configuró la causal de Terminación Anticipada del CONTRATO antes mencionada.*

**REQUERIMIENTOS A LA ANI PARA PROCEDER A LA REVERSIÓN Y
LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO.**

6. *Teniendo en cuenta lo anterior, el CONCESIONARIO envió múltiples comunicaciones a la ANI dando cuenta a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA sobre la configuración de la causal de Terminación Anticipada del*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

CONTRATO, y, entre otras cosas, en ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, solicitó a la ANI "(...) iniciar a partir de la fecha, [la] Etapa de Reversión referida en la Sección 9.7. de la mencionada Parte General" del CONTRATO. Entre ellas, se encuentran las siguientes comunicaciones:

1. *Comunicación SAL-CVM-202107020000965 del 7 de julio de 2021.*
2. *Comunicación SAL-CVM-202107140001025 del 14 de julio de 2021. 3. Comunicación SAL-CVM-202107210001046 del 21 de julio de 2021. 4. Comunicación SAL-CVM-202107280001070 del 28 de julio de 2021.*
5. *Comunicación SAL-CVM-202107290001075 del 29 de julio de 2021.*
6. *Comunicación SAL-CVM-202108030001083 del 3 de agosto de 2021 7. Comunicación SAL-CVM-202108050001107 del 5 de agosto de 2021.*
8. *Comunicación SAL-CVM-202109090001231 del 9 de septiembre de 2021*
9. *Comunicación SAL-CVM-202109090001227 del 9 de septiembre de 2021*
- 10.
11. *Comunicación SAL-CVM-202109160001254 de 16 de septiembre de 2021.*
12. *Comunicación SAL-CVM-202109290001307 del 29 de septiembre de 2021.*
13. *Comunicación SAL-CVM-202110140001417 del 14 de octubre de 2021.*
14. *Comunicación SAL-CVM-202110250001455 del 25 de octubre de 2021.*

7. *A pesar de lo anterior, la ANI omitió dar inicio y trámite a la Etapa de Reversión del CONTRATO.*

8. *Como se lee en la comunicación 4GIML210-3189—21 de 22 de septiembre de 2021, la propia INTERVENTORÍA ha reconocido que no le asiste razón a la ANI en su negativa a reconocer la Terminación Anticipada del CONTRATO, señalando a este propósito que:*

"(...) la Interventoría en un acto de responsabilidad advierte a la ANI que a su juicio, existe una alta probabilidad de que el Concesionario obtenga una decisión favorable a sus pretensiones, teniendo en consideración el resuelve número quinto del Amigable Compondedor, que tiene un campo de interpretación muy restrictivo y que mengua los argumentos de defensa que se han propuesto con este documento, es decir, pese al esfuerzo que se ha realizado para producir un concepto de defensa, en línea con lo que ha sido manifestado de manera pública por la ANI, se considera que no existe la contundencia suficiente para oponerse a las

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

***pretensiones del proceso arbitral** que en todo caso ya no es posible frenar, a menos que opere un mecanismo de Terminación Anticipada.*

Es por lo anterior que, según una política de prevención del daño antijurídico, la Interventoría recomienda que dentro de las instancias pertinentes de la ANI, se valore a través de un juicio de costo – beneficio a cargo de los peritos externos, las posibilidades de éxito de la demanda, en contraposición con la facultad de adoptar medidas para mitigar los daños y disminuir los costos que una eventual condena le puede ocasionar al Estado". (Destacado fuera de texto)

SOBRE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO.

9. *El día 7 de febrero de 2022 las PARTES suscribieron "Acta de Suspensión del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 001 DE 2015". Las consideraciones esenciales que explican tal Acta son las siguientes:*

"19. No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que existe es una controversia de fondo sobre la continuidad o terminación del Contrato de Concesión que debe ser dirimida por el Tribunal de Arbitramento, las Partes consideran procedente suspender la ejecución del CONTRATO en los términos que aquí se pactan, en tanto el Tribunal de Arbitramento profiere el Laudo respectivo.

20. De otra parte, la Contraloría General de la República ha realizado seguimiento al estado del CONTRATO con ocasión de la decisión del Panel de Amigable Composición de 1 de julio de 2021, así como a las consecuencias económicas de lo allí decidido y de lo que pueda decidirse en el Tribunal Arbitral.

21. En este sentido y teniendo en consideración que la controversia sometida a decisión del Tribunal de Arbitramento se centra en determinar si operó la causal de terminación anticipada del Contrato de Concesión que invoca el

Concesionario, y que en caso de que el Tribunal así lo considere, deberá efectuarse la liquidación del Contrato LAS PARTES consideran prudente esperar la decisión del Tribunal y por tanto, encuentran viable suspender la ejecución de todas las obligaciones contractuales, salvo aquellas provenientes de obligaciones impuestas por las Autoridades Ambientales, cuya suspensión no puede ser acordada por las Partes, así como las correspondientes a la gestión predial en

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

curso, la gestión del cobro de recursos a la Subcuenta Redes y los fondeos a la Subcuenta Amigable Componedor tal y como se pasa a explicar en los siguientes considerandos”.

10. *Los acuerdos de la referida "Acta de Suspensión del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 001 DE 2015" son los siguientes:*

"PRIMERO. - SUSPENDER la ejecución del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 001 DE 2015 hasta que se profiera el laudo por el Tribunal Arbitral 132646, excepto las siguientes obligaciones contractuales, las cuales deberán ser ejecutadas por el CONCESIONARIO en tanto se surte el trámite arbitral:

1. AMBIENTALES:

1.1. Licencia Ambiental:

1.1.1. Plan de Compensación por pérdida de biodiversidad, 1.1.2. Plan de Inversión Forzosa de no menos del 1%,

1.1.3. Presentar la actualización de los niveles piezométricos y de los caudales que conforman la red de monitoreo.

1.1.4. Continuar con el seguimiento a la red de monitoreo hidrogeológica del proyecto vial.

1.2. Distrito de Conservación de Suelos:

1.2.1. Presentar el Plan de Cumplimiento.

1.2.2. Implementar el Plan de Restauración por la sustracción temporal del DCS-CRG.

1.2.3. Formular y presentar Plan de Rehabilitación por Sustracción Temporal.

1.2.4. Adquirir un área de 100 ha como compensación por Sustracción Definitiva.

1.3. Sustracción de la Reserva Forestal del Pacífico, Ley 2º de 1959 (Resolución 2451 de 2018):

1.3.1. Continuar adquisición de predio de Compensación por Sustracción Definitiva (67,08 ha)

1.3.2. Implementar el Plan de Restauración por Sustracción Definitiva

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

1.3.3. Presentar un Plan de Rehabilitación y Recuperación del área objeto de Sustracción Temporal.

1.4. Sustracción de la Reserva Forestal del Pacífico, Ley 2° de 1959 (Resolución 1835 de 2017):

1.4.1. Continuar adquisición de un predio de Compensación por Sustracción Definitiva (59,32 ha).

1.4.2. Implementar el Plan de Restauración por Sustracción Definitiva.

1.5. Sustracción de la Reserva Forestal del Pacífico, Ley 2° de 1959 (Resolución 569 de 2021 del MADS):

1.5.1. Adelantar el trámite de devolución del área sustraída.

1.6. Levantamiento de Veda Forestal Regional (Resolución 0100 No. 760-094 de 2017):

1.6.1. Presentar a la CVC la información de los predios en los cuales realizará la siembra.

1.6.2. Presentar cronograma de ejecución y mantenimiento de las actividades

2. PREDIALES:

COVIMAR como delegataria de la ANI en la gestión predial, continuará adelantando los procesos de expropiación y culminará los trámites de enajenación voluntaria en curso, así como los trámites de mutación ante la Gobernación del Valle del Cauca. Así mismo continuará adelantando las actividades de cercado y vigilancia de los predios adquiridos.

3. REDES:

COVIMAR continuará adelantando la gestión para que la Interventoría del proyecto reconozca el pago de los diseños de redes ya elaborados y culminados, con cargo a la Subcuenta Redes.

PARAGRAFO PRIMERO: La relación de las obligaciones contractuales mencionadas, son enunciativas, lo cual significa que, si fuere necesario adelantar obligaciones adicionales que no aparezcan mencionadas en el presente Acuerdo, por cuenta de órdenes que

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

impartan las Autoridades Ambientales, la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, u otro ente del Estado o autoridad judicial, las mismas deberán ser adelantadas por el CONCESIONARIO y reconocidas por la ANI, según lo dispuesto en la fórmula de liquidación aplicable, establecida en el Contrato de Concesión.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Las Partes reconocen expresamente que la suspensión que aquí se acuerda no modifica de manera alguna los rubros ni la metodología de cálculo de la fórmula de liquidación contenida en el CONTRATO y que sería aplicable en la eventual Terminación Anticipada del CONTRATO, si así lo define el Tribunal. Por tanto, las actividades ejecutadas durante el periodo de suspensión pactado a través de la presente Acta, serán tenidas en cuenta en la fórmula de liquidación en caso de que el Tribunal de Arbitramento decida que hay lugar a la Terminación Anticipada del Contrato de Concesión.

SEGUNDO. – El Concesionario presentará, ante las respectivas autoridades ambientales, una solicitud de suspensión de la exigibilidad de las actividades derivadas de la Licencia Ambiental, las Sustracciones de Reservas Forestales, y el Levantamiento de Veda Regional, hasta que se profiera Laudo en el proceso. Lo anterior será objeto de coadyuvancia por parte de la ANI, sin que esto implique modificación alguna en la asignación de los riesgos, ni asunción de las obligaciones establecidas para el Concesionario en el Contrato de Concesión”.

SOBRE LA REVERSIÓN.

11. *La Cláusula 1.62 del CONTRATO Parte General, define la "Etapa de Reversión" en los siguientes términos:*

"Se refiere a la tercera etapa del Contrato de Concesión dentro de la cual se adelantarán todas las actividades necesarias para la Reversión de los bienes de la Concesión, en las condiciones previstas en este Contrato. Esta etapa iniciará en i) La Fecha de Terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento o ii) cuando se declare la Terminación Anticipada del Contrato en cualquiera de sus Etapas y culminará cuando i) se suscriba el Acta de Reversión o ii) se venza el Plazo Máximo de la Etapa de Reversión, lo que ocurra primero. Durante la Etapa de Reversión el Concesionario deberá continuar con las actividades de Operación y Mantenimiento del Proyecto”.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

12. *En el mismo sentido, la cláusula 9.7. del CONTRATO Parte General señala:*

"9.7. Etapa de Reversión.

(a) Al día siguiente de la Fecha de Terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento, o de la declaratoria de Terminación Anticipada del Contrato, el Concesionario y el Interventor deberán iniciar la verificación final del Proyecto con el fin de proceder a la Reversión (...)"

13. *La cláusula 9.7 del CONTRATO Parte General, señala adicionalmente lo siguiente en relación con la Etapa de Reversión:*

"9.7. Etapa de Reversión

(...)

(b) Sin perjuicio de la obligación que le asiste al Concesionario en cuanto a la ejecución de las Intervenciones, las obligaciones de Operación y las Obras de Mantenimiento a que se refiere el Contrato, se entenderá que la ANI se hará propietario de las obras que conforman el Proyecto al momento de su ejecución, incluyendo además, pero sin limitarse, las Estaciones de Peaje y de Pesaje, junto con la totalidad de los bienes muebles o inmuebles por destinación o adhesión, que se encuentren en las mismas, no obstante lo cual, el Concesionario conservará la mera tenencia para efectos del cumplimiento del Contrato y será por ende responsable de la guarda material y jurídica de tales bienes aquí mencionados que conforman el Proyecto.

(c) Estos bienes de propiedad de la ANI, y, en general, todos los bienes inmuebles con todas sus anexidades y los equipos, software y demás activos que hacen parte del Proyecto, serán entregados a la ANI, según corresponda, en las condiciones señaladas en el Apéndice Técnico 2 al momento de la terminación de la Etapa de Reversión.

(d) El procedimiento para la Reversión incluirá:

(i) Actualización del Inventario de Activos de la Concesión que incluirá todos los bienes inmuebles por adhesión y destinación y en general todos aquellos bienes que (1) hayan sido adquiridos por el

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

Concesionario y se encuentren destinados a las actividades de Operación, lo cual en ningún caso incluirá maquinaria de construcción; (2) hayan sido entregados por la ANI; y (3) que hubieren sido de particulares que hayan sido requeridos por el Proyecto. En todo caso este listado incluirá – como mínimo– el listado de bienes revertibles (sic) que aparece en el Apéndice Técnico 2. Así mismo, se verificará que los Predios adquiridos se encuentran libres de toda ocupación ilegal.

(ii) Un recorrido del Corredor del Proyecto con el Interventor en la cual se dejará constancia de las condiciones técnicas del Proyecto incluyendo la medición de los Indicadores, el estado de los Predios que conforman el Corredor del Proyecto y de las Fajas.

(iii) El Concesionario deberá actualizar la Memoria Técnica correspondiente a todas las Unidades Funcionales que hacen parte del Proyecto.

(iv) En el evento en que haya activos en leasing o arriendos de cualquier naturaleza, tales contratos deberán terminarse anticipadamente por el Concesionario (y asumir el costo de tal terminación) de manera que se pueda transferir la propiedad de dichos activos a la ANI.

(v) En caso de ser necesario, deberán suscribirse las escrituras públicas requeridas para la transferencia de bienes inmuebles y los contratos de transferencia de aquellos muebles sujetos a registro.

(vi) El Concesionario deberá adelantar todos los trámites tendientes al perfeccionamiento de las transferencias de los bienes muebles e inmuebles.

(vii) El Concesionario deberá realizar la entrega de los activos relacionados con la Propiedad, Planta y Equipo de acuerdo con el procedimiento contable para el reconocimiento y revelación de hechos relacionados con las propiedades, planta y equipo, contemplado en el Régimen de Contabilidad Pública y en la doctrina contable pública.

(viii) El Concesionario deberá realizar la entrega de los activos intangibles de acuerdo con el procedimiento contable para el reconocimiento y revelación de los activos intangibles, contemplado

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

en el Régimen de Contabilidad Pública y en la doctrina contable pública.

(ix) El Concesionario deberá hacer la entrega de los bienes, construcciones e inmuebles que fueron entregados al Concesionario en el momento de la suscripción del Contrato de acuerdo con lo establecido en la Resolución 237 de 2010 de la Contaduría General de la Nación y demás normas que la modifiquen, complementen o sustituyan.

(x) El Concesionario deberá entregar un avalúo de los activos fijos debidamente actualizado.

(xi) El Concesionario deberá entregar diligenciados y conciliados con la Interventoría, los formatos fm 57 (aportes estatales), fm 112A (inversión del privado) y fm 112B (Recaudo de Peajes).

(e) El procedimiento para la Reversión se realizará dentro del Plazo Máximo de la Etapa de Reversión. Concluido el mismo se suscribirá el Acta de Reversión, en la cual se dejará constancia de las condiciones técnicas del Proyecto incluyendo la medición de los Indicadores, del Inventario de Activos de la Concesión actualizado y de todos los demás aspectos del procedimiento de Reversión a los que se refiere la Sección 9.7(d) anterior.

(f) Durante la Etapa de Reversión, el Concesionario deberá continuar con las labores de Operación y Mantenimiento y tendrá derecho a recibir el porcentaje del Recaudo de Peaje (%RP1 o %RP2, según corresponda) a que se refiere la Sección 3.4(g) de esta Parte General.

(g) Los Indicadores deberán cumplir con los previstos en el Apéndice Técnico 4 para el recibo del Proyecto.

(h) El no cumplimiento de los Indicadores previstos para la Reversión o el no cumplimiento de cualquiera otra obligación del Concesionario prevista en este Contrato, para hacer efectiva la Reversión, no retrasará el Plazo Máximo de la Etapa de Reversión, ni impedirá la suscripción del Acta de Reversión. De esos incumplimientos se dejará constancia en dicha Acta. Las sanciones y demás consecuencias que de acuerdo con este contrato y la Ley Aplicable tengan los incumplimientos serán objeto del Acta de Liquidación”.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

14. *Como consecuencia de la ocurrencia de la Fuerza Mayor Ambiental, las posibilidades de ejecución del proyecto se restringieron estrictamente al adelantamiento limitado de la gestión y adquisición predial, lo que significó una paralización sustancial de la ejecución del CONTRATO, tal como lo declaró el panel de amigables componedores. Dicha situación, esto es, la Fuerza Mayor Ambiental, impidió que el proyecto avanzara hacia la Fase de Construcción, razón por la cual no se ejecutaron las Inversiones previstas para esa fase contractual.*

15. *Por razón de lo anterior, no existen estaciones de peaje y de pesaje, bienes inmuebles, anexidades a tales bienes, equipos, software, cualquier clase de activo que haga parte del Proyecto, tangible o intangible, en leasing o en arriendo. No existen bienes inmuebles por adhesión o destinación, ni bienes adquiridos por el Concesionario destinados a actividades de Operación, ni recibidos de la ANI, no existen construcciones, ni memorias técnicas de Unidades Funcionales.*

16. *En tal sentido, por sustracción de materia, no son procedentes las siguientes actividades o constataciones, previstas en el marco de la Reversión:*

- *La del literal (c) de la Cláusula 9.7 de la Parte General del CONTRATO consistente en la entrega "de las obras que conforman el Proyecto", incluyendo "Estaciones de Peaje y de Pesaje, junto con la totalidad de los bienes muebles o inmuebles por destinación o adhesión, que se encuentren en las mismas", y "todos los bienes inmuebles con todas sus anexidades y los equipos, software y demás activos que hacen parte del Proyecto".*
- *La del literal (d) (i) de la Cláusula 9.7 de la Parte General del CONTRATO consistente en la "Actualización del Inventario de Activos de la Concesión que incluirá todos los bienes inmuebles por adhesión y destinación y en general todos aquellos bienes que (1) hayan sido adquiridos por el Concesionario y se encuentren destinados a las actividades de Operación, lo cual en ningún caso incluirá maquinaria de construcción; (2) hayan sido entregados por la ANI; y (3) que hubieren sido de particulares que hayan sido requeridos por el Proyecto. En todo caso este listado incluirá –como mínimo– el listado de bienes revertibles (sic) que aparece en el Apéndice Técnico 2".*
- *La del literal (d) (ii) de la Cláusula 9.7. de la Parte General del CONTRATO consistente en "Un recorrido del Corredor del Proyecto con*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

el Interventor en la cual se dejará constancia de las condiciones técnicas del Proyecto incluyendo la medición de los Indicadores”.

- *La del literal (d) (iii) de la Cláusula 9.7. de la Parte General del CONTRATO consistente en que "El Concesionario deberá actualizar la Memoria Técnica correspondiente a todas las Unidades Funcionales que hacen parte del Proyecto”.*
- *La del literal (d) (iv) de la Cláusula 9.7. de la Parte General del CONTRATO consistente en que "En el evento en que haya activos en leasing o arriendos de cualquier naturaleza, tales contratos deberán terminarse anticipadamente por el Concesionario (y asumir el costo de tal terminación) de manera que se pueda transferir la propiedad de dichos activos a la ANI”.*
- *La del literal (d) (v) de la Cláusula 9.7. de la Parte General del CONTRATO consistente en que "En caso de ser necesario, deberán suscribirse las escrituras públicas requeridas para la transferencia de bienes inmuebles y los contratos de transferencia de aquellos muebles sujetos a registro”.*
- *La del literal (d) (vi) de la Cláusula 9.7. de la Parte General del CONTRATO consistente en que "El Concesionario deberá adelantar todos los trámites tendientes al perfeccionamiento de las transferencias de los bienes muebles e inmuebles”.*
- *La del literal (d) (vii) de la Cláusula 9.7. de la Parte General del CONTRATO consistente en que "El Concesionario deberá realizar la entrega de los activos relacionados con la Propiedad, Planta y Equipo de acuerdo con el procedimiento contable para el reconocimiento y revelación de hechos relacionados con las propiedades, planta y equipo, contemplado en el Régimen de Contabilidad Pública y en la doctrina contable pública”.*
- *La del literal (d) (viii) de la Cláusula 9.7. de la Parte General del CONTRATO consistente en que "El Concesionario deberá realizar la entrega de los activos intangibles de acuerdo con el procedimiento contable para el reconocimiento y revelación de los activos intangibles, contemplado en el Régimen de Contabilidad Pública y en la doctrina contable pública”.*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

- *La del literal (d) (ix) de la Cláusula 9.7. de la Parte General del CONTRATO consistente en que "El Concesionario deberá hacer la entrega de los bienes, construcciones e inmuebles que fueron entregados al Concesionario en el momento de la suscripción del Contrato de acuerdo con lo establecido en la Resolución 237 de 2010 de la Contaduría General de la Nación y demás normas que la modifiquen, complementen o sustituyan".*
- *La del literal (d) (x) de la Cláusula 9.7. de la Parte General del CONTRATO consistente en que "El Concesionario deberá entregar un avalúo de los activos fijos debidamente actualizado".*

SOBRE LA LIQUIDACIÓN.

17. *En la medida que la Fuerza Mayor Ambiental ocurrió durante la Fase de Preconstrucción, y que, de cualquier manera, la configuración de la terminación anticipada del CONTRATO se presenta antes del inicio de la Fase de Construcción, la cual no tuvo lugar en la ejecución contractual, a efectos de liquidación, debe darse aplicación al literal (e) de la sección 18.3. (e) CONTRATO que al respecto dispone lo siguiente:*

"(e) Terminación Anticipada con anterioridad al inicio de la Fase de Construcción.

Si se produce la Terminación Anticipada del Contrato con anterioridad al inicio de la Fase de Construcción, se procederá a establecer el valor de la liquidación del Contrato de Concesión, mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

$$VL(pc) = \Delta - (DyM_{m+l} + CP_{m+l}) + OANIm+l$$

Siendo

$$\Delta = \sum_{h=1}^{m+l} \left[(AR_h) * \left(\frac{IPC_{m+l}}{IPC_h} \right) * (1 + TE)_{m+l-h} \right]$$

Si Δ es menor a cero (0), entonces $\Delta =$ cero (0)

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

Donde,

VL(pc)	Es el valor de la liquidación del Contrato de Concesión cuando la Terminación Anticipada se produce con anterioridad al inicio de la Fase de Construcción. Este valor está expresado en Pesos del Mes m+1 que corresponde al Mes en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato.
--------	--

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

AR _h	<p>Costos durante el Mes h (siempre que se trate de costos realizados hasta la terminación de la Etapa de Reversión), asociados con las actividades que haya realizado el Concesionario con anterioridad al inicio de la Fase de Construcción y que hayan sido reconocidos por la ANI, pesos corrientes.</p> <p>Las actividades reconocidas incluyen exclusivamente aquellas relacionadas con las obligaciones del Concesionario con anterioridad al inicio de la Fase de Construcción.</p> <p>Para los Meses h posteriores a la Fecha de Inicio se reconocerán exclusivamente los costos asociados con las siguientes actividades:</p> <ul style="list-style-type: none">• Valor efectivamente desembolsado por concepto de primas de seguros y comisiones para la obtención y el mantenimiento de i) la Garantía Única de Cumplimiento, ii) la póliza de responsabilidad extracontractual a que se refiere la Sección 12.7 de esta Parte General, y iii) el seguro de daños contra todo riesgo a que se refiere la Sección 12.8 de esta Parte General, en el Mes h.• Valor de los aportes que haya realizado el Concesionario a las Subcuentas de la Cuenta ANI, así como la Subcuenta Predios, Subcuenta Compensaciones Ambientales y Subcuenta Redes, en el Mes h.• Valor de la Comisión de Éxito efectivamente desembolsada al Estructurador en el Mes h.• Valor de los estudios al que se refiere la Sección 2.3(b)(viii), de haberse efectivamente pago dicho valor, en el Mes h.• Valor de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico y los Estudios de Detalle, en el Mes h.• Costos de la Gestión Social y Ambiental (exceptuando los hechos contra la Subcuenta Compensaciones Ambientales), en el Mes h.• Costos de la Gestión Predial (exceptuando los hechos contra la Subcuenta Predios), en el Mes h.• Costos de Operación y Mantenimiento, gastos de
-----------------	---

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

	<p>administración e impuestos, en el Mes h.</p> <ul style="list-style-type: none">• Comisiones y otros pagos a los Prestamistas, distintos del servicio de la deuda (intereses y principal), en el Mes h. <p>Para los Meses h posteriores a la Fecha de Inicio se reconocerán exclusivamente los siguientes costos:</p>
--	---

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

	<ul style="list-style-type: none"> • Valor efectivamente desembolsado por concepto de primas de seguros y comisiones para la obtención de i) la Garantía Única de Cumplimiento, ii) la póliza de responsabilidad extracontractual a que se refiere la Sección 12.7 de esta Parte General, y iii) el seguro de daños contra todo riesgo a que se refiere la Sección 12.8 de esta Parte General; de lo contrario, no se reconocerán estos costos. • Valor de los aportes que haya realizado el Concesionario a las Subcuentas de la Cuenta ANI, así como la Subcuenta Predios, Subcuenta Compensaciones Ambientales y Subcuenta Redes, en el Mes h. • Valor de la Comisión de Éxito efectivamente desembolsada al Estructurador en el Mes h. <p>El valor reconocido por estas actividades se definirá con base en los valores brutos (sin incluir depreciaciones, amortizaciones o valorizaciones) que corresponderán exclusivamente a los costos directos asociados con estas actividades y será establecido por las Partes de mutuo acuerdo o, en su defecto, por el Amigable Componedor, pero en todo caso su valor no podrá ser superior al consignado en los registros contables del Patrimonio Autónomo para estos rubros, registrados en los estados financieros y certificados por el Interventor.</p>
IPC _h	IPC correspondiente al Mes h
IPC _{m+l}	IPC correspondiente al Mes inmediatamente anterior al Mes m+l
TE	Tasa de descuento real expresada en términos efectivo mensual y que para efectos de esta fórmula sera la que se incluye en la Parte Especial
DyM _{m+l}	Es el valor de las Deducciones, así como de las Multas, otros Descuentos y obligaciones dinerarias pendientes de pago a cargo del Concesionario, causados hasta el momento de terminación del Contrato de Concesión, expresado en Pesos del Mes m+l

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

CP m+l	Cláusula Penal, si es del caso su aplicación conforme a la Sección 10.5 de esta Parte General, siempre que no haya sido pagada por el Concesionario, expresada en pesos del Mes m+l
h	Cada uno de los Meses desde la suscripción del Contrato hasta el Mes m
m	Mes en que ocurre la Terminación Anticipada del Contrato
l	Número de Meses transcurridos desde el Mes de terminación del Contrato hasta el Mes en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato
OANI m+l	Obligaciones dinerarias pendiente de pago a cargo de la ANI, causadas hasta el momento de terminación del Contrato de Concesión, expresadas en Pesos del Mes m+l

De acuerdo con lo previsto en la Sección 18.4 (b), una vez definida la suma que deberá reconocerse en favor del Concesionario, esta deberá ser pagada con cargo a los excedentes de la cuenta ANI, y sus subcuentas, depositados en el Patrimonio Autónomo”.

18. *De acuerdo con la “Tabla de Referencias” de la Parte Especial del CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 001 DE 2015, la “TE” de la fórmula de liquidación que acaba de transcribirse debe ser la siguiente:*

- “1. Cuando la Terminación Anticipada del Contrato obedezca a las causales incluidas en las Secciones 17.2(c) de la Parte General, el valor de TE será de uno coma diez y siete treinta por ciento (1,1730%).*
- 2. Cuando la Terminación Anticipada del Contrato obedezca a las causales incluidas en la Sección 17.2 (b) de la Parte General, el valor de TE será uno coma cero siete noventa y cuatro por ciento (1,0794%).*
- 3. Cuando la Terminación Anticipada del Contrato obedezca a las causales incluidas en la Sección 17.2(a) de la Parte General, el valor de TE será de uno coma cero cuatro cuarenta y cinco por ciento (1,0445%)”.*

19. *La Sección 18.4 (b) del CONTRATO establece que una vez definida la suma que deberá reconocerse en favor del CONCESIONARIO, esta deberá ser pagada con cargo a los excedentes de la cuenta ANI, y sus subcuentas, depositados en el Patrimonio Autónomo”.*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

3.- LA CONTESTACIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA.

Tal como se indicó, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** contestó oportunamente la reforma de la demanda, dio respuesta a cada uno de sus hechos, solicitó la práctica de pruebas, objetó el juramento estimatorio y presentó las siguientes excepciones de mérito:

3.1. Invalidez de la decisión del Panel de Amigables Compondores del 01 de julio de 2021 por estar afectada de nulidad absoluta.

3.1.1. Nulidad absoluta de la decisión del Panel de Amigables Compondores por desconocimiento del Auto 4901 de 2017 y del Decreto 1076 de 2015.

3.1.2 Conclusiones parciales sobre la nulidad absoluta de la decisión del Panel.

3.1.3. Inexistencia de la fuerza mayor ambiental derivada de la declaratoria de nulidad de la decisión del Panel de Amigables Compondores.

3.2. Ineficacia de la decisión del Panel de Amigables Compondores por extralimitación en el ejercicio del mandato.

3.3. Falta de configuración de la terminación anticipada del Contrato de Concesión por APP nro. 001 de 2015.

3.4. Inexistencia de la obligación de la entidad contratante de declarar la terminación anticipada en los términos de la cláusula 17.2(b)(i).

3.5. Superación del evento eximente de responsabilidad (fuerza mayor ambiental).

3.4. Sobre las demás pretensiones de la reforma a la demanda. (sic)

3.4.1. Improcedencia del reconocimiento de actualización en la liquidación del CONTRATO.

CAPÍTULO TERCERO

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1.PRESUPUESTOS PROCESALES.

En el presente caso se encuentran plenamente acreditados los denominados presupuestos procesales, dado que las partes ostentan capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al juicio; además, la competencia del Tribunal se decidió en la primera audiencia de trámite mediante providencia que se encuentra ejecutoriada y sobre la cual no es necesario volver en esta etapa del proceso. Finalmente, la demanda reformada cumple con los requisitos establecidos en la ley.

De igual manera, considera el Tribunal que no observa causal de nulidad u otra irregularidad que afecte la actuación, a lo que debe añadirse la práctica del control de

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

legalidad realizado durante el proceso, en cuya virtud el Tribunal –sin que hubiera habido objeción de las Partes– no encontró vicio que afectara el trámite y, por ende, requiriera su saneamiento.

A continuación, este Tribunal procede a realizar consideraciones legales y jurisprudenciales relacionadas con el caso que nos ocupa:

2. LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADAS.

La Ley 1508 de 2012, define en su artículo primero las Asociaciones Público Privadas 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 estos esquemas le son aplicables los mismos principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal. Y resalta la necesidad de contar con una eficiente asignación de riesgos, de manera que estos sean atribuidos a la parte que esté en mejor capacidad de gestionarlos con el objeto de mitigar el impacto que su ocurrencia sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio. (Art. 4).

Los proyectos bajo el esquema de APP pueden tener origen en una iniciativa pública o en una iniciativa privada. Estas dos iniciativas han sido definidas en La GUÍA DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – CAPÍTULO 1 - LA ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA, expedida por el Departamento Nacional de Planeación, en los términos que se exponen a continuación:

"Iniciativa Pública: *Proyectos de APP que corresponden a una necesidad identificada por entidades públicas y donde el peso de la estructuración del proyecto recae en la entidad pública.*

Iniciativa Privada: *en las cuales la conceptualización de la propuesta, así como los estudios de prefactibilidad y factibilidad recaen sobre el sector privado".*

La estructuración general del proyecto tendrá sus particularidades dependiendo de donde surge la iniciativa para adelantar un contrato bajo el esquema de APP. Por consiguiente, la responsabilidad en materia de planeación, las particularidades en la

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

asignación de riesgos, y la definición del alcance y condicionamiento de cada proyecto en particular deberá ser analizado desde el momento mismo de su surgimiento, según la parte que tuvo la iniciativa.

El título II de la Ley 1508 de 2012, regula los Proyectos de Asociación Público Privada de Iniciativa Pública, estableciendo las condiciones para la selección del contratista, e imponiendo las siguientes condiciones que deben ser validadas por la entidad estatal que busca iniciar este proceso, antes de invitar a participar en el mismo, exigiendo que previamente se cuente con los siguientes estudios.

- Los estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico acordes con el proyecto, la descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación de este, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato. El modelo financiero estatal tendrá reserva legal.
- Evaluación costo beneficio del proyecto analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados.
- Justificación de utilizar el mecanismo de Asociación Público Privada como una modalidad para la ejecución del proyecto, de conformidad con los parámetros definidos por el Departamento Nacional de Planeación. Los análisis señalados en este numeral deberán contar con concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación o de la entidad de planeación de la respectiva entidad territorial. Para el anterior concepto, se deberá contar con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto de las valoraciones de las obligaciones contingentes que realicen las Entidades Estatales, en desarrollo de los Esquemas de Asociación Público Privada, en los términos definidos en la Ley 448 de 1998.
- Análisis de amenaza y vulnerabilidad con el fin de garantizar la no generación o reproducción de condiciones de riesgo de desastre.
- La adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos, posibles contingencias, la respectiva matriz de riesgos asociados al proyecto.

El Consejo de Estado, mediante Sentencia de 2017 sintetizó el esquema aplicado a las Asociaciones Público Privadas resaltando sus aspectos más relevantes:

"Según los antecedentes legislativos, la citada normatividad tiene por objeto promover nuevos esquemas de participación privada y optimizar los mecanismos existentes para la provisión de servicios de infraestructura productiva y social en diferentes sectores, tales como (i) infraestructura, mantenimiento de equipos y desarrollo de

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

capacidades estratégicas en el sector de defensa; (ii) distritos de riego y adecuación de tierras; (iii) infraestructura social en educación, salud y atención integral a la primera infancia; (iv) infraestructura física de entidades públicas; (v) rehabilitación y mantenimiento vial, y (vi) desarrollo de infraestructura logística, entre otros. El artículo 2º de la Ley 1508 señala que las concesiones, de que trata el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de APP, lo que significa que tales contratos deben entenderse, hoy en día, como una modalidad o especie de asociaciones público privadas, aunque estas últimas podrían estructurarse mediante contratos distintos al de concesión. En todo caso, el inciso segundo de la misma norma dispone que los contratos de concesión que estuvieran vigentes al momento de promulgarse la Ley 1508 de 2012, seguirían rigiéndose por las normas que regían en la fecha de su celebración. (...) El párrafo 1º de la misma norma condiciona la realización de proyectos por el esquema de APP, al hecho de que el "monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) smmlv", y el inciso segundo del artículo 4º ejusdem agrega que esta clase de esquemas solo podrá utilizarse "cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución", con lo cual resalta, de paso, la importancia del principio de planeación en esta clase de contratos. (...) El artículo 24 ibídem exige que todos los recursos financieros, ya sea de origen público o privado, que se requieran para la ejecución de proyectos estructurados por el sistema de asociación público privada, deben ser administrados por medio de un patrimonio autónomo, con lo cual se busca proteger tales fondos de terceros (por ejemplo, de los acreedores del contratista) o de la desviación o uso indebido que este pueda darle a los mismos, y garantizar que se destinen exclusivamente a la ejecución del contrato. (...) Igualmente, para los efectos de esta consulta, es pertinente resaltar que el artículo 23 ibídem impone el deber de identificar plenamente a los beneficiarios reales del contrato que se ejecute, así como el origen de los fondos que vayan a utilizarse. (...) Otro aspecto importante a tener en cuenta, en relación con esta clase de contratos, es que la Ley 1508 de 2012 permite expresamente que la ejecución de los mismos sea asumida por los financiadores del proyecto, hasta su terminación, ya sea directamente o por intermedio de terceros, cuando el contratista incumpla sus obligaciones (artículo 30). Esto implica, a juicio de la Sala, que en esta clase de contratos, antes de declararse la caducidad o la terminación unilateral y anticipada, en las hipótesis previstas en los numerales 2º, 3º y 4º del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, debe

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

evaluarse la posibilidad de que el contrato sea cedido a los prestamistas, o a quienes estos designen, para continuar con su ejecución, como ya lo preveía, en parte, el inciso segundo de la norma citada (para la terminación unilateral, por las causales señaladas en los numerales 2º y 3º). Asimismo, la Ley 1508 dispone que en estos contratos debe incluirse una fórmula matemática que permita determinar el valor de las eventuales prestaciones recíprocas que surjan entre las partes por la terminación anticipada del contrato, ya sea por mutuo acuerdo o de forma unilateral (artículo 32). Esta obligación aparece reiterada en el artículo 13 de la Ley 1682 de 2013 para todos los contratos (correspondientes a esquemas de APP o no) que se celebren con posterioridad a la promulgación de dicha ley para desarrollar proyectos de infraestructura de transporte. Por otra parte, el artículo 31 de la misma normatividad establece la necesidad de identificar plenamente los bienes públicos y privados que se entregarán al contratista para la ejecución del proyecto de asociación público privada, así como la obligación de revertir la propiedad de dichos bienes al Estado, a la finalización del contrato, en las condiciones que se pacten en el respectivo documento contractual¹”. (Subrayas fuera de texto).

La doctrina ha adoptado la siguiente definición de lo que es una APP, definición que se transcribe por la forma como se precisa su alcance:

"Así las cosas, preferimos la definición de app (y es la que se adopta en este artículo) elaborada por el Banco Mundial, que la concibe como "un contrato de largo plazo entre una parte pública y una parte privada para la gestión de un activo público o servicio, en el que la parte privada asume riesgo significativo y responsabilidad significativa de gestión, y la remuneración está vinculada significativamente con el desempeño y/o la demanda o uso del activo o servicio con el fin de alinear los intereses de ambas partes"² (bastardilla fuera de texto). Esta definición se apoya en aquella más amplia de la Public-Private

¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia de fecha quince (15) de agosto de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00098-00(2346). C.P.: ÁLVARO NAMÉN VARGAS.

² Banco Mundial, La guía de la certificación en asociaciones publico-privadas de apmg, p. 14. Disponible en <<https://ppp-certification.com/sites/default/files/documents/guia-certificacion-asociaciones-publico-privadas-apmg-chapter-1.pdf>> (consultada el 25 de mayo de 2018).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

Partnerships: Reference Guide³ 2.0 del Banco Mundial, pero incluye una presunción de existencia de financiamiento privado⁴.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-595/14 argumento que *"la ley 1508 fue promovida para introducir las APP como nueva modalidad contractual, en vista de los beneficios que según la experiencia comparada reportan en términos de eficiencia, eficacia, innovación, ahorro de recursos públicos y ampliación y mejoramiento de la infraestructura pública. Las APP se caracterizan por: (i) tener una larga duración; (ii) definir sus objetos alrededor de proyectos, lo que conlleva la previsión de actividades como el diseño, construcción y mantenimiento de la infraestructura pública sobre la que verse el contrato y/o los servicios asociados; (iii) contar con financiación privada o público-privada; (iv) establecer como forma de remuneración el otorgamiento del derecho a la explotación de la infraestructura o servicio, aunque en algunos casos es posible pactar el desembolso de recursos públicos; (v) condicionar la remuneración a niveles de calidad; (vi) trasladar parte importante de los riesgos al contratista –por ejemplo, los asociados al diseño, niveles de demanda, deterioro y mantenimiento de la infraestructura- según su capacidad y experiencia; y (vii) distribuir las tareas entre las partes de acuerdo con su experiencia y ventaja competitiva".*

Finalmente, para entender las características de la figura de las ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS, nos remitimos a lo Establecido por el Consejo de Estado, mediante Sentencia de 2018, Exp. 57421:

"10.- Si se analizan los rasgos característicos de las APP se puede encontrar que (i) buscan "diferir el pago de la obra a través de vigencias futuras, atrayendo inversionistas privados para que estos financien la ejecución del proyecto y después reciban los pagos correspondientes que se acordaron contractualmente, supeditados al cumplimiento de ciertos niveles de servicio y a la provisión de los que se acuerden, incluyendo la remuneración del capital invertido a través de una tasa de retorno"⁵; (ii) lo anterior implica que bajo este modelo se produce una transferencia del riesgo de la administración pública al privado que plantea la iniciativa, por lo que resulta esencial examinar, verificar, analizar y calificar al sujeto que se encuentre en las mejores

³ Banco Mundial, Public-Private Partnerships: Reference Guide, versión 2.0, 2012, p. 14. Disponible en <<http://api.ning.com/files/Iumatxx-0jz3owS-B05xZDkmWIE7GTVYA3cXwt4K4s3Uy0NtPPRgPWYO1ILrWaTUqybQeTXIeuSYUxbPFWlysuYNI5rL6b2Ms/PPPReferenceGuidev02Web.pdf>> (consultada el 20 de marzo de 2018).

⁴ Santofimio Gamboa, J y Ibagón Ibagón, M. (2018). Las asociaciones público-privadas (APP) en Colombia y en el derecho administrativo internacional. Universidad Externado de Colombia.

⁵ BAQUERO NEIRA, Alexandra, "La estructuración de asociaciones público-privadas sostenibles: reflexiones sobre algunos aspectos presupuestales" Benavides, José Luis (com), Estudios Sobre el Régimen Jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, 1º ed, Bogotá Universidad externado de Colombia, 2014, p.17. Ley 1508 de 2012, artículo 3, inciso 2º: *"En 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".*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

condiciones de asumir el riesgo⁶; (iii) en un proyecto de APP el sector privado invierte y gestiona la infraestructura empleando contratos a largo plazo, en escenarios donde circula el capital privado para el logro de la misma⁷; (iv) se procura una complementariedad entre las diferentes herramientas de la contratación pública, pero apoyándose en la iniciativa privada; (v) como mecanismo de vinculación del capital privado se restringe a determinados proyectos públicos, como se establece en el artículo 3 de la Ley 1508 de 2012⁸; (vi) no es una herramienta novedosa, sino que ha estado presente en el ordenamiento jurídico desde hace varias décadas⁹; (vii) se pueden analizar desde dos perspectivas, esto es, desde la colaboración que representa la participación de un sujeto privado en el desarrollo de la infraestructura y su relación con el Estado, y desde la simple vinculación del capital público, público-privado, o simplemente privado que se instrumentaliza en contratos¹⁰; (viii) las APP derivadas de una política pública buscan "i) eficiencia en procesos de licitación y provisión de infraestructura pública de largo plazo, mediante un enfoque basado en el concepto de servicio público en términos de desempeño y de especificaciones físicas de los activos o de la infraestructura; ii) optimización de la transferencia y distribución de riesgos entre los sectores público y privado; iii) oportunidad de obtener un 'mejor valor por dinero' en el gasto público, gracias a la transferencia de riesgos al sector privado; iv) movilización de la inversión, y capacidad de innovación y gestión de activos fijos públicos por parte del sector privado; v) reducción o eliminación de retrasos, costos suplementarios y renegociaciones, gracias a la coincidencia de

⁶ COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos, "Ley de asociaciones público-privadas (APP): ¿Única forma de vinculación de capital privado?", Benavides, José Luis (com), Estudios Sobre el Régimen Jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, 1º ed, Bogotá Universidad externado de Colombia, 2014, en p.78.

⁷ BAQUERO NEIRA, Alexandra, "La estructuración de asociaciones público-privadas sostenibles: reflexiones sobre algunos aspectos presupuestales, ob., cit., Benavides, José Luis (com), Estudios Sobre el Régimen Jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, 1º ed, Bogotá Universidad externado de Colombia, 2014, p.20.

⁸ Ley 1508 de 2012, artículo 3, inciso 1º. "**Ámbito de aplicación.** La presente ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberá involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura. También podrá versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos".

⁹ COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos, "Ley de asociaciones público-privadas (APP): ¿Única forma de vinculación de capital privado?", en p.79. "[...] vale la pena mencionar que estas tienen un origen histórico en las décadas de 1980 y 1990, con la intención de solucionar tres problemáticas advertidas para la época: (i) la creencia de que los privados administran mejor la infraestructura; (ii) el déficit público, que no permite que sea el Estado quien ejecute la infraestructura, y (iii) la perspectiva según la cual la provisión de infraestructura no debería depender del gobernante de turno".

¹⁰ COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos, "Ley de asociaciones público-privadas (APP): ¿Única forma de vinculación de capital privado?", en p.81. UNIÓN EUROPEA, Comisión de la Unión Europea, *Libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, Bruselas, 2004. "[...] La expresión CPP de tipo puramente contractual se refiere a una colaboración basada únicamente en vínculos contractuales entre las diferentes partes. Engloba combinaciones diversas que atribuyen una o varias tareas, de mayor o menor importancia, al socio privado y que incluyen el proyecto, la financiación, la realización, la renovación o la explotación de una obra o de un servicio".

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

pagos con la entrega de la infraestructura y comienzo de operaciones al momento acordado; vi) alineamiento de incentivos en las distintas fases de un proyecto (diseño, construcción, operación y mantenimiento) gracias a la obligación que se imparte al sector privado en términos de prestar los servicios bajo estándares de calidad, lo que a su vez conlleva a [sic] una reducción y control de costos de mantenimiento en el largo plazo, debido al esquema de pagos implícito (en general de aportes fijos atados a la adecuada prestación de los servicios); y lo que es más importante, viii) la modernización de los servicios prestados a los ciudadanos, lo que se espera redunde en un incremento de la satisfacción de los mismos”¹¹; (ix) se trata, pues, de un nuevo esquema de gestión de proyectos que propende por la incorporación de prácticas y estándares internacionales; (x) los procesos de selección y reglas para la celebración y ejecución de los contratos de los esquemas de APP son aquellos consagrados en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2005 [en la actualidad en el Decreto Único 1082 de 2015], como lo establece el inciso 3º del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012; (xi) como restricción de acceso para participar en los esquemas de APP la ley establece que sólo podrán promoverse proyectos cuya inversión sea superior a seis mil [6000] salarios mínimos mensuales legales vigentes [parágrafo 1 del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012]; (xii) en cabeza del Estado se dejó como reserva de reglamentación “las condiciones para el cumplimiento de la disponibilidad, los niveles de servicio, estándares de calidad, garantía de continuidad del servicio y más [sic] elementos que se consideren necesarios”, salvaguardando la aplicación de “criterios diferenciales por sectores” [parágrafo 3º del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012]; y, (xiii) a los esquemas de APP le son aplicables los principios de la función administrativa [artículos 209 CP, artículo 3 Ley 1437 de 2011, artículo 3 Ley 489 de 1998], los de la contratación estatal [artículo 3 Ley 80 de 1993] y los criterios de sostenibilidad fiscal [artículo 4 inciso 1º Ley 1508 de 2012]¹²”.

En consecuencia de lo anteriormente visto, se puede afirmar que, siendo las APP una herramienta de eficiencia, eficacia e innovación en la actividad a desplegar, supone un debido, adecuado y exhaustivo proceso de planeación, que se reforzará en la parte de quien provenga la iniciativa, y que conllevará una debida asignación de riesgos que tendrá en cuenta diversos factores, dado que no solo supone su asignación a la parte

¹¹ DEPARTAMENTO DE PLANEACIÓN NACIONAL, Conpes 3615 de 28 de septiembre de 2009.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de fecha veintinueve (29) de enero de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00101-00(57421). C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

que se encuentre en mejor posición para gestionarlos, sino también el análisis económico de costo beneficio del proyecto, el tiempo y la remuneración otorgada.

3. PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LOS ESQUEMAS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA

Ya se dejó establecido que el artículo 4 de la ley 1508 de 2012 regula el tema concerniente a los principios generales aplicables a las Asociaciones Público Privadas, disponiendo que les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal.

Son principios de la función administrativa: la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, según lo establecido en el artículo 209 de la Constitución Política. Complementados por los principios señalados en el artículo 3 de la Ley 489 de 1998 de buena fe, economía, eficacia, eficiencia, participación, responsabilidad y transparencia.

Por su parte, la contratación pública se rige por los principios de transparencia, economía y responsabilidad, además los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo, tal y como lo menciona el artículo 23 de la ley 80 de 1993.

Los principios que rigen las actuaciones administrativas son: principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad, en atención al artículo 3 de la Ley 1437 de 2001.

Si bien no existe una referenciación textual que mencione a la planeación como principio, entendiendo el concepto de planear como: "1. *tr. Trazar o formar el plan de una obra. 2. tr. Hacer planes o proyectos*"¹³, su inclusión en entiende inmersa dentro del análisis integral y sistemático de los principios acabados de referenciar, en especial de los principios de legalidad, economía y eficiencia. Así ha sido advertido a nivel jurisprudencial, tal y como se explica en la Sentencia C-300 de 2012 proferida por la Corte Constitucional al reconocer:

"El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar

¹³ Información rescatada de la página de internet <https://dle.rae.es/planear?m=form>.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

diferentes fuentes de recursos¹⁴. Este principio está entonces directamente relacionado con los de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre competencia. De un lado, se relaciona con los principios de economía y eficacia (artículo 209 superior) y racionalidad de la intervención estatal (artículo 334 superior), pues los estudios previos no son solamente necesarios para la adecuada ejecución del contrato -en términos de calidad y tiempo, sino también para evitar mayores costos a la administración fruto de modificaciones sobrevinientes imputables a la entidad y que redunden en una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato sin posibilidad de negociación de los precios. Ciertamente, los estudios previos determinan el retorno que pueden esperar los inversionistas, el cual, si no es obtenido por causas imputables al Estado en el marco del esquema de distribución de riesgos, puede llevar a condenas judiciales o a la necesidad de renegociaciones a favor del contratista. De otro lado, se relaciona con el principio de libre competencia – manifestación de los principios constitucionales de libre competencia e igualdad, ya que permite que cualquier interesado con posibilidad de presentar una buena oferta según la información disponible, pueda participar en el respectivo proceso de selección; si la información fruto de la etapa precontractual es lejana a la realidad del negocio, posibles oferentes se abstendrán de presentar propuestas, en perjuicio de la libre competencia, y de la posibilidad de la entidad de acceder a ofertas más favorables¹⁵. En este punto, vale la pena recordar que en los contratos de concesión, usualmente el concesionario acude a la financiación de terceros (por medio de créditos, venta de títulos, etc.), razón por la cual es indispensable contar con una imagen lo más cercana a la realidad de las dimensiones del negocio, con el fin de que los inversionistas lleven a cabo el respectivo análisis costo-beneficio y tomen decisiones sobre si participan o no en el proyecto. Sin esta información, las decisiones de financiación no podrán basarse en una previsión real de cómo obtener la mayor cantidad de servicios por el dinero invertido, elemento determinante de las decisiones de participación.”

¹⁴ En este orden de ideas, es una manifestación de la carga en cabeza de la entidad contratante de revelar la información importante del contrato.

¹⁵ Ver MALLANA CAMACHO, Ernesto. “Manual de contratación de la Administración Pública”. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2 ed., 2009. P.p. 348 - 349. Este doctrinante explica: “El principio de igualdad se vulnera porque la información que suministra la entidad no tiene certeza y por lo tanto no atrae una población de posibles oferentes que, de encontrar una información cierta, tal vez se animarían a participar en la convocatoria; es decir, el presupuesto del contrato determina el perfil del contratista, y por lo tanto un presupuesto alto puede atraer a un nivel de contratistas de superior categoría que si se tratara de un presupuesto bajo, y de igual manera, presupuestos bajos probablemente atraigan posibles oferentes que no tengan tanta experiencia”. Ver también ESCOBAR GIL, Rodrigo. “Teoría general de los Contratos de la Administración pública”. Bogotá: Legis, 1999.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

A su vez, el Consejo de Estado, consciente de la importancia de la planeación en la contratación estatal, deriva su existencia, entre otras, del principio de legalidad, al punto de que su inobservancia podría viciar un contrato de nulidad,

Es decir, que si bien no se realiza una mención directa al Principio de Planeación, su inclusión ha sido reconocida al analizar de manera integral y sistemática las diferentes normas tanto Constitucionales, propias de la Función Administrativa, como aquellas que rigen la Contratación Pública, y así ha sido reconocido a nivel jurisprudencial:

*"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 planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato (...) Pero además ese parámetro de oportunidad, entre otros fines, persigue establecer la duración del objeto contractual pues esta definición no sólo resulta trascendente para efectos de la inmediata y eficiente prestación del servicio público, sino también para precisar el precio real de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración (...) De otro lado, el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la Carta y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque precisando la oportunidad y por ende teniendo la entidad estatal un conocimiento real de los precios de las cosas, obras o servicios que constituyen el objeto del contrato, podrá no solamente aprovechar eficientemente los recursos públicos sino que también podrá cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección objetiva (...) Así que entonces en este caso se estará en presencia de un contrato con objeto ilícito porque se está contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos.
(...)*

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 (...) 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

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

*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 (...)*¹⁶”.

Doctrinariamente se considera la necesidad de entender la planeación como una herramienta de gerencia pública: “*la planeación en el ámbito contractual es una herramienta de “gerencia pública”¹⁷, y su objeto es analizar la factibilidad y eficiencia de las actuaciones estatales de carácter bilateral respecto al objeto de estas y su valor aproximado, y así procurar recoger para el régimen jurídico de los negocios del Estado el concepto según el cual la selección de contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación¹⁸, y por ello en un Estado de Derecho, como el colombiano, es imperativo realizar todo un plan de lo que se necesita para lograr una eficiente y continua prestación de los servicios públicos a su cargo, en orden a obtener la satisfacción del interés general, haciendo un análisis detallado de lo que se requiere contratar y de los medios técnicos y económicos con los que se cuenta para alcanzarlo, para con base en ello realizar el procedimiento legalmente idóneo a fin de escoger al particular o entidad pública que colaborará en la ejecución de la obra, bien o servicio determinado, realizar las previsiones técnicas, legales y económicas a que haya lugar para afrontar las contingencias previsibles que puedan afectar el desarrollo del contrato, y contar con elementos en lo posible suficientes para actuar ante situaciones inesperadas*”¹⁹.

Por su parte, el Manual de Buenas Prácticas para la Contratación Pública, elaborado por el Departamento Nacional de Planeación, considera que “*las omisiones o errores que cometan las entidades públicas en esta etapa se verán reflejadas en el desarrollo del proceso de selección o durante la ejecución del contrato, en hechos tales como la declaratoria desierta de la licitación, la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, la necesidad de ajustar el contrato a la realidad del bien, servicio u obra contratada, el reconocimiento de los mayores costos en los eventos en que haya lugar y, en el más extremo de los casos, el rompimiento del equilibrio económico*”²⁰.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de fecha veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013). Radicación número: 66001-23-31-000-1998-00685-01(26637). C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

¹⁷ SUAREZ BELTRAN, GONZALO. La nueva contratación pública en Colombia, Legis, Bogotá, 2014.

¹⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. Tratado de derecho administrativo, t. IV, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 147. En el mismo sentido, Sentencia de 1 de junio de 1995, exp. 7326, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, cuando afirma: “[...] La contratación administrativa no es, ni puede ser, una aventura, ni un procedimiento emanado de un poder discrecional, sino, por el contrario, un procedimiento reglado en cuanto a su planeación, proyección, ejecución e interventoría, orientado a impedir el despilfarro de los dineros públicos [...]”. Por demás, la misma corporación judicial ha sido perseverante en sostener que “[...] la contratación adelantada por el Estado no puede ser el producto de la improvisación o de la discrecionalidad de las entidades o sus funcionarios, sino que debe obedecer a un procedimiento previo, producto de la planeación, orientado a satisfacer el interés público y las necesidades de la comunidad, fin último que se busca con la contratación al invertir sus escasos recursos en obras o servicios que no son prioritarios ni necesarios [...]”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 1 de diciembre de 2008, exp. 15.603.

¹⁹ Expósito Vélez, J. (2017). La planeación y la validez del contrato estatal. Universidad Externado de Colombia.

²⁰ Manual de Buenas Prácticas para la Contratación Pública, Departamento Nacional de Planeación, diciembre de 2004.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

En conclusión, el Consejo de Estado ha compilado el entendimiento que se tiene respecto del alcance del Principio de Planeación, que traemos a colación con el fin de reforzar su comprensión:

"27.- En la jurisprudencia del Consejo de Estado, especialmente de la Sección Tercera, el principio de planeación ha sido delimitado en los últimos años de la siguiente manera: (i) la buena fe exenta de culpa consagrada en el artículo 863 del Código de Comercio es desarrollo "del principio general de planeación que debe informar a toda actividad contractual del Estado"²¹; (ii) un "debido proceso de planeación del negocio es garantía de una adecuada y seria inversión en los proyectos públicos"²²; (iii) el deber de información no sólo emerge de los principios jurídicos, sino también de los de la contratación estatal, en especial de los de planeación y economía²³; (iv) es un deber que obliga a las administraciones públicas a que los negocios sean debidamente diseñados, pensados, conformes con las necesidades y prioridades de interés público, sin que prime a improvisación²⁴; (v) está ligado al criterio de oportunidad²⁵, que es trascendente para la prestación inmediata y eficiente del servicio público, para precisar el precio real de lo que será objeto del contrato "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"²⁶, así como para que se un aprovechamiento eficiente de los recursos públicos, y permite cumplir con el deber imperativo de la selección objetiva que lleve a la

²¹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de noviembre de 2012, expediente 22043.

²² Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de noviembre de 2012, expediente 22043.

²³ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de noviembre de 2012, expediente 22043. ²³ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 24 de abril de 2013, expediente 27315.

²⁴ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 24 de abril de 2013, expediente 27315. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 8 de mayo de 2013, expediente 24510. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 26 de febrero de 2014, expediente 26551. Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 29 de abril de 2015, expediente 21081. Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 26 de agosto de 2015, expediente 43227. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 27 de enero de 2016, expediente 54415. Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 27 de enero de 2016, expediente 38449. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 5 de octubre de 2016, expediente 56423.

²⁵ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 24 de abril de 2013, expediente 27315. "Pues bien, dentro de tales parámetros, como se acaba de expresar, se encuentra el de oportunidad, parámetro este que tiene íntima relación con el momento en que ha de celebrarse el contrato pues las más elementales consideraciones sobre la prestación de los servicios públicos y la protección de los recursos del Estado indican que debe procederse a su celebración cuando todos los factores jurídicos, económicos, técnicos, materiales, operativos, temporales, climáticos, etc., que sean previsibles, aseguren la mayor probabilidad de que el objeto contractual se llevará a feliz término y se entregará en óptimas [sic] condiciones". Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 10 de diciembre de 2015, expediente 51489.

²⁶ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 24 de abril de 2013, expediente 27315. "Y es que la definición de la duración del objeto contractual, y ya considerando el asunto desde el punto de vista del valor, permite fijar el costo real del negocio proyectado, es decir el valor de las cosas o servicios que se van a contratar teniendo en cuenta, entre otras variables, la fluctuación de precios para que la Administración no pague ni más ni menos de lo que verdaderamente vale la ejecución del objeto contractual y de esta manera ajustarse a la conmutatividad objetiva que de acuerdo con el artículo 28 de la ley 80 de 1993 debe imperar en el contrato estatal".

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

escogencia de la oferta más favorable²⁷; (vi) el deber de planeación es exigible a los sujetos privados que participan en procesos o estructuración de negocios con el Estado y que los ejecutan, como se desprende de lo consagrado en el inciso 2º del artículo 3 de la Ley 80 de 1993²⁸; (vii) la trasgresión del principio de planeación tiene como consecuencia la del 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"²⁹; (viii) como no toda deficiencia de planeación del negocio jurídico implica violar el ordenamiento jurídico se fijan criterios: "aquellas que desde el momento de la celebración del contrato hacen evidente que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros, o que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad contratante por los sobrecostos en que habrá de incurrirse por el retardo"³⁰; (ix) la cláusula de prórroga automática de un contrato de arrendamiento estatal se aparta del deber de planeación³¹; y (x) la falta de planeación "es generadora de responsabilidad de los servidores públicos y las entidades estatales, de conformidad con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993"³²/³³.

²⁷ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 24 de abril de 2013, expediente 27315. "De otro lado, el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la Carta y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque precisando la oportunidad y por ende teniendo la entidad estatal un conocimiento real de los precios de las cosas, obras o servicios que constituyen el objeto del contrato, podrá no solamente aprovechar eficientemente los recursos públicos sino que también podrá cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección objetiva pues tiene la obligación de escoger la propuesta más favorable y la escogencia de esta también depende en últimas, como ya se vio, de la observancia del principio de planeación".

²⁸ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 24 de abril de 2013, expediente 27315. "[...] el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse". Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 26 de febrero de 2014, expediente 26551. Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 29 de abril de 2015, expediente 21081. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 10 de diciembre de 2015, expediente 51489. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 27 de enero de 2016, expediente 54415.

²⁹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 24 de abril de 2013, expediente 27315.

³⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 26 de febrero de 2014, expediente 26551. "En este orden de ideas no puede concluirse de manera inmediata e irreflexiva que en todos aquellos casos en que, por ejemplo, la entidad estatal no ha adquirido el derecho de dominio sobre los predios sobre los que se ha de construir una obra, se viola el principio de planeación y por ende se vicia el contrato porque, de un lado, puede suceder que la adquisición ulterior sea precisamente un elemento de la estructuración y planeación del negocio que no impide ni retarda la ejecución del objeto contractual, o, de otro lado, que esa falta de adquisición del derecho de dominio de los predios no tenga incidencia en la ejecución de la obra, es decir que no sea un factor determinante de la inejecución del contrato o del excesivo retardo en su ejecución". Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 10 de diciembre de 2015, expediente 51489.

³¹ Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 29 de octubre de 2014, expediente 29851.

³² Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 10 de diciembre de 2015, expediente 51489.

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de fecha veintinueve (29) de enero de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00101-00(57421). C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

En este contexto, observamos como el deber de realizar una debida planeación se remonta al momento de estructurar el proyecto respectivo, de manera que, estando en presencia de Asociaciones Público Privadas, en esta etapa del proyecto la mayor carga de planeación recaerá con especial énfasis en la parte en la cual se da la iniciativa:

*“A.10. Solo se puede estructurar un proyecto por el esquema de APP si el monto de inversión es superior a seis mil [6.000] smmlv y «cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, **demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución**» Resalta la Sala (art. 3 de la Ley 1508 de 2012).*

Con esta previsión, la ley destaca la importancia de cumplir el deber de planeación al momento de optar por este instrumento. Cabe destacar que este deber aplica tanto para los sujetos interesados en formular una iniciativa privada, como para las entidades estatales llamadas a decidir su realización o a estructurar un proyecto de iniciativa pública³⁴.

De tal manera, mientras que para la iniciación de un proceso bajo el esquema de APP de iniciativa pública la entidad estatal deberá realizar la estructuración del proyecto, estudios, diseños, demostrando que es la modalidad más eficiente, en las de iniciativa privada el deber de planeación recae principalmente en el particular: “34.- Como puede verse, en el esquema de APP cuando es un particular quien es el originador de una iniciativa privada es este el que debe cumplir con el principio de la planeación y dar cumplimiento del deber correspondiente al mismo. Esto implica, que el particular debe realizar un debido proceso de planeación del negocio que le formula al Estado, ya que de seguir adelante y concretarse en la celebración del contrato respectivo y por un largo plazo se correspondería con la exigencia de optimización, racionalización y eficiencia en la inversión para los recursos públicos puede representar la concreción del proyecto. 35.- Así mismo, la etapa en la que debe producirse un impacto determinante en la aplicación del principio de planeación es en la de pre-factibilidad a tenor de lo consagrado en el artículo 14 de la Ley 1508 de 2012, ya que estando en cabeza del particular originador de la iniciativa privada la estructuración del proyecto, es a él a quien corresponde observar los criterios técnicos en los que se sustentan los diseños de la construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación de la infraestructura, por lo que no se trata de un simple requisito formal al que debe someterse, ni se basta con presentar este con deficiencias, falencias, o incluso sometido a criterios teóricos o experimentales que no haya elaborado, o que tome de diferentes fuentes no contrastadas para el medio en el que se pretende desarrollar la

³⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. 1 de julio de 2020. C.P.: ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ.
Página 48 de 124

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

infraestructura.(...) 43.- Todo lo anterior constituye una clara expresión del principio de la planeación en cabeza del particular originador de la iniciativa privada, en la que sólo interviene una determinada entidad pública cuando entienda que se requiere información adicional, facultad discrecional conferida expresamente por la norma en el último inciso del artículo 20 del Decreto 1467 de 2012³⁵.

En conclusión, en los contratos bajo el esquema de APP, como todo contrato estatal, aplica el deber de planeación el cual además tiene una especial importancia debido a que estos esquemas requieren de un estudio y una estructuración profunda en la medida en que consisten en proyectos que recobran un especial interés público, unas inversiones significativas, especial distribución de los riesgos asignados, un plazo considerable en su ejecución, el cumplimiento de niveles de calidad que justifican su retribución, condiciones todas estas que deben ser analizadas de manera diligente y cuidadosa al momento de plantear su necesidad.

4. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD Y SU APLICACIÓN EN LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS

El principio de responsabilidad está regulado en la Ley 80 de 1993, artículo 26, de conformidad con el cual:

“1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

3o. 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.

4o. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y

³⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de fecha veintinueve (29) de enero de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00101-00(57421). C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

5o. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

6o. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.

7o. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa.

8o. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado”.

El principio de responsabilidad se encuentra íntimamente ligado con el principio de planeación en la contratación estatal, dado que se debe velar porque se atiendan efectivamente los fines de la contratación, para lo cual resulta imperioso que se realice una debida planeación según la necesidad de la contratación, la forma de atender dicha necesidad, para lo cual se requiere contar con los estudios, diseños, presupuesto, y demás condiciones que rigen cada proyecto, así como la capacidad para atenderlo so pena de comprometer su responsabilidad.

Para el Consejo de Estado *“El principio de responsabilidad, impone al servidor público la rigurosa vigilancia de la ejecución del contrato, incluida la etapa precontractual, por cuanto atribuye la obligación de realizar evaluaciones objetivas sobre las propuestas presentadas, de acuerdo con los pliegos de condiciones efectuados con anterioridad.”*³⁶

Y, aunque no resulta sencillo delimitar su alcance, se precisa su contenido de la manera que se expone a continuación:

“El artículo 26 de la Ley 80 de 1993, consagra otro vital principio de la actividad contractual, en virtud del cual, se prevé buena parte de la responsabilidad, tanto de los servidores públicos como de los contratistas, por las actuaciones u omisiones antijurídicas que desplieguen o dejen de hacer, según el caso, en asuntos de índole

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de fecha reinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767). C.P.: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

contractual, al tiempo que les impone el deber de indemnizar los daños que ocasionen con ellas.

Entre las reglas previstas por esta norma se subraya el deber en que se encuentran los servidores públicos de cumplir a cabalidad con los fines de la contratación y vigilar la correcta ejecución del contrato para proteger los derechos de la entidad, los del contratista colaborador de aquella y los de terceros que pueden verse afectados con su ejecución.

Igualmente, establece responsabilidad de las entidades estatales y de los servidores públicos durante la etapa precontractual por abrir licitaciones o concursos sin haber realizado los estudios técnicos y evaluaciones necesarias o sin haber elaborado previamente los pliegos de condiciones o términos de referencia o, cuando éstos, a pesar de haber sido elaborados, resultan incompletos ambiguos o confusos y dan lugar a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo.

La misma norma determina como único responsable de la dirección y el manejo de la actividad contractual, al jefe o representante de la entidad estatal y prohíbe que ésta se traslade a los cuerpos colegiados directivos, a los comités asesores o a los organismos que ejercen el control y de esta manera evitar la atomización de la responsabilidad con lo cual podría ocurrir que, al final, ningún funcionario responda por las conductas antijurídicas respectivas.

Así la ley de contratación determina, en gran medida, el campo de la responsabilidad de las entidades públicas, de los servidores públicos y de los contratistas del Estado, por razón de sus actuaciones y omisiones, cuando quiera que con ellas se causen perjuicios a una o varias de las partes de una relación contractual.³⁷"

En relación con las Asociaciones Público Privadas, al igual que el análisis desarrollado con anterioridad, la responsabilidad, en especial aquella derivada de la etapa de planeación, se determinará según estemos en presencia de una iniciativa pública o una iniciativa privada. En la iniciativa pública la responsabilidad de la estructuración del proyecto será de la entidad estatal, mientras que en la iniciativa privada será compartida según las etapas en que se encuentre, dado que es el originador privado quien se encarga de estructurar el proyecto, determinar sus características técnicas, costos, presupuesto, entre otros. Y la entidad estatal deberá analizarlo y, cuando considere, presentar observaciones.

Además, cabe precisar que en estos proyectos nos encontramos frente a personas con conocimientos especializados en el proyecto a desarrollar, lo cual exige de por sí un

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de fecha veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007). Radicación número: 85001-23-31-000-1996-00309-01(15324). C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

mayor grado de cuidado y diligencia en su análisis y estructuración. Lo anterior impone que esta responsabilidad en la etapa de planeación sea compartida, dado que, tal y como lo sostuvo el Consejo de Estado *"no debe olvidarse que a las voces del inciso 2º del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 los particulares "tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que... colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones" y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse"*³⁸.

La Ley 1682 de 2013 en su artículo 18 regula el tema correspondiente a la RESPONSABILIDAD, en los proyectos de infraestructura, estableciendo que *"las personas jurídicas que ejecuten proyectos de infraestructura bajo la modalidad de Asociación Público Privada su régimen de responsabilidad será el que se establezca en las leyes civiles y comerciales de acuerdo con el tipo de empresa que conforme"*.

Pero más allá de esta norma legal resulta pertinente volver al tema de la responsabilidad que surge para las partes frente al desconocimiento del deber de planeación, es decir, la posibilidad de que el acto o contrato sea declarado nulo por objeto ilícito.

En relación con esta problemática y los efectos de su declaratoria, el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 modificó el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012 referente a la terminación anticipada, dejándolo en los términos que se exponen a continuación:

"Artículo 32. Terminación anticipada. En los contratos que desarrollen Proyectos de Asociación Público Privada, se incluirá una cláusula en la cual se establezca la fórmula matemática para determinar las eventuales prestaciones recíprocas entre las partes a las que haya lugar para efectos de terminarlos anticipadamente por mutuo acuerdo o en forma unilateral.

PARÁGRAFO 1. <Inciso CONDICIONALMENTE exequible> En los contratos de Asociación Público Privada suscritos o que se suscriban, cuando una autoridad judicial declare la nulidad absoluta del contrato estatal, o cuando una autoridad administrativa o judicial o la respectiva entidad estatal contratante ordene su terminación originada

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de fecha veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013). Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315). C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

en una causal de nulidad absoluta, en la liquidación se deberá reconocer el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual. Estos factores serán actualizados con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) histórico desde el momento de su ocurrencia, hasta el mes inmediatamente anterior a la fecha de la liquidación.

Los reconocimientos a que haya lugar deberán cumplir con los siguientes criterios, los cuales serán validados por la interventoría o por un tercero experto:

- 1. Hayan sido ejecutados, total o parcialmente, para contribuir a satisfacer el interés público.*
- 2. Estén asociados al desarrollo del objeto del contrato.*
- 3. Correspondan máximo a precios o condiciones del mercado al momento de su causación de acuerdo con la modalidad contractual.*
- 4. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> No correspondan a costos o penalidades, pactadas o no, que terceros hayan aplicado al contratista en razón a la terminación anticipada de las relaciones contractuales no laborales, ~~salvo que se trate de aquellos asociados a los contratos de crédito, leasing financiero o a la terminación de los contratos de derivados de cobertura financiera del proyecto.~~*

(...)"

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-207/19 expresó: "La Corte Constitucional consideró que, dadas las características propias de los contratos de APP y de concesión de obras de infraestructura vial, en que la mayor parte del capital en riesgo pertenece a terceros de buena fe y en particular al ahorro captado del público, las restituciones a que haya lugar en los casos en que se declare la nulidad absoluta de uno de estos contratos se regirán bajo la regla general de la protección de la buena fe, y por lo tanto, deben dirigirse primordialmente a satisfacer el pago de las deudas que el proyecto haya adquirido con terceros de buena fe. A contrario sensu, cuando esté demostrado que el contratista, sus miembros o los terceros aparentes (para lo cual la autoridad competente podrá recurrir al levantamiento del velo corporativo) hayan actuado dolosamente, de mala fe o con conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad absoluta del contrato, ellos no podrán ser objeto de reconocimientos a título de restituciones."

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

En conclusión, el principio de responsabilidad en materia de contratación estatal actúa como una garantía del cumplimiento de los fines propios de la contratación y recobra especial relevancia en la etapa de planeación, recayendo en aquellos eventos ocurridos en desarrollo de los esquemas de Asociación Público Privadas en el originador de la iniciativa, sin dejar de lado que de él derivan obligaciones compartidas de analizar la estructuración de los proyectos y sus respectivos riesgos durante las etapas previas a la celebración del contrato.

5. RIESGOS EN LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS.

La asignación de riesgos es un elemento de la esencia de los contratos celebrados bajo el esquema de Asociación Público Privada, y su mención se encuentra desde la definición dada en el artículo 1º de la Ley 1508 de 2012 al mencionar que "*involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes*". Y continúa haciendo mención el artículo 4, al regular lo concerniente a los principios generales, cuando establece que "*Estos instrumentos deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, 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.*"

Esta asignación deberá ser realizada por la parte en quien se origina la iniciativa.

En consecuencia, cuando la iniciativa es pública, el numeral 11.5 del artículo 11 exige que en los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública, la entidad que invita a participar en el proceso de selección deberá contar antes de la iniciación del proceso de selección con: "*11.5 La adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos, posibles contingencias, la respectiva matriz de riesgos asociados al proyecto*".

Y cuando la iniciativa es privada, se exige para la etapa de factibilidad que la iniciativa para la realización del proyecto comprenda un "*análisis de riesgos asociados al proyecto*". Además, en la etapa de factibilidad el originador del proyecto deberá anexar "*la propuesta de distribución de riesgos*". (Artículo 14 Ley 1508 de 2012).

El Decreto 438 de 2021, "*Por el cual se modifica el Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional*", realiza algunas modificaciones en relación con el manejo de riesgos en las Asociaciones Público Privadas, pero conservando la necesidad de realizar una debida asignación de riesgos, y su obligatoriedad en cabeza de quien es el originador de la iniciativa.

El artículo 6, modificó el artículo 2.2.2.1.5.2. de la Sección 5 del Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, en el sentido de exigir que, en la

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

etapa de prefactibilidad, el originador de la iniciativa privada presente ante la entidad estatal competente como mínimo la siguiente información: 5.5. Mecanismos contractuales de mitigación de los riesgos del proyecto y sustentación de la suficiencia de los mismos.

Por su parte, el artículo 9 del mismo Decreto, modificatorio del artículo 2.2.2.1.5.5. de la Sección 5 del Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, exigió que, para la presentación del proyecto en etapa de factibilidad, el originador del proyecto deberá presentar como mínimo la siguiente información:

"3. Riesgos del proyecto

3.1. Identificación, tipificación, estimación y asignación definitiva de los riesgos del proyecto de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 80 de 1993, la Ley 448 de 1998, la Ley 1150 de 2007, los documentos CONPES y las normas que regulen la materia.

3.2. Proponer los mecanismos contractuales de mitigación de los riesgos del proyecto y sustentar la suficiencia de los mismos.

3.3. Análisis de amenazas y vulnerabilidad para identificar condiciones de riesgo de desastre, de acuerdo con la naturaleza del proyecto, en los términos del presente Decreto".

Y en el parágrafo 2, se estableció que: *"de acuerdo con los términos del artículo 14 de la Ley 1508 de 2012, el originador privado deberá presentar una propuesta de asignación de riesgos en el marco de (i) el artículo 4 de la Ley 1508 de 2012 y (ii) los lineamientos de política de riesgos de los documentos CONPES que les sean aplicables. Sin perjuicio de lo anterior, el originador privado podrá presentar una iniciativa más favorable en términos de asignación y distribución de riesgos para la entidad contratante, siempre y cuando demuestre que dicha asignación se encuentra enmarcada bajo el principio conforme al cual el respectivo riesgo está asignado a la parte que se encuentra en mejor capacidad de gestionarlo, controlarlo, administrarlo y mitigarlo. Para efectos de este parágrafo, se entenderá por asignación de riesgos, únicamente la asignación de riesgos entre la entidad pública, el originador privado y la compartida entre estos. En caso de no existir lineamientos de política para algún riesgo específico, el originador deberá presentar una propuesta de asignación de dicho riesgo que se adecúe a los lineamientos de la política de riesgo contractual del Estado emitida por el Consejo Nacional de Política Económica y Social - CONPES, sin restringir aquellos casos en que el originador presente una iniciativa más favorable en la asignación y distribución de riesgos para la entidad contratante y demuestre que se encuentra en mejor posición para administrar los riesgos asumidos. Dentro de la propuesta de asignación de riesgos, el originador deberá presentar un informe que sustente el análisis realizado sobre cada uno de los riesgos del proyecto y la justificación por la cual considera que la asignación propuesta es la asignación más eficiente. La entidad contratante competente deberá propender por la optimización de*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

la asignación y distribución en los análisis que realice previo a la aceptación de la iniciativa. Posterior a la adjudicación del contrato, no podrán presentarse nuevas asunciones de riesgo, ni podrán solicitarse responsabilidades adicionales en cabeza del Estado. En las iniciativas privadas que no requieran desembolsos de recursos públicos, los mecanismos de compensación por la materialización de los riesgos asignados a la entidad estatal serán aquellos que se definan en la estructuración del proyecto, entre otros, pero sin limitarse: (i) la ampliación del plazo inicial de conformidad con la ley; (ii) la modificación del alcance del proyecto; (iii) el incremento de peajes y tarifas; (iv) subcuentas para la atención de riesgos y excedentes del patrimonio autónomo y; v) el mecanismo dispuesto en el artículo 2.2.2.1.5.1. del presente Decreto, el cual tiene carácter obligatorio en este tipo de iniciativas".

Mediante el artículo 16, se modificó el artículo 2.2.2.1.7.1. de la Sección 7 del Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, bajo el siguiente tenor:

"ARTÍCULO 2.2.2.1.7.1. Identificación, tipificación, estimación y asignación de riesgos. La entidad estatal competente es la responsable de la identificación, tipificación, estimación y asignación de los riesgos que se puedan generar en los proyectos de Asociación Público Privada. En el proceso de identificación, tipificación, estimación y asignación de los riesgos, las entidades deben realizar el análisis de acuerdo con los criterios establecidos en la ley, demás normas que regulen la materia y la política de riesgo contractual del Estado para proyectos de infraestructura."

Y finalmente, a través del artículo 18. Modificación del artículo 2.2.2.1.7.3 de la Sección 7 del Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, referente al Procedimiento de aprobación de la valoración de obligaciones contingentes en proyectos de Asociación Público Privada, se estableció en su quinto inciso que "En caso de existir algún cambio en la identificación, tipificación, asignación, cualificación o valoración de los riesgos, que implique o no un cambio en el plan de aportes, obligará a la entidad estatal competente a iniciar nuevamente el proceso de valoración de obligaciones contingentes ante la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público o quien haga sus veces a nivel territorial conforme a lo dispuesto en la Ley 448 de 1998.

Si bien venimos hablando de la necesidad de realizar una adecuada tipificación, asignación y estimación de riesgos cuando nos encontramos frente a un esquema de Asociación Público Privada, lo cierto es que esta exigencia, si bien bajo características y condiciones diversas, opera en relación con todo proceso de contratación estatal.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

Analizando la Teoría del Riesgo y la Imprevisión, el Consejo de Estado precisó la necesidad de realizar una debida tipificación, estimación y asignación de riesgos, en todos los procesos contractuales, además de esclarecer el alcance e implicación detrás de este deber:

“Según lo dispone el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, las Entidades Estatales deben incluir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes la tipificación, estimación y asignación de los riesgos razonablemente previsibles involucrados en el ejercicio de la actividad contractual de que se trate. (...) Pues bien, con la disposición a la que se hace referencia no sólo se le impone un deber tanto a las entidades estatales como al contratista, para que en ejercicio de los principios de planeación y de previsibilidad determinen los posibles acontecimientos o contingencias que se puedan presentar en la ejecución del contrato y que generen una alteración de la ecuación económica del contrato, sus consecuencias y establezcan cuál de las partes debe asumirlos conforme a sus capacidades de gestión, administración y control; sino que también se les otorga el derecho a discutir de manera conjunta esa tipificación, estimación y asignación de riesgos. (...) En efecto, es a la entidad la que le corresponde realizar un ejercicio detallado de estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles que se puedan presentar en la ejecución del contrato estatal, pero es al contratista que con su experticia y sus conocimientos sobre el objeto a contratar a quien le corresponde complementar dicha información suministrada por la entidad contratante. (...) De ésta forma y teniendo en cuenta que la estimación tipificación y asignación de los riesgos previsibles se realiza de manera conjunta entre la administración y el contratista, se entiende que previamente a celebrar el contrato las partes ya tienen claro cuáles son los riesgos o contingencias se pueden presentar en la ejecución del objeto contratado, cuál es su impacto y quien debe asumirlos y porque, evitando de esta manera que se presenten reclamaciones posteriores a la ejecución del contrato sobre puntos sobre los cuales las partes ya habían llegado a un acuerdo previamente a su celebración. (...) Se entiende que por regla general quién asume el riesgo o contingencia que se presente en ejercicio de la actividad contractual es quien se encuentra en la mejor capacidad para gestionarlo, controlarlo, administrarlo y mitigarlo y para determinar quien se encuentra en mejores condiciones para ello, el Decreto No. 423 de 2001 establece que debe tenerse en cuenta tanto la tipología del contrato a celebrar, como la información y los medios con los que cuentan cada una de las partes para mitigar los efectos de su ocurrencia y la capacidad de los contratistas para

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

administrarlos y las garantías con las que cuentan para soportarlos, entre otras.”³⁹.

Ahora, ya en materia de App, también se ha pronunciado respecto del traslado de los riesgos al contratista, en especial del riesgo operacional, lo cual sirve para ilustrar y entender la figura de que se está hablando: “a) *La transferencia de riesgos al contratista asociados al desarrollo y cumplimiento del objeto de la APP. De conformidad con la disposición citada, la Corte Constitucional ha señalado que los contratos celebrados bajo el esquema de APP se caracterizan por «trasladar parte importante de los riesgos al contratista –por ejemplo, los asociados al diseño, niveles de demanda, deterioro y mantenimiento de la infraestructura según su capacidad y experiencia»⁴⁰. En este sentido, cabe resaltar que uno de los objetivos de la Ley 1508 de 2012 fue superar las problemáticas que se presentaban con el esquema tradicional de las concesiones, en relación con la falta de claridad sobre la asunción de riesgos por parte del contratista y las posteriores disputas judiciales por presunto rompimiento del equilibrio económico del contrato⁴¹. Como se observa, los contratos de APP tienen una íntima vinculación con la noción de concesión⁴², aunque en Colombia, se consideró importante establecer un régimen con reglas especiales, más flexibles que las establecidas en la Ley 80 de 1993⁴³. b) *La asunción del riesgo operacional. La segunda característica de estos contratos, derivada de su derecho a la explotación**

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de fecha ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017). C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2014.

⁴¹ Durante la presentación del Proyecto de ley número 160 del 2011 Senado 144 de 2011 Cámara, sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas, el Director de Planeación Nacional señaló lo siguiente: «Por otra parte en este proyecto de ley también **lo que buscamos es que haya mayor claridad sobre los temas de quienes asumen los riesgos y en qué naturaleza, qué riesgos asume el Estado versus los que debe asumir el sector privado y en ese sentido hemos tenido en el pasado en esta materia de asignación de riesgos y concesiones de primera, segunda y tercera generación, o sea con esto nos permitiría sacar ya una nuevas generación de concesiones donde sea absolutamente claro cuáles son los riesgos que asume la Nación y cuáles son los riesgos que asume el Estado [...]**». Por su parte, durante la discusión del proyecto, el representante a la cámara Juan Felipe Lemos señaló: «Un cambio fundamental aquí no se va a pagar por la obra que construya el concesionario (sic), aquí el Estado Colombiano va a pagar por el servicio prestado, eso tiene, tiene (sic) una gran connotación y cuál es esa connotación, que el riesgo que en las concesiones tradicionales antes era un riesgo por decirlo de alguna manera en las concesiones de primera generación (sic) el riesgo lo asumía totalmente el Estado, en las de segunda lo asumían de manera compartida, en las de tercera generación ya el Gobierno Nacional definió una política sobre el riesgo y minimizó el impacto al principio contractual del equilibrio económico, **pero la ventaja de esto es que el riesgo se transfiere totalmente al privado en el tema de construcción, mantenimiento, operación**, ya no podrá un contratista [...] en el futuro decir que hay que renegociar el contrato porque la ecuación financiera del contrato se rompió porque el flujo de tráfico no fue el previsto inicialmente en los estudios previos que dieron lugar al proceso de selección y posteriormente la adjudicación y celebración del contrato, ahora el Estado va a pagar por el servicio prestado, **aqueel privado que quiera participar en uno de estos procesos o proyectos de Asociación Público-Privada tendrá la responsabilidad, la obligación, el deber de asumir el riesgo por la construcción** [...]». Gaceta del Congreso. 25 de julio de 2013, págs. 21 ss.» (Subraya y resalta la Sala).

⁴² “Las concesiones en las que participan socios privados son una forma particular de colaboración pública-privada (CPP)” Dictamen del Consejo de Estado español al proyecto de ley de LCSP. De la misma manera, el artículo 2º de la Ley 1508 de 2012 establece que las concesiones se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de APP.

⁴³ En especial, las reglas sobre cuantías (artículo 3, parágrafo 1º); plazo máximo de los contratos (artículo 6); adiciones y prórrogas (artículo 7); adiciones y prórrogas de los contratos de iniciativa pública (artículo 13); el derecho a la explotación económica del proyecto (artículo 3); patrimonio autónomo (artículo 24); registro especial (artículo 25); recursos que se generen por la explotación de la infraestructura que no se contabilizan en el presupuesto de la entidad ni vigencias futuras (artículo 26); acuerdo de terminación anticipada (artículo 32).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

económica comprende la transferencia al contratista de un riesgo operacional de carácter económico que supone que su mayor o menor eficiencia permitirá recuperar las inversiones realizadas y el respectivo margen de utilidad. Esta característica de los contratos de APP incluidas las concesiones, muestra sus diferencias con otros tipos de contratos, en especial, con el contrato de obra. En los contratos de APP se incorporan actividades propias de una obra realizada sobre una infraestructura y sus servicios asociados⁴⁴. Pero al mismo tiempo, el mismo artículo 3º estipula el derecho del contratista a la explotación económica de dicha infraestructura. En otras palabras, comprende la construcción de obras y su explotación económica, sometido al riesgo operacional de esta explotación. Para el efecto, el prestador asume el riesgo de la explotación del proyecto y su correspondiente retribución. Por el contrario, en el contrato de obra, según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, solo se incorporan las actividades propias de la construcción sobre un bien inmueble⁴⁵, y como contraprestación y pago, el contratista recibirá el valor íntegro de las obras realizadas. En este caso, tendrá solo el riesgo de construcción, de suerte que si se ejecuta más obra de la prevista el contratista tendrá derecho a su abono total⁴⁶. El riesgo operacional comprende los riesgos derivados de los ingresos que se reciban por la explotación económica en condiciones normales⁴⁷.

De este escenario se concluye que la asignación de riesgos forma parte de la esencia de una APP; también responde al desarrollo del principio de planeación y, por ende, de su adecuada observancia se derivarán responsabilidades.

6. DEL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL CONTRATO O SU TERMINACIÓN.

Una particularidad de los contratos celebrados bajo el esquema de Asociación Público Privada es la posibilidad de que, en caso de incumplimiento del contratista, los financiadores podrán continuar con la ejecución del contrato hasta su terminación directamente o a través de terceros. (Artículo 30).

No obstante, ya la Ley 80 de 1993 contemplaba esta posibilidad en su artículo 17 cuando regula el tema concerniente a LA TERMINACIÓN UNILATERAL, dado que, luego de explicar los eventos de terminación anticipada, menciona que en los casos a que se refieren los numerales 2º: Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del

⁴⁴ Tales como el diseño, la construcción, la reparación, el mejoramiento o el equipamiento, adicionada siempre con la operación y mantenimiento de dicha infraestructura, según el artículo 3º de la Ley 1508 de 2012.

⁴⁵ La construcción, mantenimiento, instalación y cualquier otro trabajo material.

⁴⁶ Por riesgo de construcción se entiende el riesgo surgido de los retrasos en la construcción, sobrecostos, incumplimiento de estándares de calidad y, en general, deficiencias técnicas y externalidades negativas, propias de la labor que realiza el contratista. Puede verse Cfr. Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público. Alberto Palomar Olmeda y Mario Garcés Sanagustín. Directores. Madrid, 2018, pág. 687.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. primero (1) de julio de dos mil veinte (2020). Radicación número: 11001-03-06-000-2019-00182-00(2433). C.P.: EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

contratista; y 3º: Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista; podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

De las anteriores normas se rescata que el deseo del legislador es que el contrato llegue a su fiel cumplimiento.

Lo anterior conduce a hablar del principio de conservación de los contratos, pese a que no necesariamente se esté haciendo referencia a hipótesis de incumplimiento; lo que se busca es apostarle a su culminación, partiendo del hecho de que los contratos bajo el esquema de Asociación Público Privada no solo revisten una alta complejidad sino que se extienden por un periodo de tiempo considerable, de manera que puede resultar normal que se presenten controversias durante su desarrollo, en especial debido a cláusulas ambiguas o imprecisas, lo que obliga a realizar un estudio de interpretación del contrato que podrá tener como referente el principio de conservación del contrato.

Sobre este principio se ha pronunciado el Consejo de Estado al considerar: "*Resulta útil en este lugar dar aplicación a las reglas de interpretación que en materia de contratos se hallan disciplinadas en el Código Civil, dentro de las cuales se encuentra la contenida en el artículo 1620 de dicho Estatuto, consagratoria del principio en virtud del cual el juez ha de convenir en una interpretación de la cláusula de dudoso significado tratando de buscar el máximo efecto útil de ella, herramienta interpretativa de la cual ha expresado la Sección Tercera que se trata de un "... principio que con la mejor doctrina encuentra la siguiente razón de ser: 'El fundamento común de las aplicaciones del principio de conservación reside en considerar que el empleo del instrumento práctico 'contrato' por parte de los contratantes tiende siempre a algún resultado (salvo el caso del contrato no serio), y que tal resultado (o eventualmente un resultado menor) debe ser garantizado siempre que fuese posible, aunque por cualquier razón de carácter técnico-jurídico no pudiera, en rigor, lograrse dicho resultado. Es un modo mediante el cual el ordenamiento jurídico viene en auxilio de las partes, supliendo la imperfecta manifestación de voluntad o salvando los efectos del contrato que, utilitatis causa, deben escapar a las razones de invalidez, de rescisión o de resolución*"⁴⁸. (...) Esta es, en sentir de la Sala, la interpretación más ajustada al contenido del negocio y aquélla que por lo demás permite encontrar el máximo de utilidad de las cláusulas objeto de interpretación, principios éstos que son de cabal aplicación en el ámbito de la contratación estatal por así disponerlo expresamente el art. 23 de la ley 80 de 1993. En efecto, dispone la norma lo siguiente: "Art. 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. 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 que rigen la función

⁴⁸ Nota original de la sentencia citada: Cfr. MESSINEO, Francesco, Ob. Cit, pág. 116.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

*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 las particulares del derecho administrativo"⁴⁹ (negrillas fuera de texto)."⁵⁰.*

Lo anterior significa que, cuando se requiera acudir a la interpretación de un contrato, se buscará dar aplicación a lo indicado en los artículos 1620 C.C.: *"El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno"*, y 1622 C.C.: *"Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. 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 aprobación de la otra parte."*

Esta idea es reiterada por dicha Corporación al estimar que *"también resulta de utilidad para la resolución del asunto sub iudice el mecanismo que se desprende del denominado principio de conservación del contrato, por virtud del cual la hermenéutica del negocio debe estar enderezada a lograr que el mismo o alguna de sus cláusulas resulten eficaces; quiere ello decir que entre una interpretación o un entendimiento que conduzca a privar al contrato o a la cláusula respectiva de la producción de efectos y una lectura de aquél o de ésta que les permita generarlos, debe preferirse la segunda, principio del "efecto útil" de las estipulaciones contractuales recogido en el artículo 1620 C.C. De igual modo, no podrá perderse de vista en el presente caso el criterio de interpretación sistemática del contrato o canon hermenéutico de la totalidad que parte de reconocer que la intención o el espíritu del contrato resulta indivisible, razón por la cual no debe atribuirse sentido a una de sus cláusulas de forma inconexa respecto de las demás, sino vinculándola con el todo orgánico en el cual se integra, luego a voces de lo preceptuado por el inciso primero del artículo 1622 C.C., "las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad"⁵¹.*

En atención a los postulados acabados de referir, compaginándolos con la necesidad de que los contratos bajo esquemas de Asociación Público Privada lleguen a buen término, con el fin de evitar los efectos adversos que puede acarrear su paralización para la comunidad en general, cuando se presenten ambigüedades que impliquen la necesidad de realizar un proceso de interpretación del contrato, se dará aplicación al principio de conservación del acuerdo.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 1998; Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández; Radicación: 11966.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de fecha veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00052-00 (56703). C.P.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de fecha nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012). Radicación número: 80001-23-31-000-2000-00057-01(22714). C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

No obstante, en aquellos casos en los cuales el tenor literal de las cláusulas sea preciso y lo que se presente sea un claro incumplimiento contractual, las partes están facultadas para ejercer la acción de controversias contractuales y con base en ella solicitar la terminación del contrato; así ha sido reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado: *“La acción contractual es el mecanismo procesal idóneo para acceder ante el juez en procura de obtener una decisión de fondo frente a cualquier controversia derivada del negocio jurídico estatal. Es así como, resulta procedente utilizar esta herramienta procesal para cuestionar las actuaciones desarrolladas durante la ejecución del contrato estatal. Así, puede cualquiera de las partes solicitar: (i) que se declare la existencia o nulidad de un contrato estatal; (ii) que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales; (iii) que se ordene su revisión; (iv) que se declare su incumplimiento; (v) que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios derivados del mismo; y (vi) que se hagan otras declaraciones y condenas. En el presente caso, la acción contractual ejercida por las partes es adecuada, por cuanto a través de las demandas cuyo examen nos ocupa se persigue: (i) que se declare la existencia e incumplimiento de los contratos No. ARM-05 y No. ARM-012; (ii) que se condene a la indemnización de perjuicios y al pago de intereses moratorios; (iii) que se hagan efectivas las cláusulas penales pactadas; y (iv) que se declare la terminación de los contratos y se ordene su liquidación.”*⁵²

7. DEL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP 001 DE 2015.

La AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA publicó el día 6 de febrero de 2013 los documentos correspondientes a la Invitación a Precalificar VJ VE IP 002 2013, con el fin de conformar la lista de precalificados para el proyecto Mulaló - Loboguerrero.

Que el objeto del proyecto consistió en conectar con una vía primaria de altas especificaciones las zonas industriales del Valle del Cauca y los puertos de Buenaventura en el Pacífico colombiano, y a su vez canalizar el tráfico pesado del sur del país que se dirige a dichos puertos con una reducción del recorrido de 52 kilómetros, comparado con la situación actual del recorrido Cali-Mediacanoa-Loboguerrero.

Que mediante Resolución No. 630 de 2013 del 27 de junio de 2013 *“Por la cual se conforma la lista de precalificados en virtud del Sistema de Precalificación No. VJ-VE-IP-002-2013”*.

El día 15 de julio de 2013 se expidió la constancia de ejecutoria quedando agotada la vía gubernativa.

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de fecha veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 19001-23-00-000-2011-00086-01(64940). C.P.: NICOLÁS YEPES CORRALES.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

El día 22 de octubre de 2013, se publicó en la página del SECOP el Aviso de Convocatoria para convocar a los precalificados al proceso de Licitación Pública VJ-VE-IP-LP-002-2013.

El día 20 de noviembre de 2013, se ordenó la apertura de la Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-002-2013 que tuvo por objeto "*Seleccionar la Oferta más favorable para la adjudicación de un (1) contrato de concesión, bajo el esquema de Asociación Público Privada-APP, para la financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del Proyecto "Mulaló- Loboguerrero", de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 de la Minuta del Contrato.*"

Una vez surtido todo el trámite de evaluación de documentos, presentación de observación, adendas modificatorias, suspensiones, y evaluación de ofertas, mediante Resolución No. 1667 de fecha 5 de diciembre de 2014 se adjudicó la LICITACIÓN PÚBLICA No. VJ-VE-IP-LP-002-2013, la cual tiene por objeto "*Seleccionar la Oferta más favorable para la adjudicación de un (1) contrato de concesión, bajo el esquema de Asociación Público Privada-APP, para la financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del Proyecto "Mulaló- Loboguerrero", de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 de la Minuta del Contrato.*", a la ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VIAL DEL PACIFICO, cuyo Apoderado Común es ALVARO MIGUEL OEDING, identificado con C.C. No.72.288.981 de Barranquilla, conformada por Estudios y Proyectos del Sol EPISOL S.A.S. con 60% de participación, e Iridium Colombia Concesiones Viarias S.A.S. con 40% de participación.

El día 22 de enero de 2015 la ANI y COVIMAR suscribieron el CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 001 de 2015, que contempla tres (3) etapas de ejecución: (i) Etapa Preoperativa, que, a su vez está integrada por la Fase de Preconstrucción y la Fase de Construcción; (ii) Etapa de Operación y Mantenimiento; y (iii) Etapa de Reversión.

Así pues, se debe resaltar que el contrato de la referencia tuvo como origen una iniciativa pública.

En consecuencia, el régimen jurídico que le es aplicable es el contenido en la Ley 1508 de 2012, en especial las normas relativas al TÍTULO II. PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PÚBLICA, la Ley 1682 de 2013, la Ley 1882 de 2018, y demás normas que las modifiquen, adicionen y complementen, entre las cuales se encuentran sus Decretos Reglamentarios, al corresponder a un Contrato de Concesión bajo el esquema de APP cuyo objeto recae sobre una obra de infraestructura de transporte. Lo anterior sin olvidar que es un Contrato Estatal y, por ende, también aplican las normas que regulan la Contratación Pública.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

Así las cosas, el cumplimiento de los principios de planeación y responsabilidad, entre los demás principios que rigen la contratación pública, tendrán como referente que el originador de la iniciativa fue la ANI, como entidad estatal, es decir, que corresponde a una iniciativa pública.

La Matriz de Riesgos fue estructurada de la siguiente manera:

MATRIZ DE RIESGOS PROYECTO MULALÓ - LOBOGUERRERO										
Área	Tipo de Riesgo	Asignación	Probabilidad*				Impacto sobre el valor de la actividad/proyecto*			
			Bajo	Medio - Bajo	Medio - Alto	Alto	Bajo	Medio - Bajo	Medio - Alto	Alto
			0% - 5%	5% - 15%	15% - 30%	>30%	0% - 5%	5% - 15%	15% - 30%	>30%
PREDIAL	Demoras en la disponibilidad de predios derivados de las actividades de gestión predial	Privado				A			MA	
	Sobrecostos por adquisición (incluyendo expropiación) y compensaciones socioeconómicas	Público - Privado			MA				MA	
AMBIENTAL & SOCIAL	Demoras en la obtención de las licencias y/o permisos	Privado				A			MA	
	Sobrecostos por compensaciones socio ambientales	Público - Privado				A				A
	Obras solicitadas por la autoridad ambiental, posteriores a la expedición de la licencia(s)/permiso(s) ambiental(es), por razones no imputables al concesionario	Público		MB				MB		
	Efectos desfavorables por decisiones de la entidad frente al movimiento o reubicación de casetas de peaje existentes.	Público		MB			B			
	No instalación de la caseta de peaje	Público	B						MA	
	Invasión de derecho de vía	Privado	B					MB		
REDES	Sobrecostos por interferencia de redes	Público - Privado				A		MB		
DISEÑO	Sobrecostos derivados de los estudios y diseños	Privado		MB			B			
	Sobrecostos por ajustes en diseños como consecuencia del trámite de licencias ambientales por razones no atribuibles al concesionario	Público	B				B			
	Sobrecostos en diseños por decisiones de la ANI	Público	B				B			
CONSTRUCCIÓN	Sobrecostos derivados de mayor cantidad de obras	Privado		MB				MB		
	Sobrecostos derivados de mayor cantidad de obras en túneles sin soporte parcial por riesgo geológico	Privado			MA					A
	Sobrecostos derivados de mayor cantidad de obras en túneles con soporte parcial por riesgo geológico	Público-Privado			MA					A
	Variación de precios de los insumos	Privado		MB				MB		
OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO	Mayores cantidades de obra para actividades de operación y mantenimiento	Privado		MB				MB		
	Variación de precios de los insumos para actividades de operación y mantenimiento	Privado			MA			MB		
COMERCIAL	Menores ingresos por disminución del recaudo de peajes	Público		MB						A
	Menores ingresos derivados de elusión del pago de peajes	Público	B				B			
	Menores ingresos derivados de evasión del pago de peajes	Privado	B				B			
FINANCIERO	No obtención del cierre financiero	Privado	B							A
	Alteración de las condiciones de financiación y/o costos de la liquidez que resulten de la variación en las variables del mercado o condiciones del proyecto	Privado		MB					MA	
	Insuficiencia de recursos para el pago de la interventoría por razones no atribuibles al concesionario	Público		MB				MB		

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

LIQUIDEZ	Liquidez en el recaudo de peajes	Privado		MB			MB		
	Riesgo de liquidez general	Privado	B					MA	
CAMBIARIO	Variaciones del peso frente a otras monedas	Privado			MA		MB		
REGULATORIO	Compensaciones por nuevas tarifas diferenciales	Público	B				B		
	Cambio en normatividad (Tecnología de recaudo electrónico de peajes)	Público			MA		B		
	Cambio en normatividad	Público-Privado			MA			MB	
	Cambio en normatividad (Normas NIIF)	Público - Privado				A	B		
FUERZA MAYOR	Fuerza mayor en la adquisición predial ocasionada por eventos eximentes de responsabilidad	Público	B				B		
	Costos ociosos de la mayor permanencia en obra que llegaren a causarse por eventos eximentes de responsabilidad	Público	B					MA	
	Fuerza mayor por interferencia de redes en el corredor considerado como evento eximente de responsabilidad	Público	B					MB	
	Fuerza mayor por demoras en la consulta previa con comunidades en un plazo mayor de 360 días, por causas no imputables al concesionario	Público				MA		MB	
	Fuerza mayor por demoras en mas de un 150% del tiempo máximo establecido por la normatividad vigente para la expedición de la licencia ambiental por causas no imputables al concesionario y/o decisiones de autoridades judiciales que afecten la UF 3.	Público				MA			MA
	Eventos asegurable	Privado				MA			MB
Eventos no asegurable	Público			MB				MB	

*Estructura propuesta de matriz de riesgo considerando los lineamientos de política de riesgos de la entidad, de documentos Conpes sobre la materia y de la más reciente versión de metodologías de obligaciones contingentes del MHCP

Si bien el riesgo por la demora en la obtención de la licencia está asignado al privado, los efectos de la fuerza mayor están asignados a la entidad estatal. Además de la anterior matriz, se debe tener en cuenta el Capítulo XIII sobre la ECUACIÓN CONTRACTUAL Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS, de la parte general del contrato.

8. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

A partir de la configuración del *petitum* de la demanda surgen dos grandes temas de los cuales habrá de ocuparse el Tribunal Arbitral en este asunto: (i) la determinación de si, de conformidad con el contrato, y en consonancia o por razón de la decisión de los amigables componedores que se ha traído al proceso, ha operado la terminación anticipada del contrato, y (ii) si procede entrar a liquidar el contrato y en qué condiciones.

Desde el punto de vista argumental, para oponerse a las pretensiones sobre la terminación anticipada del contrato, la Convocada ataca la validez y la oponibilidad de la Amigable Composición de 1 de julio de 2021 que, entre otras decisiones, reconoció "[...] la ocurrencia de un evento de Fuerza Mayor Ambiental, como consecuencia de la configuración del supuesto de hecho de que trata la Sección 8.1. (e) (i) de la Parte General del CONTRATO [...]" de Concesión bajo el esquema de APP No. 001 de 2015. Por tratarse de excepciones con vocación de enervar la totalidad del *petitum* de la demanda, el Tribunal Arbitral las analizará de manera previa a otras que están directamente relacionadas con pretensiones claramente identificadas en la demanda.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

Estas excepciones se resumen en dos grandes títulos (independientemente de la desagregación que hace la contestación de la demanda reformada): (i) la invalidez de la decisión del panel de amigables componedores del 1 de julio de 2021 por estar afectada de nulidad absoluta, y (ii) la ineficacia de la decisión de los amigables componedores por extralimitación en el ejercicio del mandato.

8.1. EXCEPCIONES RELACIONADAS CON LA NULIDAD DE LA DECISIÓN AMIGABLE COMPOSICIÓN DE 1 DE JULIO DE 2021.

La ANI analiza esta excepción desde varios puntos de vista. Primero, se ocupa de la competencia que tiene este Tribunal para conocer de la validez de las decisiones de los amigables componedores, a partir de la Sección 15.1 (f)(i) y de la cláusula 15.2 (b) del CONTRATO. Igualmente, hace referencia a las disposiciones que permiten controvertir la validez de esta clase de acuerdos, como se transcribe a continuación:

“Debe advertirse que, si bien la amigable composición cuenta, de acuerdo a la disposición del artículo 60 de la Ley 1563 de 2012, con los efectos propios del contrato de transacción, que, de conformidad con el artículo 2483 del Código Civil, son los de «cosa juzgada en última instancia», tal cosa no convierte a la decisión del amigable componedor en inamovible o inobjetable, sino que, tal y como lo establece claramente el artículo 2483 del Código Civil, aquella puede ser controvertida cuando opere alguna de las causales de nulidad y rescisión predicables, en general, de todo acto jurídico y, en específico, del contrato de transacción según los artículos 2470 al 2482 ejusdem”⁵³

En segundo lugar, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA se ocupa del contenido argumental de la decisión de los amigables componedores, en cuanto a la “ocurrencia de la Fuerza Mayor Ambiental” y resalta el significado que, en su opinión, dieron los amigables componedores a la expresión “Ley Aplicable”, como determinante para definir el plazo a partir del cual podría configurarse dicha “Fuerza Mayor Ambiental”. Así, expresa que el Panel de Amigables Componedores “omiti[ó] traer a colación distintos antecedentes, precontractuales y contractuales, en los que tanto la ANI como la ANLA habrían dejado clara su posición en cuanto a la norma aplicable al trámite del licenciamiento ambiental, en el sentido de considerar que debía ser el Decreto 1753 de 1994.”⁵⁴. Al mismo tiempo, señala la ANI, los amigables componedores contrariaron el artículo 1618 del CC, que privilegia la intención de las partes, cuando ella es claramente conocida, frente a la literalidad de los contratos, al recurrir al DRAE para definir el contenido del vocablo “vigente”, cuando los mencionados antecedentes y el texto del Anexo Técnico No. 6 del Contrato, imponían

⁵³ folio 6 de la contestación a la demanda reformada.

⁵⁴ Folio 7 de la contestación de la demanda reformada.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

concluir que la norma aplicable al caso era la de 1994. Así se lee a folio 11 de la contestación a la demanda reformada:

“Lo anterior se nota palmario si se tiene en cuenta que la fórmula utilizada en el Anexo Técnico nro. 6 relativo a la gestión ambiental del CONTRATO, obedece a los términos previstos en el Decreto 1753 de 1994, tal y como fue, en su momento, argumentado por la ANI en la contestación a la convocatoria del Panel de Amigables Compondores⁷ [refiere a la prueba documental nro. 1C]. Además de resultar evidente la intención de las partes de tener en cuenta, al momento de planear el CONTRATO, los términos del Decreto 1753, ya que toda la etapa de planeación fue surtida durante su vigencia, siendo que la Resolución de adjudicación del CONTRATO fue emitida el 5 de diciembre de 2014 y el mismo fue suscrito el 22 de enero de 2015, ambas fechas anteriores a la expedición del Decreto 1076 del 26 de mayo de 2015”.

Del trámite que se surtió ante la ANLA, como fundamento de su posición, la ANI destaca: (i) el Auto 013 del 19 de enero de 1998, *“por medio del cual, la Subdirección de Licencias Ambientales del Ministerio del Medio Ambiente, avocó conocimiento a partir de la solicitud de expedición de licencia ambiental presentada por el Instituto Nacional de Vías -INVIAS- para la «Construcción de la Vía Nueva Paso La Torre – Loboguerrero, localizada en los municipios de Yumbo, Vijes, La Cumbre, Restrepo y Dagua, departamento del Valle del Cauca»⁵⁵*; (ii) el Auto 5535 de 11 de noviembre de 2016 donde se *“establece que el procedimiento aplicable al trámite de licenciamiento [era] el previsto en el Decreto 1753, por virtud del régimen de transición establecido (...) en el Decreto 1076 de 2015 ”*; (iii) los Autos 00067 de 16 de enero de 2017 y 01286 del 19 de abril del mismo año; (iv) el Auto 3827 de 31 de agosto de 2017, por medio del cual la ANLA inició el trámite administrativo LAV0060-00-2017, para evaluar la licencia ambiental para el proyecto *“Corredor Mulaló-Loboguerrero”*, por solicitud del CONSORCIO y hace referencia a la aplicación del Decreto 1076 de 2015; (v) el Auto 4901 del 30 de octubre de 2017 a través del cual la ANLA *“decidió revocar el Auto 3827 de 2017 descrito en el párrafo anterior, entendiendo «[...] que el inicio del trámite de licenciamiento ambiental ocurrió con el Auto 13 del 19 de enero de 1998».* En ese sentido, la ANLA unificó dos expedientes administrativos, incorporando los documentos originales que conformaron el expediente LAV0060-00-2017 al expediente LAM1758⁵⁶ para concluir que el régimen aplicable al trámite unificado era el que contiene el decreto 1753 de 1994; y (vi) el Auto 00162 de 22 de enero de 2018, por medio del cual la ANLA negó el recurso de reposición contra el Auto 4901 de 2017.

⁵⁵ Folio 11 de la corrección de la contestación de la demanda reformada.

⁵⁶ (Folio 12 de la contestación a la demanda reformada).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

A partir del análisis de los actos administrativos que se han relacionado, cuya legalidad no procedía discutir a través de una amigable composición, como tampoco puede ser objeto del presente trámite arbitral, concluye la ANI que al pronunciarse sobre la ocurrencia de la "*Fuerza Mayor Ambiental*" con fundamento en el Decreto 1076 de 2015 como "*Ley Aplicable*" y dejar de lado el 1753 de 1994, como lo había definido la ANLA, el Panel se pronunció sobre materias vedadas e intransigibles, y produjo una decisión que "*viola flagrantemente el orden normativo imperativo y, como todo acto jurídico, adolece, por ende, de objeto ilícito.*"⁵⁷.

Desde un tercer punto de vista, la ANI analiza el alcance de la amigable composición con fundamento en el artículo 59 de la Ley 1563 de 2012, el artículo 2470 del C.C. y la Sección 15.1(f)(i) del Contrato y sustenta la nulidad que solicita en los artículos 1741 y 1742 del C.C. En ese contexto, recalca que el objeto de la amigable composición en el derecho colombiano debe ser de los que se consideran "*de libre disposición*", razón por la cual "*toda transacción que recaiga sobre materias indisponibles o celebrada por partes que sean incapaces o incompetentes para transigir sobre determinado asunto, será un acto jurídico prohibido que, según la previsión del artículo 1523 del Código Civil, adolece de objeto ilícito*". Por las razones precedentes expresa su desacuerdo con la posición del Panel de Amigables Compondedores:

*"... al considerar si quiera la posibilidad planteada por el Concesionario al convocarlo, consistente en controvertir la normativa aplicable al procedimiento administrativo de licenciamiento ambiental, por cuanto tal aspecto ya habría sido definido por la autoridad competente para ello, a través de un acto administrativo con contenido ejecutorio y de obligatoria observancia tanto para las partes del contrato como para sus mandatarios¹⁴ [Se incluye la siguiente referencia: Consejo de Estado, Sección Tercera, decisión del 28 de mayo de 2015, Rad. 26137, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. Ver también, Consejo de Estado, Sección Tercera, Decisión del 22 de octubre de 2021, Rad. 56313, M.P. José Roberto Sáchica Méndez]".*⁵⁸

En la misma línea argumental, la ANI expresa que

*"No es admisible entonces la interpretación del Panel en el sentido de considerar que el contrato es una **realidad paralela** en la cual las partes pueden, so pretexto de sus facultades hermenéuticas, inaplicar normas existentes y que conformen al (sic) ordenamiento jurídico positivo. Por el contrario, la voluntad e interpretación de las partes del contrato debe acompasarse, en todo caso, con las disposiciones imperativas que rigen a los*

⁵⁷ Folio 14 de la contestación a la demanda corregida.

⁵⁸ Folio 16 de la contestación a la demanda corregida.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

contratos y a sus actos jurídicos, guardando armonía con ellas. Lo contrario sería aceptar posiciones e interpretaciones en contradicción a la ley en el iter contractual, posibilidad inadmisibles en nuestro Estado de Derecho.”

*“Así mismo, no es posible **estudiar jurídicamente una fuerza mayor que consiste en un acto o conducta de autoridad**, como es la que ocupó la atención de los amigables componedores **a la luz y con aplicación de una norma jurídica que no rige para la formación del acto**. Esto resulta paradójico. Un pacto en tal sentido, esto es, en oposición a la ley, supondría su contrariedad congénita con el orden normativo superior y, por contera, su ilicitud y anulabilidad. En efecto, considerar que las partes en el Contrato de Concesión fijaron una ley aplicable diferente a la que, conforme con el ordenamiento imperativo nacional, debía ser considerada para definir el contenido y alcance del objeto y prestaciones pactadas en el negocio jurídico, reñiría con el orden público y supondría la nulidad de una estipulación en tal sentido”.*

*“Por ende, independientemente de lo que el Panel o, inclusive, las partes mismas, comprendieran como «voluntad de las partes» o «contenido del contrato», **han debido entender que dicha voluntad no puede derogar o inaplicar el ordenamiento normativo imperativo** y, por el contrario, han debido limitarse a aplicar, valga la redundancia, la «Ley Aplicable» al contrato que, como se dijo, está conformada, también, por actos administrativos en firme. Esta hermenéutica supone privilegiar un entendimiento de la cláusula que le otorgar (sic) plena eficacia, en tanto que aquella adoptada por el Panel implica considerar que las partes pactaron contra legem y, por lo mismo, implicaría negarle eficacia a la disposición, en contra de la máxima según la cual debe privilegiarse por la conservación del negocio”. (Negritas fuera del original).⁵⁹*

Además, la ANI sostiene que los amigables componedores actuaron por fuera de los límites señalados en el contrato, que en la Sección 15.1.(f)(vi), prohíbe a quienes se desempeñan como tales “*subrogar, modificar, sustituir, aumentar, adicional (sic), complementar o derogar el contenido del presente contrato.*”⁶⁰

A partir de los párrafos transcritos, la ANI afirma que lo que ha ocurrido con la decisión de los amigables componedores es “*tornar en ineficaces los actos administrativos de la ANLA*”, desbordando el ordenamiento contractual, además del

⁵⁹ Folio 17 de la contestación a la demanda reformada.

⁶⁰ Folio 19 de la contestación a la demanda reformada.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

legal. Línea argumental que concluye afirmando que en el caso objeto de análisis ha ocurrido una “*anulación de facto*” de un acto administrativo en firme y con fuerza ejecutoria que afecta de nulidad absoluta por objeto ilícito el “... *acto jurídico contenido en la decisión del Panel de Amigables Componedores del 01 de julio de 2021, que, al ser un instrumento contractual, se entiende como parte integrante del CONTRATO. De dicha ilicitud, se deriva la necesidad de declarar su nulidad absoluta, así como la nulidad de cualquier otro acto jurídico emitido por las partes, directo indirectamente, en el que se contenga una interpretación contraria a lo que aquí se ha expuesto*”.⁶¹

En cuanto hace relación a la nulidad de la decisión de los amigables componedores, la ANI analiza las normas del Código Civil sobre declaratoria oficiosa de nulidad de los contratos por las autoridades judiciales, cuando se trata de un vicio de ilicitud en el objeto, complementándolas con las disposiciones de la Ley 59 de 1936, del Código de Comercio, de las leyes 80 de 1993 y 1437 de 2011. Con fundamento en estas disposiciones, también solicita la ANI la declaratoria de nulidad absoluta:

“(...) de todas las cláusulas, convenciones y actos dispositivos individuales provenientes de las partes del CONTRATO, en los que se haya planteado controversia sobre la ley aplicable para la configuración de la fuerza mayor ambiental de conformidad con la Sección 8.1.(e)(i) del CONTRATO, en especial, aunque no solo ellas, las aseveraciones relacionadas con ese aspecto y emitidas por parte de la Convocante en el escrito mediante el cual se convocó al Panel de Amigables Componedores¹⁹ [Referencia a la prueba documental nro. 1ª].”

Adicionalmente, bajo el mismo acápite donde se argumenta en torno de la nulidad de la amigable composición, la ANI solicita que, de estar probada, en ejercicio de “*la facultad oficiosa de control de legalidad del negocio jurídico por parte de los jueces*”, el Tribunal Arbitral declare:

“... la nulidad absoluta de todas las cláusulas, convenciones y actos dispositivos individuales provenientes de las partes del CONTRATO, en los que se haya planteado controversia sobre la ley aplicable para la configuración de la fuerza mayor ambiental de conformidad con la Sección 8.1. (e)(i) del CONTRATO, en especial, aunque no solo ellas, las aseveraciones relacionadas con ese aspecto y emitidas por parte de la Convocante en el escrito mediante el cual se convocó al Panel de Amigables Componedores¹⁸ [cita PRUEBA DOCUMENTAL nro. 1A.]”⁶²

⁶¹ Folio 21 de la contestación de la demanda reformada.

⁶² Folios 23 y 24 de la contestación a la demanda reformada.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la amigable composición del 1 de julio de 2021, la ANI centra su argumentación en las razones por las cuales el Tribunal Arbitral deberá negar la ocurrencia de la fuerza mayor ambiental. Así, hace énfasis en que por *"... norma aplicable al trámite del licenciamiento ambiental, se debe entender, por ende, que la norma aplicable a dicho procedimiento es la determinada por la ANLA, esto es, el Decreto 1753 de 1994 y, en consecuencia, aplicando los términos en él previstos, no se habría configurado la fuerza mayor ambiental de acuerdo con lo dispuesto en la Sección 8.1.(e)(i), por cuanto no se habrían superado los períodos exigidos en ella"*.⁶³

Los argumentos expuestos como sustento de las excepciones relativas a la nulidad, ineficacia e inoponibilidad de la amigable composición de 1 de julio de 2021, se reiteran en los alegatos de conclusión de la ANI, a la luz de lo que esta entidad considera probado en el proceso. Luego de poner de presente al Tribunal que la decisión de los Amigables Compondores *"debe cumplir con los requisitos de validez del negocio jurídico"* y traer a colación jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, así como varios pronunciamientos de tribunales arbitrales que analizan los supuestos en que el juez de una amigable composición debe declarar la nulidad de la misma, se refiere al caso concreto y reafirma el carácter indisponible de la noción de "ley aplicable" a la licencia ambiental de la vía a cargo de la concesionaria y concluye que, a partir de las pruebas arrojadas al proceso, el *"Panel abordó lo concerniente a la <<Ley Aplicable>> al Contrato, definiendo lo que, a juicio de sus miembros y bajo la égida de la intención o voluntad de las partes contractuales, debía ser entendido como el régimen normativo aplicable al trámite de licenciamiento ambiental para efectos de realizar el cálculo del término para configuración de la Fuerza Mayor Ambiental">>*.⁶⁴

Asimismo, para probar la violación del ordenamiento superior la ANI profundiza en distintas piezas del expediente LAM 1758 y en pruebas testimoniales, para concluir que *"pese a que el Concesionario tenía la opción, prevista contractualmente, de archivar el trámite administrativo de licenciamiento ya iniciado en 1998 y empezar uno nuevo, optó por acudir a la cesión del expediente y continuar con aquél (...)"*(Alegato de Conclusión, ANI, P16), lo cual deja claro que debía someterse al régimen de transición del Decreto 1976 de 2015 que imponía continuar aplicando el Decreto 1753 de 1994, vigente cuando se inició el trámite de la licencia por el INVIAS. También analiza la ANI, al alegar de conclusión, que fueron varios los actos administrativos que profirió la ANLA para dejar claro el régimen aplicable al trámite de la licencia; actos que gozan de presunción de legalidad y respecto de los cuales está probada la fuerza ejecutoria.

⁶³ Folio 24 de la contestación a la demanda reformada.

⁶⁴ Alegatos de Conclusión de la Convocada, P. 14.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

De la confrontación de las decisiones de la ANLA, con el texto de la amigable composición objeto de análisis, deduce la ANI:

“Entonces, para ser precisos, la diferenciación que realiza el Panel recae sobre una decisión de una autoridad pública con contenido ejecutorio y vinculante, por un lado, y por otro una supuesta decisión de las partes del Contrato. Es de allí de donde se deriva lo que hemos denominado como la <<realidad paralela>> del Contrato sostenida por los amigables componedores, pero que se contrapone con el orden jurídico que rige en la materia objeto de su pronunciamiento.”⁶⁵

Frente a esta denominada “*realidad paralela*”, la ANI deduce la violación del ordenamiento legal aplicable al trámite de la licencia ambiental que la concesionaria libremente decidió continuar tramitando y concluye que la amigable composición, además, ignoró la fuerza vinculante de los actos administrativos de la ANLA sobre la aplicabilidad del régimen de 1994 al mismo. Todo ello para concluir que

“Con base en todo lo probado, es claro que, tal y como se alega desde la contestación de la demanda reformada, la decisión del Panel de Amigables Componedores adolece de objeto ilícito al haber decidido sobre materias no susceptibles de negociación, transacción o disposición de las partes, como lo es la vigencia, validez y eficacia de normas imperativas y de orden público”.

También analiza la ANI, en sus alegatos de conclusión y a la luz del acervo probatorio, la excepción que ella configura como extralimitación de los límites del mandato por el panel de amigables componedores. Extralimitación que desde la contestación a la demanda reformada se viene configurando como causal de inoponibilidad frente al comitente, todo ello a la luz de las (i) normas que regulan la amigable composición como un “*contrato de mandato*” y (ii) la Sección 15.1.(f)(i) del Contrato de Concesión que imponía al Panel una decisión en derecho.

A partir de las pruebas que obran en el proceso, la ANI “*observa que existía una cierta controversia entre las partes con respecto a la normativa aplicable al trámite de licenciamiento surtido ante la ANLA*”⁶⁶ pero, precisa, que esa controversia no se daba para la ANI, respecto de la ley aplicable al trámite de la licencia ambiental, sino respecto de la posibilidad de que las partes definieran el procedimiento aplicable. Se resalta la parte pertinente de los alegatos de conclusión de la ANI, contenida en las páginas 40 y 41:

⁶⁵ Alegatos de Conclusión de la Convocada ANI, P. 25

⁶⁶ Alegatos de Conclusión de la Convocada ANI, P. 40

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

“En el documento aportado nro. 1A⁴⁸ [48 Cuaderno de Pruebas, documento aportado con la contestación de la demanda arbitral reformada y decretado mediante Auto nro. 13 del 29 de abril de 2022] mediante el cual la Convocante convoca al amigable componedor el 26 de febrero de 2021, se expresa que la Ley Aplicable resultaba ser, a su juicio, << la vigente a la suscripción del CONTRATO, vale decir, los Decretos 2820 de 2010 y 2041 de 2014>>, y con base en los términos previstos en estas normas procedió al cálculo del término previsto en la Sección 8.1.(e)(i) del Contrato para la configuración de la Fuerza Mayor Ambiental.” En el mismo sentido, se manifiesta la Convocante en la página 68 de su escrito de convocatoria.

Luego, al contestar la Convocatoria realizada por Covimar, la ANI hizo referencia también al tema de la <<Ley Aplicable>> de cara al cálculo del plazo previsto en el Contrato para la configuración de la Fuerza Mayor Ambiental. Así, en el numeral 1.3. (p. 121 y siguientes), fue enfática en decir que la normativa aplicable al procedimiento de licenciamiento ambiental y, por ende, la que define la manera de empezar a contar el plazo previsto en la Sección 8.1.(e)(i) del Contrato, es la contenida en el Decreto 1753 de 1994, en virtud del régimen de transición previsto tanto en el Decreto 2041 de 2014 como en el Decreto 1076 de 2015.

Sin embargo, no es que la ANI haya manifestado una opinión frente a la Ley Aplicable, sino que simplemente se limitó a traer a colación lo que ya previamente habría sido decidido por la Autoridad Ambiental competente, la ANLA, con respecto a este tema. Por eso, manifiesta la ANI, <<no es competencia de la Agencia Nacional de Infraestructura, ni de la Interventoría, determinar el régimen legal del trámite en curso, pues es la ANLA como Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, (sic) la autoridad administrativa suprema para determinarlo y quien bien se lo aclaró al Concesionario desde el año 2015>>⁴⁹ [Cuaderno de Pruebas, prueba documental 1C, p. 123, aportada con la contestación de la demanda y decretada mediante Auto nro. 13 del 29 de abril de 2022].

Es decir, en otras palabras, para la ANI no había controversia en torno a la Ley Aplicable y para ella era claro que no le era dable a las partes contractuales entrar a definir la normativa aplicable para el procedimiento de licenciamiento ambiental, simplemente porque ya la autoridad ambiental competente lo había definido previamente”.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

En otras palabras, concluye la ANI que *"nunca fue intención de la ANI someter al conocimiento del amigable componedor lo relativo a la <<Ley Aplicable>>"* y que *"no habiendo norma contractual alguna que expresamente señale que el amigable componedor puede ser convocado para resolver sobre las discrepancias en torno a la <<Ley Aplicable>>, y no habiendo las partes celebrado algún tipo de acuerdo posterior en el que aceptaran la posibilidad de que así fuera, la actuación del Panel en este punto resulta ser abiertamente exorbitante al ámbito del mandato conferido"*⁶⁷.

COVIMAR se refiere a los argumentos con que la ANI busca sustentar las excepciones que atacan la validez de la Amigable Composición de 01 de julio de 2021 en sus alegatos de conclusión, acápite 1.2.2.7. (*"Los reparos de la ANI a la decisión del Panel de Amigable Composición constituyen una inconformidad subjetiva a la manera de una 'apelación', pero no causales de ilegalidad de la decisión del Amigable Componedor. Legalidad de la decisión del Panel de Amigable Composición"*). Previamente, en el acápite 1.2.1., donde se analiza *"LA DECISIÓN DEL PANEL DE AMIGABLE COMPOSICIÓN"*, el escrito objeto de análisis relaciona las disposiciones del contrato de concesión, parte general, que regulan la solución de controversias, incluyendo las que se deriven de la terminación anticipada.

A partir del testimonio de la Supervisora Ambiental de la ANI, COVIMAR interpreta la argumentación de esa entidad estatal como una proyección de los análisis previos a la amigable composición y que más que jurídicos obedecen a criterios propios de la ingeniería ambiental. Proyección que busca sustentar un improcedente *"recurso de apelación"* y que se ha venido manifestando en una actitud procesal de la ANI que el alegato de conclusiones de la concesionaria describe en los siguientes términos: *"Y es que la ANI todo el tiempo ha intentado desconocer, incluso después de proferida la decisión del Panel de Amigable Composición, las diferentes estipulaciones y documentos contractuales que debían tenerse en cuenta para la configuración de la aludida Fuerza Mayor Ambiental[...]"*⁶⁸.

Dentro de esta línea argumental, COVIMAR recuerda que el Tribunal Arbitral no tiene la calidad de *"superior funcional del Panel de Amigable Composición, y que en esa medida es absolutamente impertinente venir a este foro a ventilar la inconformidad subjetiva de la ANI con la decisión del Amigable Componedor a manera de un recurso de apelación"*²³. [Cita de laudo arbitral de 13 de julio de 2018, Sociedad Concesionaria Montes de María vr. ANI].

⁶⁷ Alegatos de Conclusión de la Convocada, P. 43.

⁶⁸ Alegatos de Conclusión de la Convocante, P. 49.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

Además, COVIMAR rechaza la defensa de la ANI cuando esta entidad estatal afirma que la amigable composición definió el régimen aplicable a la licencia ambiental y con ello desconoció la fuerza vinculante de los actos administrativos de la ANLA sobre el régimen aplicable al trámite de la licencia ambiental y, por consiguiente, extendió su decisión a asuntos ajenos a la libre disposición de las partes. Al respecto se lee en los alegatos de conclusión de COVIMAR, en la página 50:

“Y en esto es importante censurar categóricamente lo que ha venido a decirse en este Tribunal de Arbitramento por la ANI, en el sentido en que en la Amigable Composición se decidió que el régimen legal aplicable al licenciamiento ambiental era uno cualquiera, pues no fue esa ninguna de las peticiones del CONCESIONARIO, y no fue ese ninguno de los razonamientos del Amigable Compondedor ni ninguna de las decisiones adoptadas. Lo que se discutió allí – y esa era la competencia del Amigable Compondedor – era cual era el referente contractual para el conteo del término para la configuración de la Fuerza Mayor Ambiental, siendo posible sí o no, que el referente contractual coincidiera con el régimen aplicable al licenciamiento o que las PARTES hubieran convenido contractualmente en otro referente para sus efectos internos de la ejecución contractual”.

La Señora Procuradora 134 Judicial II para Asuntos Administrativos de Bogotá, Agente del Ministerio Público en este trámite arbitral, al rendir su concepto de fondo se refiere a las disposiciones sobre mecanismos alternativos para la solución de conflictos en el marco de la habilitación excepcional que el artículo 116 de la Constitución Política permite para que los particulares administren justicia. Al respecto llama la atención sobre la falta de inclusión de la amigable composición como mecanismo para el ejercicio de funciones jurisdiccionales y destaca las peculiaridades de esta forma de heterocomposición a la luz de las leyes 446 de 1998, 1563 de 2012, 1682 de 2013 y 1742 de 2014, con énfasis en la amigable composición que puede llegar a pactarse por las entidades estatales. En esa línea argumental, sin adentrarse en el contenido de las excepciones que se analizan en este apartado del laudo, sí llama la atención del Tribunal sobre el cauce que impone el propio Contrato de Concesión No. 01 de 2015 a los amigables componedores, señalándoles que sus decisiones deberán ser en derecho y prohibiendo las que puedan considerarse fundadas en la equidad (capítulo XV-15.1(f) sobre alcance de las decisiones del amigable componedor).

8.2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

Como marco conceptual básico para abordar las excepciones que conciernen a la nulidad y eficacia de la amigable composición, el Tribunal se pronunciará sobre el alcance de su competencia, teniendo en cuenta que el problema que se plantea

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

concierno a un acto jurídico que, si bien participa de algunas de las características del contrato de mandato por ministerio de la ley (artículos 59 y 60 de la Ley 1563 de 2012), *“producirá los efectos legales propios de la transacción”*. Y, esos efectos, en términos del artículo 2483 del Código Civil, son los de *“cosa juzgada en última instancia”*. Sin perjuicio de que se pueda solicitar la declaración de nulidad o la rescisión, como lo prescribe el mismo Código Civil en los artículos 2475 y siguientes. Porque, la fuerza de cosa juzgada en última instancia que el ordenamiento vigente otorga a las decisiones de los amigables componedores constituye una clara limitante al análisis que puede hacer el Tribunal Arbitral en relación con el fondo de la decisión que tomó el panel permanente el 01 de julio de 2001 y cuya nulidad y eficacia se reclama por la ANI como base de su defensa en este proceso. Fuerza vinculante que el Tribunal Arbitral recuerda a las partes, fue reconocida por ellas en el literal a) del numeral 15.1. de la parte general del Contrato de Concesión No. 001 de 2021.

En este orden de ideas, deja claro este Tribunal que con fundamento en el artículo 303 del Código General del Proceso, su análisis de la amigable composición se centrará únicamente en la existencia de un objeto ilícito y en el posible desbordamiento del mandato conferido al amigable componedor. Por consiguiente, dejará de lado cualquier discusión sobre los criterios de interpretación del contrato que haya empleado el panel para decidir los asuntos que fueron sometidos a su consideración, así como el análisis y la valoración del material probatorio que tomó como fundamento de su decisión. Obrar de otra manera llevaría a juez arbitral a actuar como juez de instancia respecto de una decisión que la ley prevé como obligatoria e intangible.

Al respecto, trae a colación el Tribunal el marco jurisprudencial de la amigable composición. Así, se destaca que la Corte Constitucional en Sentencia C-330 de 2012, indicó: *“Como consecuencia de su naturaleza contractual, el compromiso suscrito entre las partes a partir de la decisión del amigable componedor no es susceptible de ningún recurso de tipo procesal. La única forma de controvertir dicho arreglo es precisamente demandando su eficacia como acto jurídico. En estos términos, habría que demostrar, entre otros, la falta de capacidad de las partes, la ausencia de consentimiento, la existencia viciada del mismo o la presencia de objeto o causa ilícita”*.

En igual sentido lo ha establecido en Consejo de Estado, mediante diversos pronunciamientos, entre ellos mediante Sentencia del 15 de abril de 2015, en la cual sostuvo:

“la decisión de los amigables componedores, una vez realizada de acuerdo con la ley, tiene fuerza de cosa juzgada en el sentido de obligar a las partes, es decir que habiéndose perfeccionado la decisión que desata la controversia, se

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

extingue imperativamente la disputa y la decisión no puede ser desconocida con el propósito de llevar la misma diferencia ante la jurisdicción. Es menester destacar que resulta improcedente el recurso de anulación frente a la decisión adoptada por los componedores teniendo en cuenta que la decisión de los amigables componedores no tiene la categoría de Laudo Arbitral. Ello no significa que la decisión escape al contencioso contractual, se debe tener presente que habría lugar a la anulación de la decisión emanada de los componedores, en la misma forma y por las mismas causales en que un acuerdo del contrato estatal puede ser materia de declaración judicial de nulidad. (Subraya nuestra)

También, en relación con la forma como se debe enfrentar el tema de la nulidad de la amigable composición, recuerda el Tribunal que las nulidades son taxativas y tienen carácter restrictivo, y deberán ser alegadas por las partes, y solo podrán declararse de oficio cuando estas resulten manifiestas y evidentes.

La Corte Suprema de Justicia, ha considerado que *“la invalidez del negocio jurídico proyectada en la nulidad absoluta «ostenta tipicidad legal rígida (pas de nullité sans texte), presupone texto, norma o precepto legal previo y expreso, al corresponder exclusivamente a la ley establecer su disciplina, causas y efectos; exige declaración judicial previo proceso con comparecencia de los contratantes y sujeción a las garantías constitucionales, en especial, el debido proceso; entraña, la terminación del acto y su restitución al statu quo ante si es total (...) como si el negocio jurídico no se hubiere celebrado, excepto aquellos efectos no susceptibles de deshacer por su naturaleza, lógica o consumición o, si afecta el núcleo estructural o existencial del contrato (essentialia negotia); admite saneamiento, ratificación o convalidación, salvo norma legal expresa en contrario; puede oponerse por excepción o ejercerse como acción» y aunque la legitimación para incoarla «está reservada a la parte o sujeto contractual» debe declararse ex officio «cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato» y podrá invocarse por todo el que tenga interés en ello, el Ministerio Público o quien “acredite un interés directo para pedir que se declare la nulidad absoluta”» (CSJ SC 7 febr. 2008, RAD. 2001-06915-01; CSJ SC 1º jul. 2008, rad. 2001-00803-01 y CSJ SC 6 mar. 2012, rad. 2001-00026-01)⁶⁹. (Subraya nuestra)*

⁶⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 15 de diciembre de 2021. Ref. 11001-31-99-002-2016-00315-01. M.P. Dra. HILDA GONZÁLEZ NEIRA.

En igual sentido, la Sentencia de seis (06) de marzo de dos mil doce (2012), Rf. 11001-3103-010-2001-00026-01 MP. Dr. WILLIAM NAMÉN VARGAS: “La invalidez del negocio jurídico proyectada en la nulidad absoluta y relativa, rectius, anulabilidad, ostenta tipicidad legal rígida (pas de nullité sans texte), presupone texto, norma o precepto legal previo y expreso, al corresponder exclusivamente a la ley establecer su disciplina, causas y efectos; exige declaración judicial previo proceso con comparecencia de los contratantes y sujeción a las garantías constitucionales, en especial, el debido proceso; entraña, la terminación del acto y su restitución al statu quo ante si es total o, sólo de la parte afectada cuando es parcial, como si el negocio jurídico no se hubiere celebrado, excepto aquellos efectos no susceptibles de deshacer por su naturaleza, lógica o consumición o, si afecta el núcleo estructural o existencial del contrato (essentialia negotia); admite saneamiento, ratificación o convalidación, salvo norma legal expresa en contrario; puede oponerse por excepción o ejercerse como acción; la legitimación para incoarla está reservada a la parte o sujeto contractual, pero la absoluta debe declararse ex officio “cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato” y podrá invocarse por todo el que tenga interés en ello, el Ministerio Público o quien “acredite un

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

En el presente caso, dado que la controversia se origina en el alcance dado a la mención de "ley aplicable", podemos inferir que lo que se discute es sí la decisión del Amigable Componedor está incurso en la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito.

La Corte Suprema de Justicia, al analizar la pérdida de validez de un contrato con base en la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito, precisa su alcance en los siguientes términos *"El ius cogens, derecho imperativo de la Nación u orden público, representa una restricción a la autonomía privada dispositiva (cas. civ. sentencia de 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01), y su vulneración, a no dudar, produce la nulidad absoluta del contrato o de la estipulación afectada, ampara principios y valores fundamentales del sistema jurídico por constituir "núcleo central, medular, básico, cardinal, primario e inmanente de intereses vitales para la persona, la existencia, preservación, armonía y progreso de la sociedad [...] valores, principios e ideales considerados esenciales al concernir a materias, asuntos o intereses esenciales para la organización social en determinado momento histórico, en función al respeto y primacía de valores fundamentales del ordenamiento jurídico, la libertad, la democracia, los intereses individuales o sociales. En general, su concepto tutela razonables intereses nacionales vinculados a la organización política, económica o social del país, y no admite sustitución, cambio, modificación, derogación ni exclusión por decisión particular"*, sea "positivo, si prescribe cómo y qué debe hacerse, ora negativo, al verterse en restricciones, limitaciones o prohibiciones, y puede obedecer a factores estrictamente políticos, económicos o sociales con sentido directivo o protector de ciertos intereses, situación, posición económica, social o jurídica", "como mecanismo para la organización, productividad, eficiencia y equidad del sistema económico, [donde] hay una economía dirigida (orden público de dirección), y en ocasiones, para proteger determinados intereses (orden público tutelar o de protección) en razón de cierta posición económica, social, jurídica, factores sociales (Estado providencia, proteccionismo social) para proveer al bienestar social y la satisfacción de las necesidades económicas de los ciudadanos, suprimir o atenuar manifiestas desigualdades socio-económicos (contratos de adhesión, derecho del consumo), ora económicos (política deflacionista-control de precios-de crédito, derecho de la competencia, interés general)", esto es, actúe en sentido político, social o económico (cas. civ. sentencias exequátur de 8 de noviembre de 2011, exp. E-2009-00219-00, y sentencia de 19 de octubre de 2011, exp. 11001-3103-032-2001-00847-01)".

Aclarado el alcance de la competencia del Tribunal Arbitral para decidir sobre las excepciones de nulidad e ineficacia que esgrime la ANI, corresponde a este Tribunal entrar a analizar el tema objeto de disputa partiendo de la existencia del

interés directo para pedir que se declare la nulidad absoluta" (cas. civ. sentencias de 7 de febrero de 2008, exp. 2001-06915-01 y 1º de julio de 2008, ex. 2001-00803-01)."

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

pronunciamiento previo efectuado por el Panel de Amigable Composición del pasado 1 de julio de 2021, estando impedido para adentrarse en la interpretación y consecuente decisión adoptada por él, en relación con los temas que ya fueron objeto de discusión en dicho escenario.

8.2.1. Control de legalidad de la amigable composición del 1 de julio de 2021.

Para decidir las excepciones propuestas por la ANI en relación con la nulidad de la amigable composición de 01 de julio de 2021 el Tribunal volverá sobre la naturaleza misma del Contrato de APP 001 de 2015 y su régimen jurídico. Dado que los argumentos que invoca la ANI giran en torno del régimen propio de la obtención de la licencia ambiental para el proyecto concedido y de manera especial respecto de las funciones de la ANLA y a la fuerza ejecutiva y ejecutoria de los actos administrativos que ella profiere, el Tribunal pondrá especial atención a la forma como en el derecho colombiano deben interactuar y relacionarse, de una parte, el engranaje normativo del contrato, individualmente considerado, con las normas generales que le son aplicables según su naturaleza y a las que son aplicables, de manera general, a actividades necesarias para la ejecución de su objeto y la realización de los cometidos que les son propios.

8.2.2. La naturaleza financiera del contrato de concesión bajo el esquema de APP No. 001 de 2015.

En la cláusula 2.6. (a)(xi) de la parte general del contrato el Concesionario "*declara y garantiza*" entre otras cosas, que conoce la naturaleza financiera de la concesión para "[*la financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación, mantenimiento y reversión del corredor Mulaló-Loboguerro...*" (cláusula 3.2 de la Parte Especial del Contrato). Contrato que se suscribió dentro del marco de la Ley 1508 de 2012, que concretó una de las herramientas previstas en el plan nacional de desarrollo 2010-2014 para fortalecer la generación de infraestructura en diferentes sectores de la economía: las Asociaciones Público Privadas.

El diseño normativo de las APP hace énfasis en su condición de herramienta de desarrollo a través de la vinculación de recursos privados para la realización de proyectos que permitan disminuir brechas sociales que el Estado no puede enfrentar de manera directa y exclusiva [Ver Bases PND 2010-2014, Ps. 157 y 158]. Herramienta ésta que se puede canalizar a través de tipos contractuales diversos, entre los que se destacan las concesiones.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

Sin importar la figura contractual que se adopte, la Ley 1508 de 2012, en concordancia con las bases del PND 2010-2014, hace énfasis en la forma como deben estructurarse los proyectos para garantizar tanto el interés de los inversionistas privados, como de los de las entidades estatales a cargo. Así, al establecer los principios generales que gobiernan las APP en el sistema colombiano, además de la aplicación de los principios de *"la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal"*, el artículo 4º establece el principio de la eficiencia en la asignación de riesgos. Así se lee en el inciso tercero de esta disposición *"[e]stos instrumentos deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, 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"*.

La mención especial que se hace al tema de la previsión de los riesgos tiene su razón de ser en la necesidad de realizar una interpretación sistemática de los contratos a través de los cuales se materializan proyectos de APP, de manera que se entienda que el clausulado de los mismos constituye un conjunto que en sí mismo garantiza el equilibrio entre los riesgos que asumen las partes, tanto pública como privada.

En ese orden de ideas, las previsiones que en el contrato que se analiza regulan eventos de fuerza mayor (por la demora en la expedición de la licencia ambiental, por redes, predial, por la ocurrencia de eventos eximentes de responsabilidad, por demoras en la consulta previa con comunidades), obedecen a la lógica de establecer, dentro del ámbito puramente comercial, las consecuencias de situaciones que, al construir la matriz de riesgos de la concesión, fueron asumidos por cada una de las partes dentro de la lógica de que los riesgos deben ser asumidos por quien está en mejores condiciones para mitigarlos. Lógica que también corresponde a la necesidad de atender las expectativas financieras y económicas de quienes aportan los recursos para el desarrollo de proyectos de interés público.

Pues bien, como se observa en la matriz de riesgo que se ha analizado en el acápite 6 de las consideraciones de este Laudo, la fuerza mayor ambiental es un riesgo PÚBLICO – MEDIO ALTO que se define como la *"[f]uerza mayor por demoras en más de un 150% del tiempo máximo establecido por la normatividad vigente para la expedición de la licencia ambiental por causas no imputables al concesionario y/o decisiones de autoridades judiciales que afecten la UF 3"*. Riesgo que difiere de los que se pactaron en el área AMBIENTAL&SOCIAL, donde las *"[d]emoras en la obtención de las licencias y/o permisos"* se asignaron al particular con una probabilidad también MEDIA-ALTA.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

Como consecuencia del riesgo que asumió la entidad estatal en relación con la posibilidad de que las demoras en la obtención de la licencia ambiental superasen el máximo previsto en el contrato, resulta lógico que la definición de los distintos elementos sobre los cuales se construyó la voluntad de las partes no quedase al arbitrio de ninguna de ellas. Porque no puede soslayarse la circunstancia de que si bien las autoridades ambientales son terceros en el contrato no dejan de formar parte de la administración nacional y de estar obligadas a actuar de manera coordinada con los proyectos de interés general a cargo de otras entidades estatales, entre ellas la ANI (artículos 113 y 209 C.P.⁷⁰, artículos 5º y 6º de la Ley 489 de 1998⁷¹). En este orden de ideas hay que destacar que proyectos como el de la vía Mulaló–Loboguerrero sobrepasan el ámbito de la gestión directa de las distintas entidades del Estado y comprometen el interés general plasmado en los planes y programas de desarrollo a nivel nacional, en un escenario donde el principio de coordinación es el que justifica que la entidad concedente asuma riesgos que se relacionan con la conducta de otras autoridades y deba enfrentar las consecuencias de su ocurrencia.

Siendo que la fuerza mayor ambiental que se debate ha sido asumida por la entidad estatal como un riesgo a su cargo, afirmar por la vía de la interpretación del contrato que las decisiones de la ANLA dentro del marco del trámite de licencia ambiental son las que determinan los parámetros temporales para entender cuándo se configura este riesgo, podría generar una situación de desequilibrio en la forma como las partes estructuraron su relación negocial. De ahí que se encuentre como posible y ajustado a derecho, que independientemente de las vicisitudes de los trámites ante otras

⁷⁰ Se destaca el texto del artículo 209 de la C.P. por su importancia para el presente asunto:

“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”. (Negritas fuera del original)*

⁷¹ También se considera necesario transcribir los textos de los artículos 5º y 6º de la ley 489 de 1998:

Modalidades de la acción administrativa

“ART. 5º—Competencia administrativa. Los organismos y entidades administrativos deberán ejercer con exclusividad las potestades y atribuciones inherentes, de manera directa e inmediata, respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo.

Se entiende que los principios de la función administrativa y los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad consagrados por el artículo 288 de la Constitución Política deben ser observados en el señalamiento de las competencias propias de los organismos y entidades de la rama ejecutiva y en el ejercicio de las funciones de los servidores públicos.”

“ART. 6º—Principio de coordinación. En virtud del principio de coordinación y colaboración, las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales.

En consecuencia, prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones y se abstendrán de impedir o estorbar su cumplimiento por los órganos, dependencias, organismos y entidades titulares.

PAR.—A través de los comités sectoriales de desarrollo administrativo de que trata el artículo 19 de esta ley y en cumplimiento del inciso 2º del artículo 209 de la Constitución Política se procurará de manera prioritaria dar desarrollo a este principio de la coordinación entre las autoridades administrativas y entre los organismos del respectivo sector.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

autoridades, los conflictos sobre la ocurrencia de esta clase de riesgos se hayan sometido a la amigable composición dentro del marco normativo que las partes previeron inicialmente en el contrato. Parámetros que obedecen a la lógica de hasta dónde se extienden las cargas de cada parte en el negocio jurídico, que en nada choca con la dinámica propia de los trámites a cargo de otras entidades o autoridades del Estado, en este caso la ANLA.

Las disposiciones contractuales que se analizan de ninguna manera condicionan el ejercicio de las funciones que la ley ha asignado a las autoridades ambientales. Al contrario, lo que resulta evidente es que el régimen de licenciamiento ambiental es externo al contrato, lo mismo que las decisiones de las autoridades administrativas competentes; también, que el devenir de los trámites de licenciamiento ambiental puede tener impactos sobre los parámetros de las partes al asumir sus obligaciones contractuales, con consecuencias que fueron expresamente previstas en el contrato objeto de análisis y cuya valoración debe estar garantizada en un marco de total imparcialidad como el que ofrece un panel de amigables componedores.

Conforme con los razonamientos precedentes, es posible afirmar que a la luz de las normas aplicables al mecanismo de APP y de las normas sobre organización administrativa, los argumentos que pretenden sustentar la nulidad de las cláusulas que asignan a los amigables componedores la función de definir si ha ocurrido o no la fuerza mayor ambiental a la que se refiere el contrato en el punto 8.1 (e) de la Parte General carecen de fundamento.

En cuanto concierne a solicitud de nulidad de la amigable composición tampoco se observa causal de nulidad absoluta, en la medida en que las decisiones del panel se refirieron al entendimiento de los elementos constitutivos de la fuerza mayor ambiental dentro de las condiciones propias del Contrato de Concesión sin adentrarse en el ámbito de competencia de las autoridades ambientales.

En síntesis, durante el trámite arbitral la convocada argumentó -machaconamente- el objeto ilícito debido a haberse pronunciado el Panel de Amigable Composición sobre la ley aplicable a la fuerza mayor ambiental. Empero, para este Tribunal es claro que ni las cláusulas del contrato que en general defieren al amigable componedor la decisión de los conflictos referentes a la fuerza mayor ambiental, ni la decisión del amigable componedor de 1 de julio de 2021, por medio de la cual declaró la ocurrencia de la fuerza mayor ambiental, incurren en violación del ordenamiento superior que permita configurar la causal de nulidad por objeto ilícito planteada como excepción por la Convocada.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

8.2.3. EXCEPCIÓN RELACIONADA CON LA INEFICACIA DE LA DECISIÓN DEL PANEL DE AMIGABLES COMPONEDORES POR EXTRALIMITACIÓN EN EL EJERCICIO DEL MANDATO (3.2.)

Con fundamento en los artículos 60 de la Ley 1563 de 2012; 1266 del Código de Comercio; y 2159 y 2186 del Código Civil, la ANI reclama la "inoponibilidad" de la amigable composición de 01 de julio de 2021 por extralimitación del mandato, en la medida en que en su condición de convocada *"dio por sentado que lo que debía aplicarse [al trámite de la licencia ambiental] era el régimen e (sic) transición del Decreto 1076 de 2014 y, por ende, aplicar los términos previstos para el procedimiento de licenciamiento ambiental en el Decreto 1753 de 1994."* y no discutió el tema. Asimismo, para confirmar que la ANI no habilitó al Panel de Amigables Componedores para pronunciarse sobre la ley aplicable en este aspecto, transcribe los términos de la convocatoria contenida en la prueba documental 1ª. Transcripción que se incluye a continuación.⁷²

"De esta manera, para efectos de definir la duración del trámite ambiental, según la propia definición de Ley Aplicable pactada por las PARTES, es preciso indicar que la norma de licenciamiento ambiental que se encontraba 'vigente en la República de Colombia' para el momento en que suscribió el CONTRATO de 22 de enero de 2015, eran los Decretos 2820 de 2010 y 2041 de 2014, los cuales fueron unificados mediante el Decreto 1076 de 2015".

Además, en relación con la ineficacia de la amigable composición la ANI recuerda que el mandato otorgado por esta entidad no podía extenderse a un tema donde la definición de lo que era la ley aplicable ya había sido definida por la autoridad competente y era por completo extraño al ámbito de la libre disposición de las partes. Así, se lee en la contestación a la reforma de la demanda.⁷³

Ante estos argumentos, se recuerda que, en general, el régimen de la actividad de los amigables componedores está conformado por las normas reguladoras de los contratos de mandato, de transacción y de la figura de la amigable composición propiamente dicha. Normas que circunscriben el objeto del mandato a controversias contractuales sobre las cuales las partes puedan disponer libremente (artículo 59 de la Ley 1563 de 2012) y respecto de las cuales los amigables componedores hayan recibido expresa instrucción o, como lo dice literalmente el artículo 59 de la ley 1563 de 2012, delegación de las partes en el negocio jurídico. En general, la habilitación que reciben los amigables componedores se asimila a la que reciben los mandatarios en el contrato de mandato. De ahí que tanto dentro de la normativa del Código Civil

⁷² Folio 29 de la contestación a la demanda reformada:

⁷³ Folios 29 y 30 de la contestación de la demanda reformada.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

(artículo 2157), como del Código de Comercio (artículo 1266) se concluya que los amigables componedores no pueden ejercer sus funciones sino dentro de los parámetros señalados por quienes los designan, dentro del marco de un conflicto que corresponde determinar y precisar claramente a quienes comparten la relación contractual en situación de conflicto.

En el caso del Contrato de Concesión por APP 001 de enero de 2015, la amigable composición ha sido materia de desarrollo exhaustivo, a través de parámetros que, de manera completa, la prefiguran como un instituto idóneo para solucionar determinados litigios. De ahí que el ordenamiento contractual prevea de manera especialmente regulada, la posibilidad de un panel permanente de amigables componedores para solucionar conflictos que surjan en relación con determinados temas, expresamente previstos en el acuerdo de voluntades. Ello sin perjuicio de la opción de paneles transitorios (caso a caso) (Cláusula 15.1 del Contrato, Parte General). Cabe advertir que las partes en el contrato que se analiza adoptaron la modalidad del panel permanente, con lo cual extendieron los efectos habilitantes a sus tres integrantes para decidir todos aquellos conflictos respecto de los cuales distintas disposiciones contractuales ordenan recurrir a esta forma de solución. En otras palabras, la decisión de las partes impone al Tribunal tener en cuenta el literal (d), del numeral 15.1 del Contrato, cuyo texto es el siguiente:

“El Amigable Componedor estará compuesto por tres (3) personas naturales seleccionadas de conformidad con lo señalado en la Sección 15 .1 (e) siguiente, las cuales definirán de manera vinculante e imparcial para las Partes las controversias que surjan entre ellas y respecto de las cuales este Contrato establezca expresamente la posibilidad de acudir al Amigable Componedor. Lo anterior sin perjuicio de que cualquier otra controversia pueda ser sometida a este mecanismo de solución, previo acuerdo entre las Partes”.

Ahora bien, uno de los tópicos que expresamente decidieron las partes que fuera objeto de amigable composición en situaciones de conflicto entre ellas, fue el de la fuerza mayor ambiental. Así se observa de la simple lectura de la cláusula (ii) del literal (e) de la cláusula 8.1 del contrato de concesión parte general, donde expresamente se delega en el amigable componedor la solución de las controversias que surjan en esta materia:

“(iii) La Fuerza Mayor Ambiental será aplicable siempre que las situaciones descritas en las Secciones 8.1(e)(i) y 8.1(e)(ii) anteriores no se deban a causas imputables al Concesionario. Para estos efectos, el Concesionario presentará un informe describiendo las causas de Fuerza Mayor, adjuntando los respectivos

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

soportes documentales que den cuenta de la suficiencia de sus actuaciones. Cualquier controversia sobre la ocurrencia o no de una Fuerza Mayor Ambiental será dirimida por el Amigable Componedor".

De esta disposición surge claramente que la habilitación para definir el conflicto que se presentó entre la ANI y COVIMAR en relación con la ocurrencia de la fuerza mayor ambiental viene directamente del contrato y que, independientemente de si una de las partes estaba o no de acuerdo con esta forma de solucionar el conflicto entre ellas, esta era la vía acordada y, por tanto, obligatoria. Razón por la cual no observa que los amigables componedores hayan incurrido en extralimitación del mandato cuando se pronunciaron sobre la fuerza mayor ambiental el 1 de julio de 2021.

Ahora bien, dado que la ANI estructura su defensa en torno de la expresión "Ley Aplicable", que constituye uno de los elementos de la "Fuerza Mayor Ambiental", el Tribunal tiene que extender su reflexión al alcance de los puntos (ii) y (iii) del literal (e) de la cláusula 8.1. para concluir si el panel sobrepasó o no el ámbito de su habilitación. Para estos efectos se transcribe la parte pertinente del Contrato de Concesión:

"Fuerza Mayor Ambiental. Habrá Fuerza Mayor Ambiental si ocurriese cualquiera de los siguientes eventos:

- (i) Transcurriere más de un ciento cincuenta por ciento (150%) adicional del tiempo máximo establecido por la Ley Aplicable para la expedición de la Licencia Ambiental -en caso de requerirse dicha Licencia-, contados a partir de la radicación del Estudio de Impacto Ambiental por el Concesionario (o de la última complementación de dicho estudio, si es que la Autoridad Ambiental requiere complementaciones por parte del Concesionario), sin que la Autoridad Ambiental otorgue la Licencia Ambiental, o*
- (ii) Si de acuerdo con la Ley Aplicable la consulta previa con comunidades fuere necesaria para ejecutar el Proyecto, y transcurrieren más de trescientos sesenta (360) Días contados desde la primera convocatoria -formulada de conformidad con lo previsto en la Ley Aplicable- a la comunidad afectada por el Proyecto, sin que se hubiere logrado culminar el procedimiento de consulta previa."*

Consultado el texto del contrato en su integridad, no se encuentra ninguna previsión clara, expresa, incontrovertible sobre la ley aplicable para calcular el término de la fuerza mayor contractual. Al contrario, sin un trabajo de hermenéutica para esclarecer la noción de "Ley Aplicable" en el contexto de las previsiones transcritas, el Amigable

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

Componedor no hubiera podido cumplir con el mandato que le confirieron la ANI y COVIMAR para decidir la controversia sobre la ocurrencia de fuerza mayor.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal Arbitral negará la excepción relativa a la ineficacia e inoponibilidad de la amigable composición de 1 de julio de 2021.

8.3. DECISIÓN DE LAS PRETENSIONES PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA JUNTO CON SUS EXCEPCIONES.

Procederá el Tribunal al estudio conjunto de las pretensiones primera, segunda y tercera -y al análisis de las excepciones de fondo 3.3, 3.4 y 3.5 planteadas en el escrito de contestación a la reforma de la demanda- debido a su inexorable vínculo lógico, fáctico y jurídico. En efecto, la primera busca que se decrete la configuración de la causal de terminación anticipada del contrato en virtud de la decisión del Panel de Amigables Componedores del 1 de julio de 2021; la segunda que se declare un incumplimiento de la ANI con base en su supuesta omisión por reconocer la configuración de la causal de la terminación anticipada y la tercera que el Tribunal declare la terminación anticipada del vínculo que ata a las partes de este litigio, esto es, el Contrato de Concesión bajo el esquema APP No. 001 de 2015.

En los hechos iniciales de su reforma de demanda la Convocante expone lo que denomina "*La configuración de la causal de terminación anticipada del contrato*" y dentro de aquellos transcribe la parte decisoria del panel de Amigables Componedores del 1 de julio de 2021 dentro de la cual se destaca el numeral tercero, esto es, "*Reconocer que la Fuerza Mayor Ambiental ha tenido una duración que supera noventa (90) Días. En este sentido prospera la petición segunda de COVIMAR*" y el numeral quinto según el cual "*Reconocer que las circunstancias que originaron la Fuerza Mayor Ambiental y sus consecuencias (fundamentalmente la no obtención de la Licencia Ambiental), paralizaron sustancialmente la ejecución del CONTRATO, y que las obligaciones afectadas son de tal importancia que condujeron a la suspensión del plazo contractual. En este sentido prospera la petición quinta de COVIMAR*".

Para la Convocante, entonces, se configuró la causal de terminación anticipada del contrato, en la medida que se declaró la ocurrencia de una fuerza mayor con duración superior a noventa (90) días, y esto implicó la suspensión del plazo contractual, de conformidad con lo previsto en el ordinal (i) literal (b) de la Sección 17.2 de la Parte General del CONTRATO.

La Convocante, cita al Panel de Amigables Componedores cuando este señala:

"De esta manera, de acuerdo con lo indicado por los peritos, si se toman la fecha en que atendiendo el primer requerimiento de la ANLA se presentó la información adicional solicitada y lo que dispone el Decreto 1076 de 2015 que

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

es la norma vigente, esto es la ley aplicable, la fecha en que se cumple el término para que haya fuerza mayor ambiental es el 18 de octubre de 2019. Por consiguiente, concluye el Amigable Componedor, que si la fecha máxima era el 18 de octubre de 2019 y a la fecha no se ha expedido la licencia ambiental, han transcurrido más de 90 días, por lo que la segunda petición prospera y se reconoce que la Fuerza Mayor Ambiental o el Evento Eximente de Responsabilidad ha tenido una duración que supera noventa (90) Días".

Concluye la Convocante con lo que sigue:

"En consecuencia, como se desprende de lo dispuesto en el citado ordinal (i) literal (b) de la Sección 17.2. de la Parte General del CONTRATO y del contenido y alcance de los reconocimientos realizados por el Panel de Amigables Componedores, transcurridos noventa (90) días contados a partir del 18 de octubre de 2019, se configuró la causal de Terminación Anticipada del CONTRATO antes mencionada"⁷⁴.

Con posterioridad la Convocante en los hechos 9 y 10 indica que el día 7 de febrero de 2022 las partes suscribieron un acta de suspensión del Contrato de Concesión y transcribe lo que ella denomina "*las consideraciones esenciales del acta*" dentro de las cuales se halla la número 21 según la cual mientras se profiere la decisión de este tribunal de arbitraje, "[...] *LAS PARTES consideran prudente esperar la decisión del Tribunal y por tanto, encuentran viable suspender la ejecución de todas las obligaciones contractuales, salvo aquellas provenientes de obligaciones impuestas por las Autoridades Ambientales, cuya suspensión no puede ser acordada por las Partes, así como las correspondientes a la gestión predial en curso, la gestión del cobro de recursos a la Subcuenta Redes y los fondeos a la Subcuenta Amigable Componedor tal y como se pasa a explicar en los siguientes considerandos*".

Más adelante en el hecho catorce (14) la Convocante expone lo que sigue:

"Como consecuencia de la ocurrencia de la Fuerza Mayor Ambiental, las posibilidades de ejecución del proyecto se restringieron estrictamente al adelantamiento limitado de la gestión y adquisición predial, lo que significó una paralización sustancial de la ejecución del CONTRATO, tal como lo declaró el panel de amigables componedores. Dicha situación, esto es, la Fuerza Mayor Ambiental, impidió que el proyecto avanzara hacia la Fase de Construcción, razón por la cual no se ejecutaron las Inversiones previstas para esa fase contractual".

⁷⁴ Ver hecho No. 5 de la contestación de la reforma de la demanda.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

En los alegatos de conclusión la Convocante insiste y precisa su postura en los siguientes términos:

*"Específicamente el CONTRATO previó que desbordado el riesgo de duración del licenciamiento ambiental y si ello se prolongaba por 90 Días, ello por sí mismo sería considerado como extintivo de la permanencia de la voluntad de permanecer en obligación, y tal lapso fue superado con creces. Noventa Días después del 18 de octubre de 2019 se configuró la causal de Terminación Anticipada del CONTRATO antes mencionada, pero incluso sobrepasando ello, el CONTRATO no sólo se paralizó por 90 Días – lapso que fue considerado suficientemente grave por las partes al contratar- sino que estuvo paralizado por ausencia de Licencia Ambiental más de 730 Días hasta que se expidió la Licencia Ambiental y quedó en firme. De esta manera, de cara a la regulación contractual y de cara a la realidad de desquiciamiento del CONTRATO, cualquier hecho posterior a los 90 Días siguientes, es inane jurídicamente frente a la causal de Terminación Anticipada del CONTRATO, que se configuró, y que no es posible retrotraer en el tiempo. [...] Por demás, la Licencia no solamente fue expedida cuando ya se había configurado la causal de Terminación Anticipada del CONTRATO (2 años después) y luego de presentada la demanda arbitral, sin que su expedición tenga efectos retroactivos, sino que no es un instrumento que posibilite socialmente la ejecución del Proyecto. La posición de la comunidad es un riesgo materializado y desbordado que desfiguró el CONTRATO"*⁷⁵.

En los mismos alegatos de conclusión y basado en el análisis de la decisión del Panel de los Amigables Compondores y del testimonio de ADRIANA FAWCETT VARGAS, la convocante concluye:

*"[L]a obligación afectada por el Evento Eximente de Responsabilidad [la Licencia Ambiental] es de tal importancia, que condujo a la suspensión total del plazo contractual, en los términos previstos en la Sección 14.2 (g)(ii) de la Parte General del CONTRATO"*⁷⁶.

Ahora bien, sobre la legalidad y vinculatoriedad del pacto de terminación anticipada del contrato, la convocante hubo de precisar lo que sigue:

"La Terminación Anticipada del CONTRATO fue pactada por las PARTES, y en este sentido su voluntad fue comprometida en el sentido de culminar su relación contractual en presencia de las causales allí convenidas. Dicho acuerdo es legal en el marco de la autonomía de la voluntad y de cara al ordenamiento

⁷⁵ Alegatos de conclusión, p. 13 y 14.

⁷⁶ Ibidem, p. 32.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

jurídico, y ha sido expresamente reconocido como tal por la jurisprudencia. En este marco, quiere llamarse la atención que no es dable sustituir la voluntad de las PARTES y mantenerlas en el CONTRATO bajo el pretexto de la conservación del negocio jurídico, cuando, se insiste, bajo la autonomía de la voluntad y libre de todo vicio dieron su consentimiento para permanecer vinculadas solo si no se presentaban determinados supuestos de hecho y de derecho⁷⁷.

Ahora bien, como se anotó en el acápite inmediatamente anterior, el CONCESIONARIO propendió por la conservación del negocio jurídico más allá de cualquier esfuerzo exigible, como da cuenta el que habiéndose configurado la Fuerza Mayor Ambiental el 19 de octubre de 2019, y a su turno la causal de Terminación Anticipada del CONTRATO el 16 de enero de 2020, solamente acudió al Panel de Amigable Composición más de un año después – en febrero de 2021-, y en el entretanto dirigió todos sus esfuerzos a buscar de la ANI apoyo en el propósito de hacer viable el CONTRATO, sin recibir ningún tipo de manifestación positiva de la Entidad. A su turno, por el contrario, lo que se vio fue un "abandono" del proyecto por parte de la ANI, que se materializó en su mutismo en ocasiones y su rechazo expreso en otras a toda propuesta del CONCESIONARIO para responder a la desfiguración del CONTRATO. De otra parte, ese abandono del proyecto se evidenció en la decisión de la ANI de no volver a realizar los fondeos a su cargo desde el año 2019⁷⁸.

Para la Convocante el día 17 de enero de 2020, es decir, transcurridos 90 días contados a partir del 18 de octubre de 2019, se configuró la causal de terminación anticipada del contrato. *"De acuerdo con la decisión del Amigable Componedor, el 18 de octubre de 2019 se cumplió el plazo para la configuración de la Fuerza Mayor Ambiental. Los primeros 90 días de la suspensión reconocida por el Amigable Componedor, se cumplen el 16 de enero de 2020⁷⁹.*

Señala la Convocante que, conocida la decisión del Amigable Componedor del 1 de julio de 2021, el Concesionario le puso de presente a la ANI que por cada día que pasara sin que la entidad reconociera la terminación del contrato, se aumentaría el valor que la ANI debía reconocerle al Concesionario de acuerdo con la fórmula de liquidación prevista contractualmente y que, de iniciarse la etapa de construcción, cambiaría la fórmula de liquidación, siendo más favorable para el Estado la fórmula prevista para cuando se liquida antes de iniciarse la construcción⁸⁰. Agregó la Convocante que en ese contexto las partes suscribieron el 7 de febrero de 2022 el "Acta de Suspensión del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 001 de 2015", sobre la cual este Tribunal se manifestará con posterioridad.

⁷⁷ Ibidem, p. 45.

⁷⁸ Ibidem, p. 47.

⁷⁹ Ibidem, nota de pie de página No. 25.

⁸⁰ Alegatos de conclusión, p. 56.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

Y concluye la Convocante con la siguiente reflexión en torno de la referida Acta de suspensión:

"Así pues, no puede llamarse a equívocos sobre la naturaleza y razón de ser de dicha Acta, que no supone como lo afirma la ANI que antes no estuviera suspendido el plazo contractual, sino que lo que considera es que el plazo contractual estuvo suspendido entre el 29 de octubre de 2019 y noviembre de 2021 por decisión del Panel de Amigable Composición, y que habiéndose finalizado la suspensión declarada por haberse expedido la Licencia, resultaba aconsejable para el patrimonio público convenir en una nueva suspensión posterior⁸¹".

Solicita entonces que el Tribunal acceda a las pretensiones primera, segunda y tercera de la reforma de la demanda y declarar imprósperas las excepciones respectivas planteadas por la ANI.

8.3.1. Excepciones de la Convocada.

Frente a las pretensiones primera, segunda y tercera y los hechos que las sustentan expuestos en el escrito de reforma de la demanda, la convocada en su contestación a la referida reforma, se opone a ellas principalmente con el ejercicio de las siguientes excepciones de fondo: "*3.3. Falta de configuración de la terminación anticipada del Contrato de Concesión por APP No. 001 de 2015*"; "*3.4. Inexistencia de la obligación de la entidad contratante de declarar la terminación anticipada en los términos de la cláusula 17.2 (b) (i)*" y "*3.5. Superación del evento eximente de responsabilidad (fuerza mayor ambiental)*".

8.3.2. Sobre la falta de configuración de la terminación anticipada.

Respecto de la excepción de la "*falta de configuración de la terminación anticipada del contrato de Concesión por APP No. 001 de 2015*", la convocada arguye en esencia lo que sigue:

Que las causales de terminación anticipada contenidas en el inciso (i) del literal (b) de la Sección 17.2 de la Parte General del Contrato de Concesión por APP No. 001 de 2015, "*no operan ipso iure, sino que, por el contrario, se constituyen como supuestos para la terminación anticipada del contrato de naturaleza bilateral*"⁸².

⁸¹ Alegatos de conclusión, p. 62.

⁸² Contestación a la reformar de la demanda, p. 31.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

Para la Convocada la terminación anticipada requiere dos supuestos: la ocurrencia de un Evento Eximente de Responsabilidad (EER), cuya duración supere los noventa días y que haya paralizado la ejecución del contrato en su totalidad. *“El segundo supuesto [se refiere] a los eventos en los que las partes o el amigable componedor determinen que las obligaciones afectadas por el Evento Eximente de Responsabilidad son de tal importancia que hayan conducido a la suspensión total del plazo contractual, en los términos previstos en la Sección 14.2 (g) (ii) del CONTRATO”.*

Y agrega: *“[...] [P]ara que ambos supuestos se entiendan configurados, la disposición contractual establece 3 requisitos básicos y comunes, a saber: I) que la ocurrencia de cualquiera de ellos no sea imputable a ninguna de las partes, II) es necesario que cualquiera de las partes presente una solicitud a la otra y iii) se requiere de la ocurrencia de un Evento Eximente de Responsabilidad”⁸³.*

No basta la ocurrencia del Evento Eximente de Responsabilidad (EER) y de la presentación de la solicitud por una de las partes, es necesario, por ende, que la parte destinataria de la solicitud verifique los elementos restantes y asienta en convenir la terminación anticipada del contrato, debido a la naturaleza bilateral del supuesto de terminación anticipada que se analiza.

Para la Convocada existen tres modalidades de terminación unilateral anticipada del contrato: la unilateral (caducidad y por la causal primera del artículo 17 de la ley 80 de 1993), la bilateral y la arbitral. *“No existe, hasta el día de hoy, ni acuerdo entre las partes ni tampoco contamos con pronunciamiento en firme por parte de un tribunal de arbitramento”.* Y afirma: *“[L]a terminación anticipada del contrato solo se hará efectiva y, por ende, surtirá sus efectos a partir del momento en que, o bien se suscriba el respectivo acuerdo de las partes, o hasta tanto sea verificada la firmeza del laudo arbitral que así lo decida, siendo que ninguno de esos supuestos, se insiste, ha ocurrido en el presente caso”⁸⁴.*

Ahora bien, frente a la “suspensión total del plazo contractual”, sostiene que este elemento o requisito no se ha cumplido. Se requiere una parálisis del contrato en su totalidad.

El panel de amigables componedores sostuvo que sin la licencia no es posible iniciar la construcción: *“por lo que la falta de la licencia suspende la ejecución del contrato hasta que la misma se otorgue”.* Pero para la convocada:

“Según lo anterior, debemos concluir que, toda vez que el contrato consagra múltiples obligaciones, cada una con sus plazos propios, algunas de las cuales

⁸³ Ibidem, p. 32.

⁸⁴ Ibidem, p.35.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

resultan ser dependientes de la emisión previa de la licencia ambiental, y otras independientes a ella, la decisión del Panel, al referirse a la obligación de «construcción» que, según su opinión, depende de la expedición de la licencia ambiental, ha denotado que comprendía suspendido el plazo contractual con respecto a las obligaciones dependientes de dicha expedición, no así con respecto a las demás independientes»⁸⁵.

Para la Convocada, pues, al no resultar el contrato suspendido totalmente, no se entiende cumplido el requisito de la terminación anticipada. E indica: "[...] *muy diciente es el hecho que el Concesionario siguió cumpliendo con obligaciones a su cargo y rindiendo los respectivos informes, tanto antes de haber sido expedida la licencia ambiental como con posterioridad a su expedición*". Como soporte a sus afirmaciones realiza un cuadro comparativo de las obligaciones cuya ejecución dependían de la expedición de la licencia y de las que no⁸⁶. Y concluye: "*Además de las obligaciones relacionadas con la Gestión Ambiental, el Concesionario he venido ejecutando otro tipo de actividades relativas, entre otras, a la Gestión Predial y de Redes, durante todo el trámite del licenciamiento ambiental y con posterioridad a la expedición de la respectiva licencia*"⁸⁷.

Para la Convocada el Concesionario siguió ejecutando actividades relativas a la gestión de redes y además solicitó la aprobación de los respectivos pagos con cargo a la respectiva subcuenta y "*que corresponden a los gastos en los que acreditó haber incurrido para llevar a cabo el traslado de redes a lo largo del proyecto*".

Resulta entonces contradictorio que el Concesionario asuma que el contrato está suspendido totalmente y siga ejecutando obligaciones que no dependen de la expedición de la licencia ambiental.

Sostiene que una prueba adicional de que el contrato no estaba paralizado totalmente es la Acta de Suspensión Bilateral suscrita por las partes el 7 de febrero de 2022 con la cual se pactó la exclusión de ciertas obligaciones relacionadas con la gestión ambiental, predial y de redes "*las cuales deberán ser ejecutadas por el concesionario en tanto se surte el trámite arbitral*".

"En suma, se puede concluir que la actitud de las partes del CONTRATO, frente a la decisión del Panel de Amigables Compondores del 01 de julio de 2021, ha sido la de entender que la suspensión del plazo contractual al que se hace referencia en dicha decisión no resulta ser «total», y que la paralización del contrato tampoco ha sido absoluta, todo lo cual es exigido por la Sección 17.2.

⁸⁵ Ibidem, p.38.

⁸⁶ Ibidem, p. 39 a 44.

⁸⁷ Ibidem, p. 44.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

*para verificar la procedencia de la terminación anticipada del CONTRATO*⁸⁸, sostiene la convocada.

Adicionalmente refuta a la Convocante cuando en el hecho 14 de la reforma de la demanda afirma que *"las posibilidades de ejecución del proyecto se restringieron estrictamente al adelantamiento limitado de la gestión y adquisición predial"*, dado que para la convocada la ejecución del contrato se extendió también a las obligaciones derivadas de la gestión de redes.

En este orden de ideas, la Convocada concluye que no se ha cumplido el requisito de la suspensión "total" del plazo contractual exigido por la Sección 17.2. (b) (i) del contrato, para que se entienda como acaecida la terminación anticipada del contrato de concesión. Por el contrario, el concesionario ha debido continuar -como de hecho continuó- con otras obligaciones cuya ejecución no dependen de la expedición de la licencia ambiental.

Debido a todo lo expuesto, solicita se desestimen las pretensiones primera y tercera de la reforma de la demanda y que en caso de que el Tribunal declare la terminación anticipada del contrato, recaba, de manera subsidiaria, que el Tribunal *"deje claro que dicha terminación se entenderá configurada y, por ende, surtirá sus efectos, solo a partir de la firmeza del laudo arbitral emitido"*.

En los alegatos de conclusión la ANI se extendió en defensa de esta excepción invocada. Para la ANI la suspensión total, sea natural o acordada, implica la suspensión en el cumplimiento de la totalidad de actividades y obligaciones contractuales, es decir, una parálisis absoluta o total del contrato causada por la naturaleza propia del Evento Eximente de Responsabilidad (EER) o por el acuerdo de las partes. Señala la convocada:

*"Entonces, a partir de una lectura literal de la decisión del Panel de Amigables Componedores, se debe concluir que éste no definió uno de los elementos y exigencias sine qua non establecidos en la Sección 17.2.(b)(i) del Contrato para que resulte procedente su terminación anticipada, por cuanto omitió, debido a la petición o solicitud incompleta de Covimar, decidir que la suspensión del plazo contractual era «total»*⁸⁹.

"En todo caso, lo que hasta aquí quiere dejarse claro es que el Panel de Amigables componedores no decidió la suspensión «total» del plazo contractual, sino simplemente la «suspensión del plazo contractual». Esta decisión se encuentra atada, como ya hemos dicho, a la omisión por parte de

⁸⁸ Ibidem, p. 47.

⁸⁹ Alegatos de conclusión, p. 64.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

Covimar al momento de convocar al Panel, ya que omitió incluir en sus pretensiones la pequeña pero esencial y crucial palabra «total»⁹⁰.

Además, para la Convocada existen diferencias entre las Secciones 14.2 (g) (ii) y 17.2 (b) (i) del contrato de Concesión. La primera utiliza la expresión "suspensión del plazo contractual" mientras que la segunda utiliza la expresión "suspensión total del plazo contractual". Y haciendo uso de la decisión del panel de Amigables Compondores, afirma:

*“Es decir, el propio Panel de Amigables Compondores fue enfático en que lo que se producía con el Evento Eximente de Responsabilidad era la prórroga del plazo contractual, y dicha prórroga sería equivalente al «periodo especial», es decir, al periodo que dure el Evento Eximente de Responsabilidad, en este caso, hasta tanto se expidiera la licencia ambiental. Así mismo, reconoce que no hubo suspensión total natural, sino que la suspensión era parcial, cuando indica que el ‘contratista continúa realizando algunas actividades’. Entonces, lo que ocurrió en nuestro caso fue que el Panel, como mandatario de las partes, le otorgó a la afectación parcial de obligaciones el efecto permitido en la Sección 14.2.(g)(ii) del Contrato, esto es, la prórroga del plazo contractual, sin perjuicio de que siguiera incólume la ejecución de ciertas obligaciones no afectadas por el EER, es decir, sin que hubiese **«suspensión total acordada»**, tal y como lo exige la Sección 17.2.(b)(i) para que proceda la terminación anticipada”⁹¹.*

Argumenta, además, que la realidad del contrato demostró que nunca hubo suspensión total del plazo contractual y que, por el contrario, su ejecución permaneció todo el tiempo. Expuso para corroborar su aserto evidencia -prueba documental principalmente- tendiente a demostrar que nunca hubo suspensión total del plazo contractual ni antes de la decisión del panel de Amigables Compondores (1 de julio de 2021) ni con posterioridad a su emisión.

Respecto de la no suspensión natural del plazo contractual con anterioridad a la decisión del Panel de Amigables Compondores, coincide con la convocante en que la Fuerza Mayor Ambiental por la no expedición de la licencia se habría configurado el 18 de octubre de 2019, pero entre esta fecha y la del 1 de julio del 2021 sostiene que no ocurrió suspensión total del plazo contractual y que las partes del contrato continuaron atendiendo “*la realización de múltiples actividades derivadas del acuerdo*”. Para probar su afirmación enlista nueve documentos para concluir que “*las partes contractuales permanecieron en plena ejecución de sus obligaciones negociales, durante el lapso comprendido entre la fecha en la que el Amigable Compondor definió como configurativa de la FMA [Fuerza Mayor Ambiental]*”⁹².

⁹⁰ Ibidem, p. 66.

⁹¹ Ibidem, p. 68 y 69. Negrilla y destacado es del texto original.

⁹² Alegatos de conclusión, p. 73 y 74.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

Después de referir ciertos procedimientos sancionatorios iniciados contra el concesionario afirma que la ejecución del Contrato nunca resultó suspendida, tanto antes de la supuesta configuración de la Fuerza Mayor Ambiental, como después del 18 de octubre de 2019⁹³.

Ahora bien, respecto de la no suspensión total natural del plazo contractual con posterioridad a la decisión del Panel de Amigables Compondores, la Convocada sostiene que tanto la ANI, como COVIMAR y la Interventoría, “*permanecieron en la realización de actividades y el cumplimiento de ciertas obligaciones contractuales relacionadas, entre otras, con las gestiones prediales, **gestión de redes** y fondeo de subcuentas*”⁹⁴.

Adicionalmente, la Convocada se refiere al Acta de Suspensión Bilateral suscrita por la ANI y COVIMAR el 7 de febrero de 2022 para quien: “*La intención evidente de las partes contractuales, incluyendo Covimar, fue suspender parcialmente la ejecución de ciertas obligaciones a cargo de ambas y, fundamentalmente, dejar latente el inicio de la Fase de Construcción, a cuyo inicio surgirían nuevas obligaciones en cabeza de los contratantes. Esto quiere decir, sin lugar a equívocos, que para la época en la que se suscribió el acta de suspensión, obviamente, el plazo contractual no se encontraba suspendido en su totalidad. Esto por cuanto, naturalmente, solo se puede suspender lo que está en curso, o sea en ejecución, y no lo que ya está suspendido. En otras palabras, si luego de la decisión del Amigable Compondor existía, como lo insinúa la Convocante, una suspensión “total” del plazo contractual, ¿por qué suscribir un acta de suspensión sobre lo ya suspendido?*”⁹⁵.

Ahora, frente al argumento de la Convocante según el cual ciertas obligaciones que se siguieron ejecutando eran accesorias o no eran condiciones precedentes para continuar con la fase de construcción, o incluso, que hubo una suspensión sustancial de actividades, la Convocada sostiene:

“[B]astante cuestionable es el carácter de “accesorio” de actividades tan esenciales para el éxito de la construcción de una obra como lo son las relacionadas con la gestión ambiental, predial y de redes [...]. En efecto, si volvemos a ver la Sección 17.2.(b)(i) del Contrato, esta no contempla diferenciaciones entre las obligaciones suspendidas para definir la procedencia de la terminación anticipada. Tampoco establece que la Terminación procede cuando se hayan suspendido solo las obligaciones «no accesorias» para usar los términos de la propia Convocante, o las obligaciones o actividades que sean condiciones precedentes para avanzar a la siguiente fase. De hecho, lo único

⁹³ Véase, Alegatos de conclusión p. 74 y 75.

⁹⁴ Alegatos, p. 76.

⁹⁵ Ibidem, p. 83 y 84.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

que determina la Sección 17.2(b)(i) es que para que pueda darse la Terminación Anticipada del Contrato, es necesario que se haya suspendido «totalmente» el plazo contractual, es decir, que haya habido una suspensión en la ejecución de todas, y no algunas, de las obligaciones emanadas del acuerdo, sin diferencias entre si las suspendidas son o no de cierta «relevancia» o si son o no condiciones precedentes»⁹⁶.

También la Convocada arguye que la Convocante pudo haberse equivocado al solicitar una licencia ambiental general y no fraccionada, o mejor, realizar un trámite en bloque en relación con la totalidad de unidades funcionales del proyecto y no haber optado por el licenciamiento fraccionado avalado por el contrato lo que le hubiera permitido adelantar actividades de construcción en las unidades funcionales en donde no existían dificultades para iniciar la fase de construcción.

Finalmente, por la no configuración de la causal de terminación anticipada del contrato la Convocante infiere los siguientes efectos o consecuencias jurídicas:

Que como la suspensión del plazo contractual que no ha sido total es improcedente la terminación anticipada prevista en la Sección 17.2 (b) (i) y de acuerdo con la realidad contractual el contrato nunca estuvo suspendido totalmente. La ejecución de las actividades contractuales fue siempre continua.

Que para que la fuerza mayor acarree la imposibilidad sobrevenida para la ejecución de la obligación, debe ser total o absoluta, *“en la medida en que la prestación sea posible así sea solo en parte, el deudor permanece obligado”*.

“Pero teniendo en cuenta la naturaleza del evento eximente de responsabilidad, las mismas partes pusieron como condición para que procediera la terminación, que la afectación de las obligaciones derivadas del EER fuera de tal magnitud que conllevara a la suspensión total del Contrato, es decir, la suspensión en el cumplimiento de todas las obligaciones, de la integridad del contrato, bien sea porque de la envergadura misma del EER [Evento Eximente de Responsabilidad] se derivara tal efecto absoluto (suspensión total natural) o porque, habiéndose afectado solo las obligaciones que “son de tal importancia”, las partes acordaran la suspensión “total” del Contrato (suspensión total acordada)”⁹⁷.

Que la figura de la terminación anticipada del contrato por imposibilidad sobrevenida en su ejecución no aplica en este caso porque el evento sobreviniente alegado no

⁹⁶ Alegatos, p. 87.

⁹⁷ Alegatos, p. 94.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

imposibilitó definitivamente las prestaciones y tampoco lo hizo de manera total, es decir, en relación con todas las obligaciones.

Que el principio de conservación del contrato estatal debe tenerse en la cuenta para interpretar y aplicar el Sección 17.2 (b) (i) del Contrato de Concesión 001 de 2015, materia de este litigio.

Finalmente, que como todas las pretensiones que se están analizando se fundan en una supuesta terminación anticipada del contrato por aplicación de la Sección 17.2 (b) (i) y esto no resultó probado, o mejor, no quedó demostrado que se reúnen o se cumplen los presupuestos establecidos en la referida estipulación contractual, se desestiman en consecuencia las pretensiones una, dos y tres de la reforma de la demanda.

8.3.3. Sobre la inexistencia de la obligación de la ANI de declarar la terminación anticipada.

Esta excepción va dirigida a desvirtuar la pretensión segunda porque para la Convocante la ANI incumplió el contrato por no reconocer la decisión del Panel de Amigables Compondores de 1 de julio de 2021 que había configurado la terminación anticipada del contrato. La convocada controvierte esta pretensión, en esencia, por las siguientes razones:

Por la naturaleza bilateral de la terminación anticipada del contrato según la Sección 17.2 (a) (i); porque la terminación del contrato constituye la *última ratio* en tanto la preservación y conservación del contrato es la regla para seguirse y adicionalmente porque en la contratación estatal los contratistas cumplen una función social y en el contrato estatal existen intereses públicos que se atienen con el objeto del contrato. En fin, para la convocada asentir con la terminación anticipada del contrato iría en contra de los principios que rodean al contrato estatal y del clausulado mismo del contrato. El contrato propende por su conservación y la ejecución del objeto contractual y la prefiere frente a su terminación anticipada.

Para la convocada la trascendencia económica, social, cultural y política del proyecto vial que pretende realizarse con la celebración del Contrato de Concesión APP No. 001 de 2015, *“nos permite entrever que no solo porque el contrato estatal en sí mismo envuelve la protección de intereses generales superiores que deben ser garantizados a través de su ejecución integral, sino porque, además, el objeto específico del contrato cuenta con una connotación y relevancia particulares para el desarrollo económico y social del país y, específicamente, de tan importante región como lo es la costa pacífica colombiana, tanto las partes del contrato como el H. Tribunal, deben tener en cuenta tales aspectos al momento de decidir entre la terminación del acuerdo o la*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

*continuación y finalización de su objeto, prefiriendo, en todo caso, propender por estas últimas*⁹⁸.

Igualmente, la Convocada critica el significado que la convocante le da al comunicado de la interventoría del 22 de septiembre del 2021 (hecho 8 de la reforma de la demanda) porque en dicho documento la Interventoría no se refiere al supuesto deber de la ANI de dar por terminado anticipadamente el contrato, sino que se limita a manifestar su simple opinión frente a las posibilidades de éxito frente al presente proceso arbitral⁹⁹. Además, destaca que en otras comunicaciones la Interventoría instó al concesionario a la continuación de la ejecución del contrato.

Así pues, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA insiste en que no ha incurrido en incumplimiento contractual alguno y que las partes tienen que honrar su compromiso para el logro del objeto del contrato *"y, por esta vía, cumplir con el interés general que animó la celebración del contrato estatal materia de la controversia arbitral"*. En consecuencia, solicita desestimar la pretensión segunda.

En sus alegatos de conclusión la convocada indica que de la Sección 17.2 (b) (i) del contrato, *"se desprende la propensión hacia la conservación del negocio, cuando en todos sus supuestos establece la necesidad de que la suspensión o parálisis de la ejecución del Contrato sea "total"*¹⁰⁰.

Adicionalmente, sostiene que dentro del contenido contractual existen otras disposiciones dirigidas a la conservación del contrato, en general, las atinentes a los Eventos Eximentes de Responsabilidad y, en particular, a la Fuerza Mayor Ambiental. Menciona, a guisa de ejemplo, la Sección 4.7 (a); la Sección 14.1; la Sección 14.2 literales (d), (e) y (f) y advierte que el Contrato dispone que la parte afectada solo queda excusada en el cumplimiento de las obligaciones afectadas directa y únicamente por el Evento eximente de responsabilidad, *"por lo cual las demás obligaciones quedan incólumes en cuanto a su exigibilidad y plazo de ejecución"*¹⁰¹.

Cuando el EER afecta el cumplimiento de algunas obligaciones la idea del contrato es su prórroga, es decir, que, ante la suspensión parcial, la ejecución de las obligaciones no afectadas por el evento eximente debe continuar y realizarse dentro de los plazos que el propio contrato señala. Para la Convocada ese es el sentido de la Sección 14.2. (g) (ii) del Contrato.

⁹⁸ Contestación a la reforma de la demanda, p. 55.

⁹⁹ Cfr. Ibidem, p. 57.

¹⁰⁰ Alegatos de conclusión, p. 122.

¹⁰¹ Ver Alegatos, p. 124

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

Para la Convocada el contrato de concesión “*Diferencia la suspensión o paralización total en el cumplimiento de las obligaciones de la suspensión o paralización parcial de solo alguna de ellas, permitiendo que en este último caso las partes puedan prorrogar el plazo contractual sin perjuicio de que se continúe con la ejecución de las obligaciones no afectadas*”¹⁰².

Sostiene que el propio Panel de Amigables componedores con su decisión patrocina la conservación del contrato de concesión, cuando negó la petición tercera de Covimar tendiente a que se extendieran los efectos de la Fuerza Mayor Ambiental más allá de la expedición de la licencia ambiental.

Dedica un acápite a exponer la conservación de contrato, como criterio de interpretación apoyándose en el Código civil, en el clausulado de la ley 80 de 1993 y en otras leyes relacionadas con la contratación pública para arribar a la conclusión de que la obligación de la ANI no consiste en asentir en la terminación anticipada del contrato, sino que tanto a ella como a Covimar les corresponde el deber de procurar por su conservación y ejecución, derivado este deber no solo del clausulado contractual, sino de un buen número de normas que regulan los contratos estatales y en aras de la garantía del interés público envuelto en estos.

8.3.4. Sobre la superación del evento eximente de responsabilidad (fuerza mayor ambiental)

La convocante fundamenta sus pretensiones en la decisión del Panel de Amigables Componedores de 1 de julio de 2021 la cual, *inter alia*, declaró la existencia de una fuerza mayor ambiental con una duración de más de 90 días, que la no obtención de la licencia ambiental paralizó sustancialmente la ejecución del contrato y que las obligaciones afectadas eran de tal importancia que condujeron a la suspensión del plazo contractual.

Para la Convocada, “[...] *es menester precisar que las declaraciones del panel relacionadas con la fuerza mayor ambiental y la suspensión del plazo contractual carecen de asidero y fundamentación fáctica a partir de la expedición de la licencia ambiental a través de las resoluciones mencionadas*”¹⁰³. En efecto, a partir de tal novedad, las circunstancias que dieron lugar a la declaratoria de un evento eximente de responsabilidad por fuerza mayor ambiental habrían sido superadas y, por ende, la suspensión del plazo contractual, de manera que es improcedente la declaratoria de terminación anticipada del contrato”¹⁰⁴.

¹⁰² Ibidem, p. 125.

¹⁰³ Se refiere la convocada a la Resolución No. 01429 del 17 de agosto de 2021 y la resolución 01989 del 10 de noviembre de 2021 de la ANLA.

¹⁰⁴ Contestación a la reforma de la demanda, p. 63.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

La Convocada analiza la cláusula 8.1 de la Parte General del contrato sobre la fuerza mayor ambiental para concluir que ante la superación de la fuerza mayor ambiental, ocasionada por la duración en la expedición de la licencia ambiental, las partes deberán continuar con la ejecución de las obligaciones y las intervenciones en las respectivas unidades funcionales.

Critica que la petición del concesionario iba encaminada a que se reconociera que los efectos de la fuerza mayor ambiental o del EER se extendieran hasta más allá del momento en que se contara con la respectiva licencia ambiental, al solicitar la prolongación de sus efectos hasta que se cumpliera con las medidas impuestas por la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca.

Y concluye: *"Todo esto indica, con palmaria contundencia, que la propia decisión del Panel, a través de la cual reconoció la existencia de la fuerza mayor ambiental, limitó los alcances de su propia declaración a los términos precisos de la cláusula 8.1 (e)(i), esto es, al plazo requerido para que se expidiera la respectiva licencia ambiental y no más allá. Aunado al hecho, verificado por el propio Panel, consistente en que las actividades requeridas por la CVC [Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca] no afectan la totalidad de las intervenciones, sino que se limitan únicamente al distrito de conservación"*¹⁰⁵.

Así mismo, sostiene que el hecho de haber suscrito la Convocante el Acta de Suspensión Bilateral del 7 de febrero de 2022 es un acto propio del Concesionario que demuestra la superación de la fuerza mayor ambiental y el cese de la suspensión declarada por el Panel de Amigables componedores.

Para la Convocada, en fin, la terminación anticipada se halla supeditada a la suspensión total de la ejecución de las obligaciones contractuales y, como se nota, la suspensión habría cesado a partir de la superación de la fuerza mayor ambiental. Al expedirse la licencia ambiental requerida a favor del Concesionario, es evidente -según la convocada- que la fuerza mayor ambiental reconocida por el Panel de Amigables Componedores del 1 de julio de 2021 habría sido superada y consecuentemente la suspensión del plazo contractual.

Solicita entonces la Convocada que se nieguen las pretensiones dirigidas a la terminación anticipada del contrato y en reemplazo se *"se declare el levantamiento de la suspensión del plazo contractual a partir de la finalización del término establecido en la Sección 14.2 (d) (ii), esto es, dentro de los 30 días hábiles siguientes al momento en que el Concesionario debió notificar a la ANI"*¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 67.

¹⁰⁶ Sobre esta solicitud el Tribunal habrá de pronunciarse infra.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

En sus alegatos de conclusión la Convocante insiste en que la fuerza mayor debe tener carácter definitivo, es decir, que como evento eximente de responsabilidad no debe ser transitorio o temporal y que con la expedición de la licencia ambiental este quedó superado. La licencia ambiental quedó en firme el 23 de noviembre de 2021. Por tanto, es improcedente la terminación anticipada del Contrato de Concesión.

Incluso para la convocada los móviles de la demanda presentada giran alrededor de un posible desequilibrio económico del contrato: *"No obstante, la mayor dificultad u onerosidad para cumplir la obligación derivada de una fuerza mayor, no es causal de terminación anticipada, sino objeto de otros remedios tendientes de revisión y equilibrio económico del contrato estatal si se llegaren a presentar ciertos supuestos, lo cual a todas luces no es objeto del presente litigio"*¹⁰⁷.

La Convocada sostiene que la Fuerza Mayor Ambiental que la Convocante ha alegado como causal de terminación anticipada del contrato, no implica la imposibilidad material ni jurídica de ejecutar el contrato, sino que *"ha degenerado, en sus palabras no probadas, una mayor onerosidad debido al cambio considerable en las condiciones bajo las cuales contrataron. [...] las razones de Covimar se encuentran motivadas por el hallazgo de una situación aparente o supuestamente más gravosa para ejecutar el Contrato de Concesión celebrado con la ANI, pero en ningún momento se ha hecho patente la imposibilidad jurídica o material de continuar con tal ejecución"*¹⁰⁸.

Sugiere entonces que este proceso no es el camino para solicitar la terminación anticipada del contrato y que lo que la Convocante requiere es una revisión económica del contrato en la medida en que la misma representante legal manifestó que las condiciones de hoy no son las mismas que antes.

*"Sin entrar a aceptar que este supuesto sea cierto, en la medida que no se ha allegado prueba alguna al presente proceso que permita siquiera atisbar el supuesto desequilibrio contractual, lo que sí es cierto es que las motivaciones manifestadas por Covimar no se acompañan con su pretensión de terminar anticipadamente el Contrato, sino con otro tipo de remedios sustanciales tales como el reequilibrio económico del contrato, lo cual no ha sido objeto del litigio arbitral que nos ocupa"*¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Alegatos de conclusión de la Convocada, p. 110.

¹⁰⁸ Ibidem, p, 116 y 117.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 118.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

8.3.5. Intervención del Ministerio Público

Para la representante del Ministerio Público no procede la declaratoria de la terminación anticipada del Contrato. En efecto después de citar la Sección 17.2 de la Parte General del contrato señala:

"En cualquiera de las dos causales, descritas en los subnumerales precedentes, se requiere una misma condición, que el evento eximente de responsabilidad genere una consecuencia "total", ya sea de la paralización de la ejecución del contrato o de la suspensión del plazo contractual. [...] Para declarar configurada alguna de las causales indicadas arriba, el Tribunal de Arbitramento debe examinar y determinar que el evento eximente de responsabilidad produjo la paralización total de la ejecución del contrato o la suspensión total del plazo contractual".

Respecto de la continuación en la ejecución del contrato, después de identificar las normas pertinentes del punto en el contenido contractual, en especial el capítulo IV, numeral 4.2, la cual en efecto se refiere a las "Principales obligaciones del concesionario durante la Fase de Preconstrucción", indica:

"Al revisar detenidamente esta cláusula y las obligaciones de los Apéndices, la Concesionaria podía realizar, en su gran mayoría, las demás obligaciones impuestas para la etapa de preconstrucción. Es de destacar que, la convocante no dice, argumenta o prueba que la ausencia de la licencia ambiental le impidiera dar cumplimiento a cada una de las demás obligaciones previstas para esta etapa. Por el contrario, obran en el expediente pruebas de que las obligaciones relativas a la gestión predial en especial, de redes y ambiental siguieron su ejecución por parte de la Concesionaria".

Continuando con la ejecución de obligaciones, el Ministerio Público cita el oficio del 5 de agosto de 2021 dirigido por la Interventoría a la ANI en donde se destacan la ejecución ciertas actividades por parte de la concesionaria. En igual sentido, alude a la versión de la representante legal de la concesionaria en donde se menciona la ejecución de actividades prediales y posiblemente de diseño de redes entre los años 2019 y el año 2021, para concluir en lo que sigue:

"En conclusión, está probado que, en el año 2021, antes y después de la decisión de la amigable composición y de la firmeza de la licencia ambiental, se desarrollaron actividades por la concesionaria en cumplimiento de sus obligaciones de gestión predial, de redes y ambiental. Corolario de ello, está demostrado que no hubo suspensión total del contenido obligacional o del plazo del Contrato de Concesión 001 de 2015 y, por tanto, no se configuró causal de terminación anticipada alguna, correspondiendo al honorable Tribunal de

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

Arbitramento así declararlo y de ninguna manera al amigable componedor, tal como está pactado entre COVIMAR y la Agencia Nacional de Infraestructura en el mismo instrumento¹¹⁰.

Considera, entonces, la representante del Ministerio Público que procede denegar las pretensiones de la demanda por haberse demostrado que no hubo suspensión total del contenido obligacional o del plazo del Contrato de Concesión 001 de 2015 y que, por lo tanto, no se configuró ninguna causal para declarar su terminación anticipada.

8.3.6 Consideraciones.

Resumidos en lo esencial los argumentos en contra de las pretensiones primera, segunda y tercera de la reforma de la demanda que buscan que se declare la terminación anticipada del contrato de concesión bajo el esquema de APP No. 001 de 2015, el Tribunal previo a su decisión estima pertinente las siguientes consideraciones:

La alegada bilateralidad para la procedencia de la terminación anticipada del contrato desconocería la intervención de un tercero -en este caso del juez del contrato- en el evento en que las partes no se pusieran de acuerdo. Y es precisamente ante ese desacuerdo que aquel -el juez del contrato- actuaría para decretarla si sus condicionamientos, por supuesto, se encuentran cumplidos. Exigir siempre la bilateralidad para la terminación del contrato, dejaría sin efectos la posibilidad de la terminación unilateral del vínculo jurídico que las mismas partes prefiguraron en su programa o contenido contractual.

En la parte general del Contrato de Concesión en el capítulo de definiciones, se establece en la cláusula 1.154, lo que sigue:

“La Terminación Anticipada del Contrato, en cualquiera de sus etapas, será consecuencia de la ocurrencia de cualquiera de las causales previstas en la Sección 17.2 de esta Parte General. En todo caso, la causal respectiva sólo se entenderá configurada cuando: i) las Partes acepten la ocurrencia de la misma, o -de no estar de acuerdo sobre este punto- cuando así lo declare, en pronunciamiento en firme, el Tribunal de Arbitramento, ii) de ser necesaria la expedición de un acto administrativo para la configuración de la causal, cuando éste se encuentre en firme de acuerdo con lo dispuesto por la Ley Aplicable, o iii) cuando la ANI notifique al Concesionario la decisión de la que trata la Sección 17.2 (d) de esta Parte General”.

¹¹⁰ Página 12 del Concepto del Ministerio Público.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

Obsérvese, entonces, que la terminación anticipada cabría en cualquiera de las etapas del contrato y que, si las partes no están de acuerdo, cuando así lo declare en pronunciamiento en firme el Tribunal de Arbitraje.

Adicionalmente, la Sección 17.2 de la Parte General del Contrato de Concesión indica lo que sigue:

“Causales de Terminación Anticipada del Contrato.

El presente Contrato terminará de manera anticipada en los siguientes casos:

- (a) Por las siguientes causales imputables al Concesionario en cualquiera de las Etapas del Contrato:*
 - (i) Por declaración de Caducidad del Contrato.*
 - (ii) Por declaratoria de Terminación Unilateral, a menos que ésta se deba a la aplicación de la causal 1 del artículo 17 de la Ley 80 de 1993.*
- (b) Por las siguientes causas no imputables a ninguna de las Partes, en cualquiera de las Etapas del Contrato:*
 - (i) Por solicitud de cualquiera de las Partes dada la ocurrencia de un Evento Eximente de Responsabilidad cuya duración supere noventa (90) Días y se haya paralizado la ejecución del Contrato en su totalidad. Esta estipulación también será aplicable cuando las Partes (o el Amigable Componedor, en caso de desacuerdo) concluyan que las obligaciones afectadas por un Evento Eximente de Responsabilidad son de tal importancia que hayan conducido a la suspensión total del plazo contractual, en los términos previstos en la Sección 14.2 (g)(ii) de esta Parte General.*
 - (ii) Por declaratoria de Terminación Unilateral con base en la aplicación de la causal 1 del artículo 17 de la Ley 80 de 1993.*
 - (iii) Por solicitud de cualquiera de las Partes ante la ocurrencia del evento previsto en la Sección 8.1 (g) y 14.1 (e) de esta Parte General.*
- c) Por solicitud del Concesionario si se presenta mora superior a sesenta (60) Días en el pago de cualquier obligación dineraria a cargo de ANI, siempre que el valor pendiente de pago sea superior al definido en la Parte Especial. Se entenderá que hay mora de la ANI sólo desde cuando de conformidad con este Contrato, procedan intereses de mora, de acuerdo con lo previsto en la Sección 3.6 de esta Parte General.*
- d) Por decisión unilateral de la ANI de acuerdo con la autorización dada por el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012”.*

Es pues evidente la figura de la terminación anticipada del contrato por solicitud de una de las partes en cualquiera de las etapas del *iter* contractual, tal como se discute

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

en el presente caso. De cualquier manera, es menester exponer el marco contractual relacionado con el ejercicio de dicha facultad unilateral y de cuyo entendimiento depende la declaración o no de la terminación unilateral del vínculo que ata a las partes recabado derechamente en la pretensión tercera. Veamos:

El artículo 14.2 (b) define lo que se entiende por Evento Eximente de Responsabilidad (EER):

“Se entenderá por Evento Eximente de Responsabilidad cualquier evento, circunstancia o combinación de eventos o circunstancias fuera del control razonable de la Parte que lo invoca, que afecte en forma sustancial y adversa el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato, respecto de las cuales se invoca; después de haber efectuado todos los actos razonablemente posibles para evitarlo. Se entiende incluido dentro del concepto de Evento Eximente de Responsabilidad, cualquier evento de Fuerza Mayor, incluyendo la Fuerza Mayor Predial, La Fuerza Mayor Ambiental y la Fuerza Mayor por Redes”.

El artículo 14.2 (g) regula la prórroga por Evento Eximente de Responsabilidad, en los siguientes términos:

- (i) *“Mientras subsistan las circunstancias de Evento Eximente de Responsabilidad y éstas impidan la ejecución total del objeto contratado, la ejecución del Contrato se suspenderá y el plazo de este Contrato será extendido en un plazo igual al del Período Especial.*
- (ii) *Si los hechos constitutivos de un Evento Eximente de Responsabilidad no impiden la ejecución de la totalidad de las obligaciones de la etapa en la cual se encuentre el Contrato en su ejecución, sino sólo la de alguna o algunas de las obligaciones emanadas del mismo, las Partes convendrán si tales circunstancias suponen o no la suspensión del plazo contractual, atendidas las condiciones fácticas correspondientes y el grado de importancia de las obligaciones suspendidas. Los desacuerdos sobre este punto serán resueltos por el Amigable Componedor”.*
- (iii) *En caso de suspensión del Contrato por un Evento Eximente de Responsabilidad, el Concesionario deberá tomar las medidas conducentes, a su costo, para que la vigencia de las Garantías y Mecanismos de Cobertura del Presente Contrato sean extendidos de conformidad con el período de suspensión.*

Obsérvese del literal (i) que la suspensión de la ejecución del contrato está supeditada a que el Evento Eximente de Responsabilidad (EER) impida *“la ejecución total del objeto contratado”*; si esto no es así, el contrato debería seguirse ejecutando respecto de las obligaciones que no se afectan por el Evento Eximente de responsabilidad. Es decir, que el contrato podría seguir ejecutándose de manera parcial.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

Respecto del literal (ii) nótese -siguiendo una interpretación literal del mismo- que la solución ante la ocurrencia de un EER que no impide la ejecución de la totalidad de las obligaciones, sino de algunas derivadas del programa contractual, es que las partes, en ejercicio de su autonomía negocial, puedan convenir la suspensión del plazo contractual. En este punto, pues, el contrato no predispone como solución la terminación del vínculo que las ata y compromete, sino solo la posibilidad de la *"suspensión del plazo contractual"*.

Ahora bien, respecto de la Fuerza Mayor Ambiental de acuerdo con el artículo 8.1 (e)(i) esta se presenta si ocurriere, entre otros, el siguiente evento:

"(i) Transcurriere más de un ciento cincuenta por ciento (150%) adicional del tiempo máximo establecido por la Ley Aplicable para la expedición de la Licencia Ambiental -en caso de requerirse dicha licencia-, contados a partir de la radicación del Estudio de Impacto Ambiental por el Concesionario (o de la última complementación de dicho estudio, si es que la Autoridad Ambiental requiere complementaciones por parte del Concesionario), sin que la Autoridad Ambiental otorgue la Licencia Ambiental".

Relacionado con lo anterior, se debe rememorar que la Decisión del Panel de Amigables Compondores del 1 de julio del 2021 reconoció, *inter alia*, *"la ocurrencia de un evento de Fuerza Mayor Ambiental, como consecuencia de la configuración del supuesto de hecho de que trata la Sección 8.1 (e) (i) de la Parte General del Contrato"*; que *"la Fuerza Mayor Ambiental ha tenido una duración que supera noventa (90) Días"* y que *"las circunstancias que originaron la Fuerza Mayor Ambiental y sus consecuencias (fundamentalmente la no obtención de la Licencia Ambiental), paralizaron sustancialmente la ejecución del contrato, y que las obligaciones afectadas son de tal importancia que condujeron a la suspensión del plazo contractual"*.

De acuerdo con las pruebas con las cuales se aprovisionó el litigio, como se verá, y no obstante la declaración de la fuerza mayor ambiental, constitutiva de Evento Eximente de Responsabilidad, el contrato se siguió ejecutando lo cual impediría declarar su terminación anticipada, ante el condicionamiento de la paralización total de la ejecución del contrato o de la suspensión total del plazo contractual exigido en el artículo 17.2 (b) (i), transcrito *supra*.

En otras palabras, la ocurrencia y declaratoria de un Evento Eximente de Responsabilidad superior a noventa (90) días no es suficiente para declarar la terminación anticipada del contrato en tanto el reglamento contractual exige adicionalmente que *"se haya paralizado la ejecución del contrato en su totalidad"* o que las obligaciones afectadas son de tal importancia *"que hayan conducido a la suspensión total del plazo contractual"*. Como se expondrá, ni la paralización total de

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

la ejecución contractual ni la suspensión total del plazo contractual acontecieron. O mejor, así la fase de construcción no pudiera ejecutarse sin la respectiva licencia ambiental, el contrato ni se paralizó en su ejecución ni se suspendió totalmente el plazo contractual. Se itera:

*“Por solicitud de cualquiera de las Partes dada la ocurrencia de un Evento Eximente de Responsabilidad cuya duración supere noventa (90) Días y **se haya paralizado la ejecución del Contrato en su totalidad.** Esta estipulación también será aplicable cuando las Partes (o el Amigable Componedor, en caso de desacuerdo) concluyan que las obligaciones afectadas por un Evento Eximente de Responsabilidad son **de tal importancia que hayan conducido a la suspensión total del plazo contractual,** en los términos previstos en la Sección 14.2 (g)(ii) de esta Parte General”. (Destacado del Tribunal).*

Podría argüirse que supeditar la terminación anticipada a que no se pudieran ejecutar todas las obligaciones, incluso las no relacionadas con la fase de construcción, es o resulta irrazonable o desmedido; empero, no resulta irrazonable que en el propósito de conservación del negocio y de la continuidad en la ejecución del contrato, para lograr el cometido precisado en el objeto contractual mediante un mecanismo APP, el reglamento contractual en la cláusula 17.2 (b) (i) haya utilizado, no de manera inconsciente o inadvertida, el sustantivo femenino “totalidad” y el adjetivo “total” en su no prolijo contenido.

Incluso el artículo 14.2 (g) que regula la prórroga por un Evento Eximente de Responsabilidad, ya había utilizado en su literal (i) el adjetivo “total”: *“Mientras subsistan las circunstancias de Evento Eximente de Responsabilidad y **éstas impidan la ejecución total del objeto contratado,** la ejecución del Contrato se suspenderá y el plazo de este Contrato será extendido en un plazo igual al del Período Especial”. (Destacado del tribunal).*

De modo pues que la palabra “totalidad” lejos está de ser considerada un galanteo lingüístico, un remoque o una mera expresión sin especial relevancia en el reglamento contractual materia de este litigio¹¹¹. La palabra “total”, así no tenga la categoría de sustantivo, tiene un particular significado sustancial en el contenido del Contrato de Concesión No. 001 de 2015.

¹¹¹ Incluso el adjetivo total también aparece cuando el contrato reglamenta los efectos del retraso por un EER o por un hecho imputable a la ANI en la fase de construcción. En efecto, el artículo 4.7 (a) indica que *“Si durante la Fase de Construcción ocurriera alguna de las circunstancias catalogadas en el Contrato como Eventos Eximentes de Responsabilidad o ocurrieren hechos imputables a la ANI que afecten el cronograma de ejecución de las Intervenciones, se entenderá que el Plan de Obras se desplazará en un plazo igual al de la suspensión de la ejecución de las Intervenciones causada por el Evento Eximente de Responsabilidad o por las causas imputables a la ANI, **siempre que dicha suspensión haya sido total**”.* (Destacado del Tribunal).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

Ha de recordarse también que dentro de los antecedentes precontractuales hubo observación y respuesta respecto de la expresión "*parálisis total del contrato*"¹¹². Y que la ANI, ante la observación sobre la "*parálisis total del contrato*", contestó: "*No se acepta la solicitud del observante. Para la entidad resulta necesario que ante la ocurrencia de un Evento Eximente de Responsabilidad las Partes exploren todas las soluciones antes de dar por terminado el Contrato*"¹¹³.

Respecto de la no suspensión de actividades hay abundante material probatorio; basta para evidenciar que no la hubo, entre otras, dos pruebas que obran en el proceso: la renombrada Acta de suspensión del 7 de febrero de 2022 y la declaración de la representante legal del consorcio.

Como se sabe el 17 de agosto del 2021 se expidió la licencia ambiental. El 10 de noviembre de 2021 la ANLA expidió la Resolución 1989 de 10 de noviembre de 2021 mediante la cual resolvió los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 1429 de 17 de agosto de 2021 por medio de la cual se otorgó la licencia ambiental del Proyecto.

El 7 de febrero de 2022, las partes suscribieron el Acta de Suspensión de actividades. En sus considerandos quedaron trasuntadas las versiones contrapuestas de las partes, veamos:

"17. Con base en la decisión proferida el 1 de julio de 2021 por el panel de Amigable composición, el Concesionario entiende que, a la fecha de la presente Acta de Suspensión, el plazo de la Fase de Preconstrucción no ha culminado y

¹¹² Matriz de respuesta a observaciones al pliego de condiciones definitivas, observación No. 63 presentada por el participante STRABAG-CONCAY, disponible en <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=13-19-1442332> (Referencia que además aparece en contestación a la reforma de la demanda, ver nota de pie de página No. 46).

¹¹³ Ibidem: "[...] [U]no de los partícipes manifestó la siguiente observación sobre la Sección 17.2.(b)(i) de la minuta del Contrato, en el siguiente sentido:

Solicitamos que se aclare en el Contrato, qué se entiende por "parálisis total del contrato", como condición para que un Evento Eximente de Responsabilidad dé lugar a la terminación anticipada del Contrato de conformidad con lo previsto en la Sección 17.2(b)(i). Un contrato no es sujeto de "parálisis total" pues hay muchas de sus obligaciones que, a pesar de estar parada la construcción o la operación de una infraestructura, podrán seguirse cumpliendo (tales como las obligaciones de reporte de información).

Solicitamos que se incluya en el Contrato una causal de terminación anticipada en virtud de la cual, si pasado el tiempo que se establece en el Contrato para solucionar el Evento Eximente de Responsabilidad sin que sea posible la entrega parcial de la Unidad Funcional correspondiente, cualquiera de las partes puede solicitar la terminación anticipada del Contrato, sin necesidad de demostrar que hubo una "parálisis total del contrato". No es deseable ni para la ANI ni para el Concesionario un escenario en el que (i) hay un evento eximente de responsabilidad cuya gravedad impide que el Concesionario logre una entrega parcial de la UF; y (ii) por no haber "parálisis total" del contrato, ninguna de las partes pueda terminar anticipadamente.

Frente a lo anterior, la ANI contestó:

La Entidad considera que las causales de terminación anticipada establecidas en la sección 17.2 de la Parte General son las que se ajustan a la estructura contractual y por ende no se considera necesario ningún ajuste adicional. El significado de la expresión "parálisis total del contrato" se definirá caso a caso, cuando sea requerido en la ejecución del Contrato. No se acepta la solicitud del observante. Para la entidad resulta necesario que ante la ocurrencia de un Evento Eximente de Responsabilidad las Partes exploren todas las soluciones antes de dar por terminado el Contrato".

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

se ha extendido por un plazo igual al del Periodo Especial que correspondería por la Fuerza Mayor declarada por el Amigable Componedor”.

"18. Por su parte, la ANI considera que independientemente de que el plazo de la Fase de Preconstrucción se haya ampliado como efecto de la decisión del amigable componedor, lo cierto es que contractualmente, a la fecha de la presente Acta de Suspensión se configuran las Condiciones Precedentes establecidas en la Sección 4.4 de la Parte General del Contrato de Concesión para iniciar la Fase de Construcción, posición con la que el Concesionario no está de acuerdo”.

"19. No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que existe es una controversia de fondo sobre la continuidad o terminación del Contrato de Concesión que debe ser dirimida por el Tribunal de Arbitramento, las Partes consideran procedente suspender la ejecución del CONTRATO en los términos que aquí se pactan, en tanto el Tribunal de Arbitramento profiere el Laudo respectivo”.

"21. En este sentido y teniendo en consideración que la controversia sometida a decisión del Tribunal de Arbitramento se centra en determinar si operó la causal de terminación anticipada del Contrato de Concesión que invoca el Concesionario, y que en caso de que el Tribunal así lo considere, deberá efectuarse la liquidación del Contrato LAS PARTES consideran prudente esperar la decisión del Tribunal y, por tanto, encuentran viable suspender la ejecución de todas las obligaciones contractuales, salvo aquellas provenientes de obligaciones impuestas por las Autoridades Ambientales, cuya suspensión no puede ser acordada por las partes, así como las correspondientes a la gestión predial en curso, la gestión del cobro de recursos a la Subcuenta Redes y los fondeos a la Subcuenta Amigable Componedor tal y como se pasa a explicar en los siguientes considerandos”.

Expuestos los considerandos las partes acordaron *“Suspender la ejecución del contrato de concesión bajo el esquema de APP No. 001 de 2015 hasta que se profiera el laudo por el Tribunal Arbitral”*, excepto ciertas obligaciones contractuales -ambientales, prediales, de redes- debidamente precisadas en la parte final del acta.

En el párrafo segundo de los acuerdos contenidos en el Acta de Suspensión se lee:

“Las partes reconocen expresamente que la suspensión que aquí se acuerda no modifica de manera alguna los rubros ni la metodología de cálculo de la fórmula de liquidación contenida en el CONTRATO y que sería aplicable en la eventual Terminación Anticipada del CONTRATO, sí así lo define el Tribunal. Por tanto, las actividades ejecutadas durante el periodo de suspensión pactado a través de la presente Acta serán tenidas en cuenta en la fórmula de liquidación

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

en caso de que el Tribunal de Arbitramento decida que hay lugar a la Terminación Anticipada del Contrato de Concesión".

En términos generales, el primer comentario que podría hacerse al Acta de Suspensión es que la misma no estaría en contravención con la regla 15.2 (k) del contrato según la cual *"El inicio del trámite arbitral no faculta a las Partes para suspender unilateralmente la ejecución de las obligaciones del Contrato"*, en la medida que la suspensión fue acordada de manera bilateral.

El segundo, es que del Acta no se colige un acto propio contrario a la buena fe que pueda merecer reproche por parte de este Tribunal. Lo que sí se observa es que las partes son conscientes que la decisión del Tribunal podría reconocer la terminación anticipada del contrato; empero, lo más importante -para efectos de esta decisión- es que resulta evidente que las partes se ponen de acuerdo para la suspensión de actividades, lo que por contera prueba que las actividades relacionados con la ejecución del contrato no estaban suspendidas y que, no obstante la suspensión acordada, había actividades que no se suspendían incluso después de la suscripción del Acta y por cuya ejecución el concesionario recibiría el pago o la debida compensación. En efecto, en la parte final del Acta se lee: *"Por lo tanto, las actividades ejecutadas durante el periodo de suspensión pactado a través de la presente Acta serán tenidas en cuenta en la fórmula de liquidación en caso de que el Tribunal de Arbitramento decida que hay lugar a la Terminación Anticipada del Contrato de Concesión"*.

Así mismo sobre la no suspensión de actividades valga recordar lo que refirió ADRIANA FAWCETT VARGAS, representante legal de la Concesionaria, en su declaración:

"DRA. RAMOS: [00:40:05] Doctora Adriana, mi siguiente pregunta tiene que ver con la ejecución contractual a propósito de la imposibilidad de obtener el licenciamiento ambiental. ¿Hubo ejecución contractual entre el año 2019 y el año 2021, cuando sale la decisión del amigable componedor?"

SRA. FAWCETT: [00:40:25] Sí, se adelantaron actividades accesorias realmente porque las condiciones precedentes estaban cumplidas, las que establecía el contrato de concesión, pero básicamente se adelantaron actividades prediales. A pesar de las muchas advertencias que el concesionario le hizo a la ANI de suspenderlas, porque precisamente veía el riesgo de seguir adquiriendo predios, de seguir iniciando procesos de expropiación de cara a un proyecto que no sabíamos si iba a ser ambientalmente viable. Hay muchas comunicaciones del concesionario a la ANI haciendo esta advertencia, pero aun así la ANI siempre manifestó que era un riesgo del concesionario, que el concesionario debía asumirlo, que el concesionario debía tomar las decisiones

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

que pudiera y que quisiera, pero siempre en aras de adelantar la ejecución del proyecto.

Entonces, esas actividades accesorias las llamo yo, porque ya la condición presente predial estaba cumplida, que era la obtención del 40% de los predios en las unidades funcionales. Adicionalmente, se adelantaban actividades de pronto de diseños de redes para ir avanzando en el diseño de las redes, pero temas accesorios que realmente no eran tan relevantes o que permitieran pasar a la siguiente fase, que era la fase de construcción. Realmente sin licencia era imposible seguir adelante, que al final fue lo que determinó el amigable componedor¹¹⁴.

Del anterior aparte proveniente de la declaración de la representante legal de la convocante, independientemente de la distinción que hace de actividades accesorias (categoría que no aparece en el contrato de concesión), es claro que el contrato no se suspendió en su totalidad y que se siguieron ejecutando actividades relacionadas con el tema predial y el diseño de redes.

Además, la interventoría en su concepto de 22 de septiembre de 2021 sostuvo, entre otras cosas, que el Panel de Amigables componedores no dice que se hubiera parado la ejecución del contrato en su totalidad, *"o que las obligaciones afectadas fueran de tal importancia que se condujo a una suspensión total del plazo contractual"*.

Se lee, también en el referido concepto, que *"Como puede advertirse, para que ocurra la Terminación Anticipada debe existir un pronunciamiento en el que se disponga expresamente que un Evento Eximente de Responsabilidad condujo a la suspensión total del plazo contractual, atendidas las condiciones fácticas correspondientes y el grado de importancia de las obligaciones suspendidas"*.

Y agregó que *"El panel no dispuso que las obligaciones afectadas por el Evento Eximente de Responsabilidad condujeran a una suspensión total del plazo contractual, al contrario, aseguró que, con el otorgamiento de la licencia ambiental, el contrato podía continuar su ejecución"*¹¹⁵.

El Ministerio Público refiriéndose a la etapa de preconstrucción, en su concepto ya referido, indicó: *"Es de destacar que, la convocante no dice, argumenta o prueba que la ausencia de la licencia ambiental le impidiera dar cumplimiento a cada una de las demás obligaciones previstas para esta etapa. Por el contrario, obran en el expediente pruebas de que las obligaciones relativas a la gestión predial en especial, de redes y ambiental siguieron su ejecución por parte de la Concesionaria"*.

¹¹⁴ Declaración de parte de la señora ADRIANA FAWCETT VARGAS, Audiencia del 13.09.2022, p. 13.

¹¹⁵ Prueba No. 26 de la Contestación a la reforma de la demanda.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

Con todo lo expuesto, entonces, es fácil deducir que la exigencia de la suspensión total de las actividades o de la ejecución del contrato no se cumplió por lo tanto no procede el anonadamiento anticipado del Contrato de Concesión.

Relacionado con la no suspensión de actividades, se puede observar que el principio de la conservación del negocio se ve reflejado en el contenido del contrato. El principio de la conservación y la continuidad en la ejecución contractual se puede inferir de la Sección 15.2 (K), ya citada, según la cual, *“El inicio del trámite arbitral no faculta a las partes para suspender unilateralmente la ejecución de las obligaciones del Contrato”*. De esta norma, pues, es claro derivar el propósito en la continuación de la ejecución del contrato estatal¹¹⁶.

La misma Sección 17.2.(b)(i) encuentra su justificación en el principio de conservación del contrato para que con la continuidad en su ejecución se cumplan los objetivos del contrato estatal; debido a ello, la terminación anticipada resulta una razón extrema en la ejecución contractual, entendiendo entonces que solo procede -la terminación anticipada- cuando es o se hace imposible la ejecución total o integral del objeto contratado¹¹⁷.

No está demás añadirse que de conformidad con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, respecto de los fines de la contratación estatal, el inciso segundo de dicha norma señala: *“Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”*¹¹⁸.

¹¹⁶ Así mismo, el artículo 15.4 sobre la continuidad de la ejecución, o también, la no suspensión del contrato indica que *“La intervención del Amigable Compondor o del Tribunal de Arbitramento, no suspenderá la ejecución del Contrato, salvo aquellas obligaciones y/o actividades que de mutuo acuerdo se consideren necesarios para garantizar el éxito del Proyecto”*.

¹¹⁷ Aquí vale la pena la siguiente reflexión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

*“[...] En materia de contratación estatal, más allá de la exoneración de las obligaciones, la fuerza mayor y el caso fortuito son institutos que obligan a hacer distinciones en razón de su naturaleza, su intensidad y sus efectos. En efecto, hay eventos de fuerza mayor de carácter externo, irresistible e imprevisible, cuya intensidad lleva a que se produzca una terminación anormal del contrato por imposibilidad en su continuación. Pero también hay situaciones calificadas como fuerza mayor, que no imposibilitan la continuación en la ejecución del contrato, sino que la hacen excesivamente gravosa y de las que emerge el derecho de las partes al mantenimiento de la ecuación económica del contrato. (...) Así las cosas, fuerza mayor y caso fortuito son en la ley civil modos de extinguir las obligaciones y constituyen en la contratación estatal eximentes de responsabilidad. Sin embargo, ante la imposibilidad para ejecutar el contrato estatal, puede ocurrir que las partes modifiquen el efecto extintivo propio de dichas figuras y estipulen, en su lugar, dejar en suspenso las obligaciones hasta que el obstáculo que imposibilita el cumplimiento termine o sea removido. En efecto, **los eventos originados en circunstancias transitorias constitutivas de fuerza mayor y caso fortuito se han considerado en la jurisprudencia como causas que justifican el uso de la suspensión, en orden a conservar el vínculo contractual**” (Destacado del Tribunal). Sentencia del 5 de julio de 2016, Rad: 11001-03-06-000-2016-00001-00 (2278).*

¹¹⁸ *“El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno, pues cuando éste asume la responsabilidad de prestar los servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho, aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervención y la experiencia que aportan los particulares”. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

Además, la cláusula 14.2 (f), en el propósito de estimular la solución de las vicisitudes que puede afrontar el contrato en su ejecución, señala que:

“La Parte Afectada por un Evento Eximente de Responsabilidad queda obligada a adelantar todo lo que sea razonablemente aconsejable y posible, bajo las circunstancias extraordinarias, para mitigar y reducir los efectos del Evento Eximente de Responsabilidad, así como para superarlo en el menor tiempo posible”.

Ahora bien, frente a la observación del hecho superado por la expedición de la licencia ambiental, ha de señalarse que un elemento de la fuerza mayor es la irresistibilidad la cual atañe a la imposibilidad objetiva absoluta de evitar el suceso imprevisto y sus consecuencias pues nadie es obligado a lo imposible. En cambio, la imposibilidad relativa, es decir, aquella que, con algún esfuerzo, quien enfrenta la situación supere el resultado lesivo, descarta la irresistibilidad¹¹⁹.

La convocada planteó que la Fuerza mayor debe ser permanente y no transitoria; opinión que el Tribunal comparte en tanto la licencia como requisito previo para iniciar la fase de construcción ya está concedida. Aquí hay que mencionar que la Amigable Composición del 1 de julio de 2021 hubo de señalar lo que sigue: *“Por consiguiente, en el estado en que se encuentra la obra, no es posible iniciar la construcción sin la licencia, por lo que la falta de la licencia suspende la ejecución del contrato **hasta que la misma se otorgue**”.* (Destacado del Tribunal). Es decir que el hecho constitutivo de la suspensión de la fase de construcción ha desaparecido; en consecuencia, se ha abierto la posibilidad para el inicio de las actividades relacionadas con la fase de construcción la cual -como lo señala el contrato- requiere de la suscripción de la correspondiente acta de inicio¹²⁰.

Obsérvese, por ejemplo, que el artículo 1734 del Código Civil regula el caso de la cosa que desaparece y después aparece. La solución no es la extinción de la obligación, sino que, reaparecida la cosa, la obligación recobra su exigibilidad. La obligación no se extingue, sino solo se suspende su exigibilidad. *“Si reaparece la cosa perdida, cuya*

Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas. Dentro de esta concepción, el contratista, además de estar vinculado al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato, queda supeditado al cumplimiento de los fines del Estado, puesto que concreta el interés general que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, colaboración que no le impide la legítima obtención de utilidades, así como el cumplimiento de la función social que se requiere para la realización de dichos fines”. Corte Constitucional, C-713, 2009.

¹¹⁹ Véase Corte Suprema de Justicia, sentencia SC1230-2018 de 25 de abril de 2018, radicación No. 08001-31-03-003-2006-00251-01. Magistrado Ponente: Luis Alfonso Rico Puerta.

¹²⁰ En efecto, la Parte General del Contrato de Concesión señala en el artículo 2.5 las etapas de ejecución contractual. Respecto de la etapa preoperativa se indica que está compuesta por la Fase de Preconstrucción y la Fase de Construcción e indica: *“(2) La Fase de Preconstrucción correrá desde la Fecha de Inicio hasta la fecha en que se suscriba el Acta de Inicio de la Fase de Construcción, a partir [de] la cual empezará a correr la Fase de Construcción, la cual terminará cuando se suscriba la última de las Actas de Terminación de Unidad Funcional, fecha en la cual terminará la Etapa Preoperativa”.*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

existencia se ignoraba, podrá reclamarla el acreedor, restituyendo lo que hubiere recibido en razón de su precio”, reza el artículo mencionado¹²¹.

En nuestro caso, la suspensión habría cesado a partir de la superación de la fuerza mayor ambiental, esto es, con la expedición de la licencia ambiental. Como se sabe, la suspensión no afecta el contrato, solo las obligaciones que de él se derivan. Desaparecida la circunstancia que motivó la suspensión de la ejecución del contrato, este volvería a recobrar vigencia. Pues bien, resuelto el tema de la licencia ambiental en la medida en que esa fuerza mayor o Evento Eximente de Responsabilidad no constituyó un hecho insuperable, las obligaciones suspendidas deberían continuar su ejecución.

Se recuerda que de conformidad con la cláusula 14.2 (g) (i) la suspensión solo se dará “*mientras subsistan las circunstancias de Evento Eximente de Responsabilidad*” y que de conformidad con la cláusula 8.1 ante la superación de la fuerza mayor ambiental, ocasionada por la demora en la expedición de la licencia ambiental, las partes deberían continuar con la ejecución de las obligaciones y las intervenciones en las respectivas unidades funcionales¹²². En fin, debido a la temporalidad de la suspensión, la solución no es ni por semejas la terminación anticipada del contrato. Además, la ANI como acreedor de la prestación, no ha perdido interés en que se continúe con el cumplimiento de las obligaciones del contratista.

No hay prueba en el plenario que ante la determinación de la fuerza mayor las partes se hayan sentado a renegociar su contrato. El Tribunal como se ha dicho no declarará la terminación anticipada del contrato por cuanto sus supuestos o condicionamientos no se cumplieron. Pero ello no obsta para que la convocada utilizando los mecanismos de solución de conflictos del contrato pueda reclamar el ajuste, la revisión o el restablecimiento del equilibrio del contrato, si a ello hubiere lugar. La misma convocante sugirió un desequilibrio del vínculo cuando en la parte inicial de sus alegatos de conclusión habló de un desbordamiento de riesgos y del desquiciamiento del contrato, postura coadyuvada por un exrepresentante legal de COVIMAR¹²³.

¹²¹ “*Esta solución de la ley es evidentemente equitativa. En realidad, la pérdida de la cosa, con ignorancia de su existencia, es un impedimento temporal que mientras existe hace imposible el cumplimiento de la obligación de entregarla; pero que desaparecido con el reaparecimiento de la cosa hace cesar con todas las consecuencias la liberación temporánea del deudor. [...] Con razón dice, a nuestro juicio, Giorgi que ‘cuando el cumplimiento de una obligación viene a ser fortuitamente imposible, si la imposibilidad puede desaparecer y el objeto de la obligación puede volver a ser aquel mismo que era cuando nació la obligación, ésta queda paralizada, pero no extinguida, vuelve a nueva vida al encontrar el objeto que le faltaba’*”: LUIS CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Volumen VI, De las Obligaciones, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 569-570.

¹²² “*En los eventos de Fuerza Mayor Ambiental las Intervenciones iniciarán en las respectivas Unidades Funcionales una vez hayan sido obtenidas las Licencias Ambientales respectivas*”, reza el artículo 8.1 (v).

¹²³ En efecto, afirmó la convocante: “*La existencia de tal convenio contractual (la Terminación Anticipada por el desbordamiento de los riesgos) tiene un contexto arraigado en la experiencia en la evolución de los contratos de concesión, y específicamente en la necesidad de hacerlo atractivo en términos de seguridad jurídica. Refleja una evolución en la asignación de riesgos, y en el manejo del desbordamiento de los riesgos. Así en la cuarta generación de concesiones, el CONCESIONARIO tiene a su cargo la gestión de la Licencia Ambiental y asume el riesgo de que los costos de su obtención sean mayores a los previstos en su modelo financiero, asume también un riesgo en términos del tiempo en que se puede extender la obtención de la Licencia, pero dicho*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

Incluso el Amigable Componedor indicó que "[...] *el hecho de que el contratista asuma los riesgos ambientales no significa que dicha asunción sea ilimitada, pues precisamente la previsión de la fuerza mayor ambiental determina el alcance de los riesgos que asume el Contratista*"¹²⁴.

Se recuerda que el mismo contrato prevé que cuando ha ocurrido una fuerza mayor ambiental las partes de buena fe podrán revisar el alcance del contrato para determinar "*si se puede modificar el alcance de las Intervenciones -en todos estos casos previo recálculo de la Retribución que refleje las modificaciones realizadas, recálculo que se hará por el mutuo acuerdo de las partes o por el Amigable Componedor. Si no es viable modificar el alcance del presente Contrato, cualquiera de las Partes podrá solicitar la Terminación Anticipada del Contrato*". Así lo indica el reglamento contractual en el Capítulo VIII, 8.1 (g).

En el presente caso, lo cierto es que la presencia de la fuerza mayor *per se e in se*, y más con efectos transitorios y no definitivos o absolutos, no es causal de terminación anticipada del contrato; empero, si su ocurrencia ha ocasionado u ocasionase, por ejemplo, mayores costos o gastos para el concesionario, o se afectase por la gravedad del evento la ecuación contractual la vía jurídica no es propiamente la destrucción del vínculo, sino quizá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, cuestión que -en realidad de verdad- no ha sido el objeto de este proceso¹²⁵.

De regreso al punto central de la controversia, para la convocante entre el 16 de enero de 2020 y noviembre de 2021, cuando se expidió la licencia ambiental y quedó

riesgo como todo riesgo asignable debe ser el "previsible" y no ilimitado, pues solo se pueden asignar los riesgos previsible y valorados. Pues bien, en ese contexto, se asignó al CONCESIONARIO la asunción de los efectos de una dilación en la obtención de la licencia hasta el 150% del tiempo previsible, y luego de eso se estimó desbordado el riesgo, y causal de desquiciamiento del CONTRATO": Alegatos de conclusión, páginas 7 y 8.

El señor MIGUEL VARGAS, exrepresentante legal de COVIMAR, en su deposición señaló: "[...] *[E]ste es un proyecto totalmente diferente, es un proyecto que prácticamente ya asciende al doble del valor, se pudo haber obtenido la licencia en cualquier momento, pero lo que ya no es esencialmente lo que fue concebido es el proyecto, porque el proyecto estaba concebido para iniciarse en unas etapas, en un momento, en unas circunstancias, y hoy está totalmente desquiciado, desbordado, desbaratado, por decirlo así, es un proyecto que hoy, y otras condiciones, por ejemplo, de financiación son otras en el mercado, pues cualquiera lo puede corroborar, el acceso al mercado de capitales, el precio de los insumos, los riesgos materializados, la incertidumbre, por ejemplo, de las mismas comunidades siguiendo solicitando el cambio del trazado, mañana se puede mover una maquinaria, pueden oponerse*". (Minuto 37:15). "[...] *A qué me refiero en esa situación, que las etapas ya se desfiguraron, que ya estamos en otro momento totalmente diferente, las previsiones de ejecución del contrato ya no están, no hay certeza de que una comunidad, a pesar de que haya licencia ambiental no pare el proyecto, ellos siguen solicitando el cambio de trazado, es decir, a pesar de que ya el proyecto cobra una dimensión de costo y puede valer ya el doble al pasar del tiempo, los insumos, las condiciones, hay una situación que hace que ya esté desfigurado el contrato como tal y no permita la ejecución, eso es a lo que me refiero en ese punto*" (Minuto: 01:02:42). Testimonio de Miguel Vargas, audiencia del 24.08.2022, p. 17 y 29.

¹²⁴Decisión Amigable Composición de 1 de julio de 2021, p. 82.

¹²⁵ Sobre la Ecuación Contractual véase el Capítulo XIII, intitulado "*Ecuación contractual y asignación de riesgos*". Por ejemplo, el artículo 13.1 (a) señala que el Concesionario asume el cumplimiento de las obligaciones a su cargo y los riesgos que le han sido asignados mediante el contrato, así como los riesgos asociados a la ejecución de las obligaciones. Sin embargo, el literal (b) indica: "*Lo anterior no impide que, ante la ocurrencia de riesgos que i) no hayan sido previstos en el Contrato y, ii) aunque no hayan sido expresamente previstos, no correspondan a aquellos que por la naturaleza de las obligaciones del Concesionario estén asignados a éste; pueda proceder el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando el riesgo, además de ser imprevisto e imprevisible, y no imputable al Concesionario, tenga las características de gravedad, anormalidad y magnitud para que proceda dicho restablecimiento, de conformidad con la Ley Aplicable*".

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

en firme, transcurrieron más de dos años. Y que la obligación afectada por el EER (la licencia ambiental) es de tal importancia que condujo a la suspensión total del plazo contractual, en los términos previstos en la sección 14.2 (g) (ii) de la Parte General del Contrato. No hay duda de que la fuerza mayor ambiental fue declarada por el Panel de Amigables Compondores; sin embargo, esto no condujo a la suspensión total del plazo contractual por cuanto hubo obligaciones que se siguieron ejecutando. Y la ejecución de esas obligaciones significa que no hubo suspensión total del plazo contractual. Además, el EER no fue definitivo, sino suspensivo, tal como se ha vendido señalando.

Expuesto todo lo anterior, resulta evidente que las pretensiones primera, segunda y tercera no están llamadas a prosperar y que, en consecuencia, las excepciones 3.3, 3.4 y 3.5 de la contestación a la reforma de la demanda resultan acogidas. En efecto, la figura de la terminación anticipada del contrato no se configuró por ausencia de uno de sus elementos, esto es, la parálisis total de la ejecución del contrato o la suspensión total del plazo contractual. La inexistencia de la obligación de la ANI para declarar la terminación anticipada resultó probada por cuanto la decisión del Panel de Amigables Compondores de 1 de julio de 2021, no obligaba a la ANI a terminar el contrato y la de la superación del evento eximente de responsabilidad también por cuanto con el otorgamiento de la licencia ambiental se supera el obstáculo de las obligaciones suspendidas.

Despachadas como imprósperas las pretensiones primera, segunda y tercera de la reforma de la demanda el Tribunal debe mencionar que la Convocada en el desarrollo de la excepción 3.5 sobre la superación del evento eximente de responsabilidad, solicita que se nieguen las pretensiones dirigidas a la terminación anticipada del contrato y en reemplazo *“se declare el levantamiento de la suspensión del plazo contractual a partir de la finalización del término establecido en la Sección 14.2 (d) (ii), esto es, dentro de los 30 días hábiles siguientes al momento en que el Concesionario debió notificar a la ANI”*.

Respecto de lo anterior solicitud, no es procedente plantear una pretensión dentro de una excepción de mérito¹²⁶; las partes, de todas formas, sabrán darle aplicación al acta de suspensión bilateral del 7 febrero del 2020 una vez quede ejecutoriado el presente laudo.

¹²⁶ La excepción, *“Se presenta cuando el demandado alega hechos diferentes de los propuestos o invocados por el demandante y que se dirigen a desconocer la existencia del derecho reclamado por éste, o bien, sin rechazarlo, oponerle circunstancias que tiendan a evitar su efectividad en determinado proceso. (...) es la propia razón del demandado que la opone a la invocada por el demandante. Es una especie de contraprestación, por constituir argumentos propios, basados en hechos diferentes, que tienden a dejar sin fundamento la pretensión del demandante”*: AZULA CAMACHO, Jaime; Manual de Derecho Procesal, T. I, Teoría General del Proceso. Editorial Temis, 8ª ed., 2002, p. 316 y 317, citado por Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 28 de abril de 2010, Rad: 25000-23-26-000-1997-03365-01(18271), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

8.4. Sobre el resto de las pretensiones y excepciones.

La pretensión cuarta no prospera por cuanto supone la terminación anticipada del contrato lo cual llevaría -si se hubiese declarado- a la no exigibilidad de las actividades o constataciones que enlista o enumera la pretensión. En otras palabras, al no declararse la terminación del Contrato de Concesión, la pretensión no tiene razón de ser al perder su sustrato o fundamento.

Igual suerte corre la pretensión quinta en la medida en que no se tiene por agotada la etapa de reversión porque no solo no se ha declarado la terminación anticipada del contrato, sino porque no se ha dado curso a la etapa de operación y mantenimiento descrita en el capítulo noveno del contrato de concesión.

Se recuerda que, en el capítulo de definiciones del Contrato de Concesión, punto 1.6, se indica que la Etapa de Reversión "*Se refiere a la tercera etapa del Contrato de Concesión dentro de la cual se adelantarán todas las actividades necesarias para la Reversión de los bienes de la Concesión, en las condiciones previstas en este Contrato. Esta etapa iniciará en i) La fecha de Terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento o ii) **cuando se declare la Terminación Anticipada del Contrato en cualquiera de sus etapas** y culminará cuando i) se suscriba el Acta de Reversión o ii) se venza el Plazo Máximo de la Etapa de Reversión, lo que ocurra primero. Durante la Etapa de Reversión el Concesionario deberá continuar con las actividades de Operación y Mantenimiento del Proyecto*". (Destacado del Tribunal).

Es claro, entonces, que como no se ha declarado la terminación anticipada del contrato, las pretensiones cuarta y quinta no hallan camino a su prosperidad.

La pretensión sexta¹²⁷, séptima, la subsidiaria a la sexta y a la séptima, así como la octava y la novena, corren la misma suerte de su no acogimiento por cuanto apuntan a la liquidación del contrato como efecto o consecuencia de una terminación anticipada del contrato de concesión, materia de este litigio; al no resultar prósperas las pretensiones primera, segunda y tercera, aquellas que son derivadas de estas, no encuentran camino de prosperidad. Igual suerte y razón acompañan las pretensiones de condena décima y décima primera que son consecuencia de si hubiesen prosperado las pretensiones relacionadas con la declaración de la terminación anticipada del contrato y su liquidación y como no lo fueron, entonces, tampoco prosperan.

¹²⁷ La pretensión sexta aparentemente autónoma e independiente está atada a que el Tribunal hubiese reconocido la terminación unilateral del contrato. Así incluso se infiere cuando la convocante en sus alegatos de conclusión señala: "*En la medida que la Fuerza Mayor Ambiental ocurrió durante la Fase de Preconstrucción, y que, de cualquier manera, la configuración de la Terminación Anticipada del CONTRATO se presenta antes del inicio de la Fase de Construcción, la cual no tuvo lugar en la ejecución contractual, a efectos de la Liquidación, debe darse aplicación al literal (e) de la sección 18.3. (e) que al respecto dispone lo siguiente: [...]*". (Alegatos de conclusión, p. 96).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

Finalmente, la pretensión décima segunda no prospera por cuanto la convocante será condenada en costas, tal como se precisará más adelante.

Respecto de las demás excepciones, el Tribunal, en aplicación de lo establecido en el inciso 2º del artículo 280 del Código General del Proceso, no hará pronunciamiento pues lo estima innecesario en tanto que las súplicas de la reforma de demanda se denegarán en su integridad.

8.5. Conducta procesal de las partes.

El Tribunal encuentra que a lo largo del trámite los apoderados desarrollaron con destreza los argumentos en favor de las partes que representan, así como controvirtieron con rigor los argumentos de la contraparte.

Para el Tribunal la firmeza y convicción con la que actuaron en absoluto ponen en discusión su comportamiento profesional y leal en esta actuación.

Por lo anterior, de la conducta procesal desplegada por las partes no se deduce ningún indicio en contra de ellas.

8.6. Pronunciamiento Sobre El Juramento Estimatorio.

Habiéndose desestimado las pretensiones declarativas y consecuentes de condena por su falta de procedencia a que concierne la estimación juramentada, por sustracción carece de toda relevancia.

El artículo 206 del C.G.P. dispone que:

"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. (...)"

El legislador establece sanciones para ciertos casos en los que el monto de la estimación supera el monto de la condena o cuando no hay condena por falta de demostración del perjuicio de la siguiente forma:

"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. (...)". (Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

PARÁGRAFO. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas. (Parágrafo modificado por el artículo 13 de la Ley 1.743 de 2.014).

La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.

Contempla así la anterior disposición sanciones en dos eventos a saber: (i) el exceso en la estimación de los perjuicios frente a lo que resulte probado y (ii) la falta total de prueba en relación con los mismos. Por tratarse de sanciones, la interpretación es restrictiva y no procede su aplicación en otros supuestos.

El Tribunal desestimó las respectivas pretensiones por falta de procedencia intrínseca, y no observa temeridad ni mala fe en la conducta de la Convocante en la estimación de las sumas reclamadas que derivan de su convencimiento de la prosperidad de los reclamos y así intentó probarlo, adjuntando un dictamen pericial que respaldaba las cifras pretendidas, de manera que la negativa no está atada a negligencia, o intención manifiesta de desconocer el deber de estimar sus pretensiones despojado de cálculos carentes de proporción.

En ese sentido, cuando la Corte Constitucional analizó la exequibilidad de la norma mencionada, señaló que la sanción en ella consagrada “*no procede cuando su causa sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado*”¹²⁸.

Precisó la Corte que:

“Si la carga de la prueba no se satisface por el obrar descuidado, negligente y ligero de la parte sobre la cual recae, valga decir, por su obrar culpable, al punto de que en el proceso no se logra establecer ni la existencia ni la cuantía de los perjuicios, aunque sea posible que sí hayan existido en la realidad, de esta situación deben seguirse consecuencias para la parte responsable”, pero “si la carga de la prueba no se satisface pese al obrar diligente y esmerado de la parte sobre la cual recae, valga decir, por circunstancias o razones ajenas a su voluntad y que no dependen de ella, como puede ser la ocurrencia de

¹²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-157/13 de 21 de marzo de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

alguna de las contingencias a las que están sometidos los medios de prueba, es necesario hacer otro tipo de consideración”, para lo cual debe tomarse en cuenta si la contingencia a que está sujeto el medio de prueba existía antes de iniciar el proceso y era conocida por la parte.”

Agregó la Corte que cuando se está “ante un fenómeno que escapa al control de la parte o a su voluntad, y que puede ocurrir a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado. En este escenario hipotético la sanción prevista en la norma demandada sí resulta desproporcionada y, por tanto, vulnera el principio de buena fe y los derechos a acceder a la administración de justicia y a un debido proceso, pues castiga a una persona por un resultado en cuya causación no media culpa alguna de su parte. Dado que esta interpretación de la norma es posible, la Corte emitirá una sentencia condicionada”.

No está demás agregar que la parte Convocante en el escrito de reforma de la demanda, en relación con la no obligatoriedad de la presentación del juramento estimatorio, sostuvo:

“Las pretensiones de la reforma de la demanda no incluyen “indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras”, en el entendido en que (sic) la liquidación del CONTRATO no corresponde jurídicamente con ninguno de aquellos conceptos legales.

Sin perjuicio de lo anterior, y en el evento en que a juicio de los Señores Árbitros las pretensiones de liquidación del CONTRATO requirieran del requisito del juramento estimatorio, a continuación, procede a realizarse”.

Por todo lo anterior, el Tribunal estima que no procede la aplicación de la sanción prevista por el artículo 206 del C.G.P.

8.7. COSTAS.

El artículo 365 del Código General del Proceso en relación con las costas del proceso dispone:

"Artículo 365. Condena en costas. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. *Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, 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.*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.**

Caso 132646

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.

(...)

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.

(...)

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

(...)”.

De acuerdo con lo anterior, la regla general consagrada en el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso es la de que el juez "*condenará en costas a la parte vencida en el proceso*".

En el presente caso, tal y como se ha señalado, las pretensiones de la demanda fueron denegadas.

De otra parte, el Tribunal no puede desconocer que la Parte Convocante, tal y como se indicó en los antecedentes de esta providencia, realizó el pago de la totalidad de los honorarios y gastos del proceso, y que de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje), aquellos fueron reembolsados por la parte Convocada.

En consecuencia, estima el Tribunal que, frente a la realidad expuesta, corresponde imponer condena en costas en contra de la Parte Convocante **CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S.**, por una suma equivalente al cien por ciento (100%) de ellas.

Procede, entonces, el Tribunal a realizar la liquidación correspondiente de las costas para lo cual se debe tener en cuenta que ellas están compuestas tanto por las

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

expensas o gastos generados por el trámite del proceso, como por las agencias en derecho.

En cuanto al primer rubro, es necesario tener presente que de acuerdo con lo señalado en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, solamente puede imponerse condena en costas respecto de las sumas que se encuentren debidamente acreditadas en el expediente. A este respecto, en el proceso hay prueba del pago efectuado por la Parte Convocada, al momento de realizar el reembolso del pago realizado inicialmente por la parte Convocante, motivo por el cual ese rubro será el único que se incluirá dentro de la liquidación de costas por concepto específico de expensas.

Por lo anterior, la liquidación de las expensas es la siguiente:

LIQUIDACIÓN EXPENSAS	
Honorarios de los árbitros, del secretario, gastos de radicación de la demanda, gastos de administración del Centro de Arbitraje y otros gastos (100%)	\$904.435.468.00

En relación con las agencias en derecho, el Tribunal Arbitral llama la atención sobre la circunstancia de que en el Estatuto Arbitral (Ley 1563 de 2012) no existe norma especial que regule la condena en agencias en derecho. Igualmente, no resultan aplicables a los procesos arbitrales las pautas trazadas por el Consejo Superior de la Judicatura para la jurisdicción ordinaria.

Así las cosas, el asunto queda al prudente juicio de los árbitros quienes estiman las agencias en derecho a cargo de la Parte Convocante en la suma de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS M CTE. (\$150.000.000.00), correspondientes al 30% de los honorarios de un árbitro, considerando que por haber litigado el proceso en representación de la Convocada, su apoderado desempeñó una labor que es razonable remunerar en la proporción antes indicada.

En conclusión, la condena en costas a favor de la Parte Convocada y en contra de la Parte Convocante, asciende a la suma de MIL CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS M. CTE (**\$1.054.435.468.00**), así:

CONDENA EN COSTAS	
CONCEPTO	VALOR
Expensas	\$904.435.468.00
Agencias en Derecho	\$150.000.000.00
TOTAL	\$1.054.435.468.00

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

**CAPÍTULO CUARTO
IV. PARTE RESOLUTIVA**

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Arbitral convocado para dirimir las controversias surgidas entre **CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S.-COVIMAR**, como parte Convocante y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, como parte Convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, en decisión unánime y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR no probadas las excepciones denominadas (i) *“Invalidez de la decisión del Panel de Amigables Compondores del 01 de julio de 2021 por estar afectada de nulidad absoluta”*, y (ii) *“Ineficacia de la decisión del Panel de Amigables Compondores por extralimitación en el ejercicio del mandato”*.

SEGUNDO. DECLARAR probadas las excepciones de mérito denominadas *“Falta de configuración de la terminación anticipada del Contrato de Concesión por APP nro. 001 de 2015”*; *“Inexistencia de la obligación de la entidad contratante de declarar la terminación anticipada en los términos de la cláusula 17.2(b)(i)”* y *“Superación del evento eximente de responsabilidad (fuerza mayor ambiental)”*.

TERCERO. DENEGAR en su integridad las pretensiones de la demanda.

CUARTO. ABSTENERSE de realizar pronunciamiento sobre las demás excepciones de mérito.

QUINTO. DECLARAR que no hay lugar a aplicar la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, por lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO. CONDENAR a **CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S.** al pago en favor de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** de la suma de MIL CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS M.CTE (**\$1.054.435.468.00**) por concepto de costas.

SÉPTIMO. ORDENAR la expedición de copia auténtica del presente Laudo Arbitral con destino a cada una de las Partes y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
CONCESIONARIA NUEVA VÍA AL MAR S.A.S. VS. AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA ANI.
Caso 132646**

Cámara de Comercio de Bogotá, quien deberá tomar atenta nota de la expedición de este Laudo Arbitral para los fines legales pertinentes.

La copia expedida con destino a las Partes deberá contener las constancias de ley.

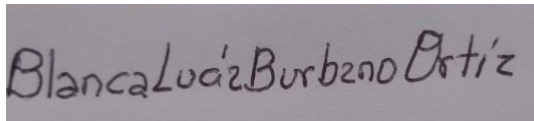
OCTAVO. ORDENAR de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012 el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, una vez se encuentre en firme el presente Laudo Arbitral.

NOVENO. Ejecutoriado este laudo arbitral, se causará el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios; se procederá al pago correspondiente de la contribución arbitral, así como a la rendición final de cuentas, para lo cual se devolverá a las partes el remanente no utilizado de la suma correspondiente a "otros gastos" en caso de haberlo.

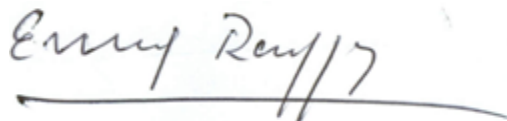
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



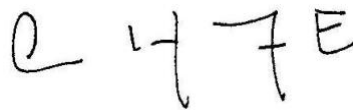
**ADELAIDA ANGEL ZEA
Árbitro-Presidente**



**BLANCA LUCIA BURBANO ORTIZ
Árbitro**



**ERNESTO RENGIFO GARCIA
Árbitro**



**CARLOS MAYORCA ESCOBAR
Secretario del Tribunal**

La presente decisión fue adoptada en los términos del artículo 23 de la Ley 1563 de 2012.