

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., 21 de marzo de 2018

I. CAPÍTULO: ANTECEDENTES

1. SOLICITUD DE CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE Y PARTES DEL PROCESO

Mediante escrito presentado el veintidós (22) de abril de 2016 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, CSS Constructores S.A. (en adelante CSS Constructores, o la Demandante o la Convocante), a través de apoderado, formuló demanda arbitral contra la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI (en adelante ANI, o la Demandada o la Convocada)¹.

Las partes se enunciaron en la demanda como sigue:

Parte convocante:

“CSS CONSTRUCTORES S.A., sociedad anónima, identificada con el NIT N° 832.006.599 – 5, sociedad contratista concesionaria del Contrato de CONCESIÓN 0849 de 1995, con domicilio en la ciudad de Chía (Cundinamarca), y representada legalmente por el señor JORGE ALEJANDRO GONZALEZ GOMEZ, mayor de edad, domiciliado en Chía, Cundinamarca identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.503.799 de Bogotá”.

Parte convocada:

“AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, 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 de conformidad con lo establecido en el Decreto 4165 de noviembre 3 de 2011. Representada legalmente por el Doctor LUIS FERNANDO ANDRADE, mayor de edad, domiciliado en Bogotá e identificado con cédula de ciudadanía No. 79.152.446 de Bogotá en su condición de presidente, nombrado mediante Decreto 4206 de 201 de fecha 4 de noviembre de 2011, o por quien haga sus veces”.

¹ Cuaderno principal 1, folios 1 al 33.

2. EL PACTO ARBITRAL

La cláusula compromisoria corresponde a la estipulación trigésima novena del Contrato de Concesión No. 0849 de 1995 (en adelante, el Contrato de Concesión o el Contrato), posteriormente modificada por la cláusula décimo primera del Otrosí de 30 de enero de 2014, adoptando la redacción de los contratos de cuarta generación de concesiones. En la cláusula décimo primera del mencionado otrosí se establece:

“CLAUSULA DECIMO PRIMERA. MODIFICACIÓN DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA. Se acuerda modificar la cláusula 64 (sic) SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, del contrato de concesión, la cual quedará así:

‘CLÁUSULA TRIGESIMA NOVENA.- MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: (a) Cualquier divergencia que surja entre las Partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este Contrato, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento Nacional de conformidad con la ley 1563 de 2012 y las reglas que a continuación se establecen. (b) El arbitraje se desarrollará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá o en el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición del Sector Infraestructura y Transporte según el Centro de Arbitraje que haya escogido el Concesionario al momento de presentar su Oferta. (c) El tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros los cuales será designados de común acuerdo por las Partes. Para ello las partes elaborarán listas de candidatos con reconocida experiencia acreditada en concesiones de infraestructura. En caso de no llegarse a un acuerdo el Centro de Arbitraje, designará los árbitros por sorteo. (d) Los árbitros decidirán en derecho. (e) Los honorarios de los árbitros se limitarán según el valor de las pretensiones y en todo caso no superarán un máximo de TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS COLOMBIANOS (\$300.000.000) del mes de referencia, por cada árbitro, valor que se actualizará por año por IPC. Las Partes, podrán de común acuerdo aumentar el valor de los honorarios de los árbitros a sugerencia del Tribunal o del Centro, teniendo en cuenta la magnitud, complejidad u otras circunstancias del caso, tales como la existencia o no de una demanda de reconvencción. (f) Los árbitros designados harán una declaración de independencia e imparcialidad respecto de las Partes al momento de aceptar la designación. (h) El término del proceso arbitral así como las suspensiones del proceso se regirán por lo establecido en los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012 o las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan. (i) 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 empresas, sociedades o personales

naturales que hayan presentado conjuntamente la Oferta, en la medida que, dichos sujetos prestaron su consentimiento por referencia al momento de la presentación de la Oferta”.

3. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

La demanda inicial fue presentada el veintidós (22) de abril de 2016, la cual fue subsanada mediante escrito presentado el veintisiete (27) de junio de 2016.

Posteriormente se presentó reforma a la demanda (versión integrada), el veinticinco (25) de noviembre de 2016.

Las pretensiones formuladas en la demanda reformada son las siguientes:

“PRETENSIONES DECLARATIVAS

PRIMERA: *Que se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, en virtud de la subrogación del Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, sus adicionales y modificatorios, y de la cesión a título gratuito que le hiciera el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, asumió integralmente la posición contractual de entidad contratante en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995.*

SEGUNDA: *Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, en su condición de entidad contratante en el contrato de concesión No. 0849 de 1995, es la única titular de los derechos y obligaciones derivados de tal condición en el contrato de concesión No. 0849 de 1995.*

TERCERA: *Declarar que CSS CONSTRUCTORES S.A., en virtud del documento de cesión firmado el 29 de enero de 2014, asumió la posición contractual de contratista concesionario en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995.*

CUARTA: *Declarar que CSS CONSTRUCTORES S.A., en su condición de contratista concesionario en el contrato de concesión No. 0849 de 1995, es la única titular de los derechos y obligaciones derivados de tal condición en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995.*

QUINTA: Declarar que el 28 de noviembre de 2007, el **Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI)** y el **Concesionario (hoy CSS CONSTRUCTORES S.A.)** celebraron un acuerdo para conciliar las diferencias derivadas de la ejecución del contrato de Concesión, que habían sido sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento integrado por los doctores: Juan de Dios Montes, Cesar Hoyos Salazar y Germán Alonso Gómez y que consistió en resolver la controversia contractual referente al pago de las obras correspondientes a la rehabilitación, ampliación y reforzamiento de los puentes existentes en el corredor concesionado.

SEXTA: Declarar que el acuerdo conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, celebrado entre el **Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI)** y el **Concesionario (hoy CSS CONSTRUCTORES S.A.)**, fue aprobado por el Tribunal de Arbitramento mediante Auto del 11 de diciembre de 2007 (Acta N° 35).

SÉPTIMA: Declarar que en cumplimiento con lo dispuesto en la cláusula cuarta del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007, el **Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI)** y el **Concesionario (hoy CSS CONSTRUCTORES S.A.)** acordaron convenir el valor de las obras a reconocer por concepto de las obras complementarias relativas a las actividades de ampliación, rehabilitación y reforzamiento de los puentes existentes del proyecto vial del contrato de concesión No. 0849 de 1995, en **CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (\$4.245.307.453,66)** en pesos de septiembre de 1994.

OCTAVA: Declarar que en la cláusula quinta del acuerdo conciliatorio suscrito el 29 de noviembre de 2007, el **Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI)** y el **Concesionario (hoy CSS CONSTRUCTORES S.A.)** pactaron un plazo de seis (6) meses para el pago de los **CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (\$4.245.307.453,66)** en pesos de septiembre de 1994.

NOVENA: Declarar que en la cláusula sexta del acuerdo conciliatorio suscrito el 29 de noviembre de 2007, el **Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI)** y el **Concesionario (hoy CSS CONSTRUCTORES S.A.)** pactaron que durante el periodo comprendido entre la ejecutoria del auto

probatorio de la conciliación y el vencimiento de los seis (6) meses pactados para el pago, se causarían intereses de mora a una tasa anual equivalente al Índice de precios al Consumidor (IPC) más el 6% efectivo anual a favor del Concesionario (hoy CSS CONSTRUCTORES S.A.).

DÉCIMA: *Declarar que en la cláusula sexta inciso segundo del acuerdo conciliatorio suscrito el 29 de noviembre de 2007, el Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) y el Concesionario (hoy CSS CONSTRUCTORES S.A) pactaron que a partir del vencimiento del periodo identificado en la pretensión anterior, se causarían intereses de mora equivalentes a una tasa anual del Índice de precios al Consumidor (IPC) más el 12% efectivo anual.*

DÉCIMA PRIMERA: *Declarar que los reconocimientos hechos en el acuerdo conciliatorio del 28 de noviembre de 2007 respecto de las obras a reconocer por concepto de las obras complementarias relativas a las actividades de ampliación, rehabilitación y reforzamiento de los puentes existente del proyecto vial del contrato de concesión No. 0849 de 1995 y las obligaciones de pago consecuentes se incorporaron al contrato de concesión No. 0849 de 1995 como obligaciones a cargo de la entidad concedente, esto es el Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI).*

DÉCIMA SEGUNDA: *Declarar que el Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) en su condición de entidad contratante, realizó los siguientes pagos, en cumplimiento con el acuerdo conciliatorio del 28 de noviembre de 2007:*

- *El 30 de abril de 2009, el Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) realizó un primer abono a la deuda adquirida con el Concesionario, a través del pago de \$8.388'995.466,00.*
- *El 29 de mayo de 2009, el Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) realizó un segundo abono a la deuda, mediante el pago al Concesionario de \$8.261'004.534,00.*
- *El 27 de mayo de 2010, el Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) realizó un tercer abono a la deuda, a través del pago al Concesionario de \$16.650'000.000,00.*

DÉCIMA TERCERA: *Declarar que el Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI), a la fecha, no ha pagado la totalidad del capital y los*

intereses causados por la mora en cumplimiento de sus obligaciones derivadas del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007.

DÉCIMA CUARTA: *Declarar que el saldo del capital, correspondiente a la suma de mil cinco millones quinientos veintinueve mil novecientos noventa y cuatro pesos (\$1.005'529.994), expresado en pesos constantes de septiembre de 1994, no ha sido cancelado oportunamente por el Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI), o aquel valor que resulte probado dentro del proceso.*

DÉCIMA QUINTA: *Declarar que el saldo del capital por la suma de mil cinco millones quinientos veintinueve mil novecientos noventa y cuatro pesos (\$1.005'529.994), expresado en pesos constantes de septiembre de 1994, actualizado a la fecha de liquidación de la deuda, que para este caso es marzo de 2016, asciende a treinta y cuatro mil quinientos ochenta y tres millones novecientos ochenta y un mil seiscientos ochenta y cuatro pesos (\$34.583.981.684) correspondiente al efecto financiero causado por la aplicación a este valor de la TIR contractual, incluyendo su actualización.*

DÉCIMA SEXTA: *Declarar que, como consecuencia de las declaraciones solicitadas en las pretensiones novena y décima anteriores, el saldo de la deuda liquidado a 31 de marzo de 2016, correspondiente a la suma de treinta y cuatro mil quinientos ochenta y tres millones novecientos ochenta y un mil seiscientos ochenta y cuatro pesos (\$34.583.981.684) a 31 de marzo de 2016, o aquel valor que resulte probado dentro del proceso no ha sido cancelado oportunamente por el Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI).*

DÉCIMA SÉPTIMA: *Declarar que desde el 22 de febrero de 2013 hasta el 20 de septiembre de 2013, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI y el Concesionario (CSS CONSTRUCTORES S.A.) sostuvieron conversaciones para definir el saldo pendiente de pago por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, al concesionario por concepto del capital dejado de pagar y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad contratante, derivadas del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007.*

DÉCIMA OCTAVA: *Declarar que el 20 de septiembre de 2013, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI y el concesionario (CSS CONSTRUCTORES S.A.) suscribieron el documento denominado “Bases de Conversaciones” con el fin de revisar las controversias vigentes entre LAS*

*PARTES del Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, entre ellas, la determinación del saldo pendiente de pago por parte de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, al concesionario por concepto del capital faltante y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad contratante, derivadas del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007.*

***DÉCIMA NOVENA:** Declarar que como resultado de las mesas de trabajo instauradas en cumplimiento del documento denominado “Bases de Conversaciones”, **LAS PARTES** del contrato de Concesión 0849 de 1995, suscribieron el Otrosí del 30 de enero de 2014.*

***VIGÉSIMA:** Declarar que la cláusula décima “Controversias Pendientes”, del otrosí suscrito el 30 de enero de 2014, **LAS PARTES** del contrato de Concesión 0849 de 1995, acordaron someter a decisión de un tribunal de arbitramento las controversias vigentes entre **LAS PARTES** del contrato de Concesión 0849 de 1995, entre ellas, la determinación del saldo pendiente de pago por parte de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, al concesionario por concepto del capital faltante y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad contratante, derivadas del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007.*

***VIGÉSIMA PRIMERA:** Declarar que en virtud del acuerdo contenido en la cláusula décima, “Controversias Pendientes”, del otrosí suscrito el 30 de enero de 2014, **LAS PARTES** del Contrato de Concesión 0849 de 1995 reconocen:*

- a. que existe una obligación pendiente a cargo de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**,*
- b. que la controversia existente entre **LAS PARTES** relacionadas con el monto de esa obligación sería resuelta por un Tribunal de Arbitramento, y*
- c. que en consecuencia, en virtud del pacto contenido en la cláusula décima del Otrosí del 30 de enero de 2014, **LAS PARTES** renunciaron a otra jurisdicción para dirimir las controversias allí referidas, entendiéndose, en los términos del considerando 11 de dicho Otrosí, que éstas corresponden a aquéllas revisadas en desarrollo de las mesas de trabajo previstas en el documento Bases de Conversaciones de fecha 20 de septiembre de 2013, para el caso de los temas en los que, como ocurre en este asunto, se mantuvieron los desacuerdos que han dado lugar a las controversias contractuales.*

VIGÉSIMA SEGUNDA: Declarar que mediante la suscripción del otrosí suscrito el 30 de enero de 2014, operó la novación de la obligación de pago contenida en el acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007 en los términos previstos en el artículo 1687 del Código Civil.

VIGÉSIMA TERCERA: Declarar que la novación de la obligación de pago contenida en el acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007 es válida en concordancia con lo previsto en los artículos 1687, 1689, 1690 numeral 1 y 1693 del Código Civil.

VIGÉSIMA CUARTA: Declarar que la novación se efectuó en los términos del artículo 1690 numeral 1 del Código Civil, toda vez que se substituyó la obligación de pago del saldo adeudado por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI al concesionario derivada del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007 aprobado mediante auto N° 37, incluido en el Acta N° 35 del once (11) de diciembre de 2007 del Tribunal de Arbitramento que conoció de la misma en su momento, a cargo del Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI), por la obligación mutua y consensuada de someter a decisión de un tribunal de arbitramento la determinación del saldo pendiente de pago por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI al Concesionario (CSS CONSTRUCTORES S.A.) por concepto del capital faltante y los intereses de mora correspondientes, derivados del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007, como consecuencia de la ejecución por el Concesionario de obras complementarias en desarrollo del contrato de concesión No. 0849 de 1995.

VIGÉSIMA QUINTA: Declarar que en cumplimiento del acuerdo consignado en el otrosí suscrito el 30 de enero de 2014, el Concesionario (CSS CONSTRUCTORES S.A.) el 4 de septiembre de 2014 presentó convocatoria arbitral contra la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, solicitando la definición y reconocimiento del capital faltante y los intereses de mora correspondientes, derivados del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007, ratificando con ello la novación de la obligación, realizada en el Otrosí del 30 de enero de 2014.

VIGÉSIMA SEXTA: Declarar que en desarrollo del trámite arbitral iniciado el 4 de septiembre de 2014 por el Concesionario (CSS CONSTRUCTORES S.A.), el 22 de mayo de 2015, se suscribió entre LAS PARTES del Contrato de Concesión 0849 de 1995, un acuerdo de conciliación, mediante el cual la

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, reconoce expresamente como saldo adeudado al Concesionario (CSS CONSTRUCTORES S.A.), por concepto de saldo del capital e intereses de mora liquidados a 30 de abril de 2015 la suma de **VEINTE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS M/CTE** (\$20.966.979.377), a título de conciliación, para definir la controversia que sostenían en torno a esta deuda.

VIGÉSIMA SÉPTIMA: Declarar que el acuerdo conciliatorio celebrado entre **LAS PARTES** del contrato de Concesión 0849 de 1995, el 22 de mayo de 2015 durante el trámite arbitral iniciado por el Concesionario (CSS CONSTRUCTORES S.A.) el 4 de septiembre de 2014, fue aceptado por el Concesionario y fue objeto de aprobación por el Comité de Conciliación de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, ratificando con ello la novación de la obligación, realizada en el otrosí del 30 de enero de 2014.

VIGÉSIMA OCTAVA: Declarar que a la fecha de presentación de esta demanda la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, debe al Concesionario (CSS CONSTRUCTORES S.A.) la suma de **TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y UN MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS** (\$34.583.981.684) o la que resulte probada en este proceso por concepto del capital restante y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad contratante, derivadas del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA OCTAVA: Declarar que a la fecha de presentación de esta demanda la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, debe al concesionario (CSS CONSTRUCTORES S.A.) la suma de **VEINTIDÓS MIL NOVECIENTOS SIETE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS** (\$22.907.962.842) o la que resulte probada en este proceso por concepto del capital restante y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de la obligación de pago a cargo de la entidad contratante, derivada del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007, la cual fue novada por Las Partes mediante otrosí suscrito el 30 de enero de 2014 y posteriormente cuantificada y establecida la forma de pago en el acuerdo conciliatorio de 22 de mayo de 2015.

VIGÉSIMA NOVENA: *Que se ordene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI a dar cumplimiento al laudo arbitral que ponga fin a este proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y se le condene al pago de intereses comerciales moratorios sobre el monto de la condena, desde la fecha de la ejecutoria del laudo y hasta la fecha del pago efectivo” (las negrillas son del texto).*

“PRETENSIONES DE CONDENA

PRIMERA: *Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI a pagar a la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A., la suma de TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y ÚN MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$34.583.981.684) a pesos de marzo de 2016, o la que resulte probada en este proceso, por concepto del capital restante y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad contratante, derivadas del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007.*

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRIMERA DE CONDENA: *Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI a pagar a la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A., la suma de VENTIDÓS MIL NOVECIENTOS SIETE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$22.907.962.842), liquidado a 31 de marzo de 2016, o la que resulte probada en este proceso, por concepto del capital restante y los intereses causados por la mora, según acuerdo conciliatorio del 22 de mayo de 2015.*

SEGUNDA: *Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI a pagar las sumas que resulten de la pretensión primera de condena debidamente actualizadas de conformidad con lo dispuesto en la cláusula trigésima sexta del contrato de Concesión No. 0849 de 1995, modificada por la cláusula décima cuarta del Documento Modificatorio del 6 de abril de 1999.*

PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA: *Que en subsidio a la pretensión anterior, se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI a pagar las sumas*

que resultan de la pretensión primera de condena actualizadas debidamente, mediante la aplicación del IPC vigente a la fecha de la expedición del Laudo Arbitral que ponga fin al proceso, certificado por el DANE de conformidad con lo dispuesto con el artículo 4º numeral 8 de la Ley 80 de 1993.

TERCERA: *Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI a pagar, respecto de cualquier suma de dinero debidamente actualizada que resulte a favor de CSS CONSTRUCTORES S.A., los intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada por la ley comercial colombiana.*

PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL DE CONDENA: *Que, igualmente, respecto de cualquier suma de dinero debidamente actualizada que resulte en favor de CSS CONSTRUCTORES S.A., se liquiden intereses comerciales moratorios a la tasa definida por el Tribunal de Arbitramento, aplicando los criterios de ley establecidos a este efecto (artículo 4, numeral 8, Ley 80 de 1993).*

CUARTA: *Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho” (las negrillas son del texto).*

4. TRÁMITE INICIAL

4.1. Nombramiento del Tribunal

Tras la presentación de la demanda arbitral por parte de la apoderada de CSS Constructores, el diecisiete (17) de mayo de 2016, mediante la modalidad de sorteo público, se designaron como árbitros a los doctores Marcela Romero de Silva, José Armando Bonivento Jiménez y Carlos Adolfo Arenas Campos².

4.2. Instalación del Tribunal, admisión y traslado de la demanda

El veintiuno (21) de junio de 2016 tuvo lugar la audiencia de instalación del Tribunal³, en la cual se nombró como presidente al doctor José Armando Bonivento Jiménez y como secretaria a la doctora Anne Marie Mürrle Rojas, y se reconoció personería a los apoderados de las partes.

En esa oportunidad se inadmitió la demanda, la cual fue subsanada mediante escrito

² Cuaderno principal 1, folio 90

³ Cuaderno principal 1, folios 218 a 221.

presentado el veintisiete (27) de junio del mismo año, y finalmente admitida según auto de fecha siete (7) de julio de 2016.

En esa providencia se admitió la demanda y se ordenó notificar el auto admisorio personalmente a la parte Convocada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en los términos del artículo 612 del Código General del Proceso.

El veinticinco (25) de noviembre de 2016, la apoderada de la parte Convocante presentó reforma a la demanda⁴, la cual fue admitida mediante auto de fecha veintiocho (28) de noviembre de 2016⁵.

4.3. Contestación de la demanda, excepciones y traslado de las mismas

El diecisiete (17) de enero de 2017, el apoderado de la ANI presentó contestación de la reforma de la demanda arbitral⁶, y propuso como excepciones de mérito las siguientes: “1. De la falta de competencia del Tribunal Arbitral para conocer del presente asunto”; “1.1 Por configurarse la cosa juzgada” y “1.2 Por configurarse la caducidad de la acción”; “2. La suscripción del otrosí del 2014 jamás novó obligaciones ni revivió términos de caducidad”; “3. Del carácter meramente ejecutivo del presente asunto”; “1. (sic) Ausencia de prueba del incumplimiento de las obligaciones contractuales de la ANI”; “2. (sic) Excepción genérica”.

El dieciocho (18) de enero de 2017 se corrió traslado a la parte Convocante de las excepciones formuladas frente a la demanda reformada, sobre las cuales se pronunció dentro del término legal.⁷

4.4. Audiencia de conciliación

El día dos (2) de febrero de 2017 se surtió la audiencia de conciliación prevista en la ley⁸. En vista de que las partes no llegaron a un acuerdo conciliatorio, el Tribunal ordenó continuar con el trámite del proceso.⁹

⁴ Cuaderno principal 2, folios 239 a 256.

⁵ Cuaderno principal 2, folios 256 a 259.

⁶ Cuaderno principal 2, folios 263 a 308.

⁷ Cuaderno principal 2, folios 310 a 332.

⁸ Cuaderno principal 2, folios 335 a 341.

⁹ Cuaderno principal 2, folio 336.

4.5. Honorarios y gastos del proceso

Fracasado el intento conciliatorio, el Tribunal procedió a fijar los gastos del trámite y los honorarios de los árbitros y de la secretaria, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 y 26 de la Ley 1563 de 2012 y en el Decreto 1829 de 2013, sumas que fueron canceladas oportunamente.

5. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE

El día veintitrés (23) de marzo de 2017 se inició la primera audiencia de trámite¹⁰. El Tribunal se pronunció sobre su competencia y, luego, la audiencia fue suspendida para ser continuada el veinticuatro (24) de abril del mismo año, en los términos de que dan cuenta las actas correspondientes.¹¹

En la primera audiencia de trámite, el Tribunal tuvo en cuenta la cláusula compromisoria suscrita por las partes para pronunciarse sobre su competencia, ubicada en el ámbito de la acción contractual ejercida, y además hizo referencia a los siguientes aspectos procesales, entre otros:

Capacidad

Las partes Convocante y Convocada tienen capacidad para ser parte en el presente proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 del Código General del Proceso.

Apoderados

Las partes han comparecido al presente proceso arbitral representadas judicialmente por abogados, a quienes se les ha reconocido personería.

Materia objeto del proceso arbitral y competencia

Las diferencias sometidas a decisión arbitral giran en torno a asuntos de naturaleza patrimonial, susceptibles de disposición y transacción.

La Demandada cuestionó la competencia del Tribunal a través de recursos que interpuso contra el auto admisorio de la demanda y contra el auto mediante el cual el Tribunal declaró su competencia en la primera audiencia de trámite; además, formuló la excepción de mérito

¹⁰ Cuaderno principal 2, folios 364 a 383.

¹¹ Cuaderno principal 2, folio 382.

correspondiente. El Tribunal hará referencia detallada a este tópico de la controversia en capítulo posterior del Laudo.

6. INTERVENCIÓN DE LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO (ANDJE)

Con posterioridad a la finalización de la primera audiencia de trámite, el día doce (12) de mayo de 2017, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado - ANDJE presentó un escrito en el que manifestó su intención de intervenir en el presente proceso y solicitó la suspensión por treinta (30) días para tal efecto.

El 27 de junio de 2017, la ANDJE radicó un escrito en el cual solicitó que se declarara la nulidad de todo lo actuado por falta de competencia del Tribunal Arbitral, solicitud que fue estudiada y decidida negativamente mediante providencia del cuatro (4) de julio de 2017.

7. LAS PRUEBAS DEL PROCESO

En la primera audiencia de trámite, que se inició el veintitrés (23) de marzo de 2017 y se continuó y culminó el veinticuatro (24) de abril del mismo año, el Tribunal decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

Documentales allegadas por las partes

El Tribunal ordenó tener como prueba los siguientes documentos:

Aportados por la parte demandante:

- Los anexados a la demanda inicial, relacionados en la demanda reformada.¹²
- Los anexados al escrito radicado electrónicamente el 15 e noviembre de 2016, por virtud del cual se describió traslado de las excepciones formuladas en el escrito de contestación a la demanda inicial.¹³
- Los anexados al escrito radicado electrónicamente el 26 de enero de 2017, por virtud del cual se describió el traslado de las excepciones formuladas en el escrito de contestación a la demanda reformada.¹⁴

Aportados por la parte demandada:

- Los anexados a la contestación a la demanda inicial, relacionados en la contestación a la demanda reformada.¹⁵

¹² Cuaderno principal 2, reverso folio 252 y 253.

¹³ Cuaderno principal 2, folio 236.

¹⁴ Cuaderno principal 2, folio 332.

- Los anexados a la contestación de la demanda reformada.¹⁶

Documental oficios

De acuerdo con lo solicitado por la Convocante, se ordenó librar oficio a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, para que remitiera al Tribunal los siguientes documentos:

- a. La totalidad de los informes presentados por las firmas Interventoras **CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL** y **CONSORCIO INTERSA-INGEOCIM**, en relación con la obligación adeudada al Concesionario en virtud del saldo del tribunal de arbitramento adeudado respecto de la conciliación que consta en Acta N° 35 del 11 de diciembre de 2007, y en general todos los documentos que reposan en esa entidad sobre los antecedentes de los pagos que se relacionan con las conversaciones sostenidas para lograr un acuerdo sobre ese particular, así como todos los documentos, estudios y demás soportes que en su momento se remitieron al CONFIS y al CONPES.
- b. La totalidad de las Actas del Comité de Conciliación y sus anexos, que dieron lugar a la firma del acuerdo conciliatorio del 22 de mayo de 2015. De igual manera, que se remitan las actas de las reuniones que se adelantaron en virtud de las mesas de trabajo realizadas los días 17, 24, 27 y 31 de marzo de 2015, entre el Concesionario y la ANI, y los conceptos emitidos por la firma Interventora para darle viabilidad al acuerdo conciliatorio.
- c. El expediente administrativo del Contrato No. 0849 de 1995. En relación con este, el Tribunal puntualizó que el requerimiento se circunscribía a los documentos que tuvieran relación con los hechos y pretensiones invocados en la demanda reformada, y con los hechos que sustentan las excepciones formuladas en la respectiva contestación.

El 14 de julio de 2017 el apoderado de la ANI presentó parte de los documentos requeridos, por lo cual el Tribunal formuló requerimiento para que se aportaran los faltantes, en un plazo adicional que vencería el 31 de agosto de 2017.

El 31 de agosto de 2017, el apoderado de la Demandada presentó documentos adicionales, pero fue requerido por auto del 4 de septiembre de 2017 (Acta 17) para que aportara documentos faltantes.

¹⁵ Cuaderno principal 2, folio 305.

¹⁶ Cuaderno principal 2, folio 306.

El 11 de septiembre de 2017, el apoderado de la ANI allegó los documentos solicitados y la apoderada de la parte Demandante, así como el representante del Ministerio Público, manifestaron estar conformes con la documentación aportada. (Acta 18).

Testimonios

A petición de la parte Demandante se decretó el testimonio de Jorge Huertas, Camilo Adolfo Náged Rodríguez y Olga Natalia Vargas. A petición de la parte Demandada se decretó el Testimonio de Edwin Van Arken Zuluaga y de Olga Natalia Vargas.

Los apoderados de las partes Demandante y Demandada en su oportunidad desistieron de los testimonios decretados, desistimiento que fue aceptado por el Tribunal en audiencia que tuvo lugar el día 14 de julio de 2017, según consta en el Acta 14.

Dictamen pericial

Se decretó, en cabeza de la experta Gloria Zady Correa, un dictamen pericial de carácter financiero a solicitud de las partes, el cual fue rendido el día 31 de agosto de 2017, y obra a folios 1 a 85 del cuaderno de pruebas No. 4 del expediente. Del dictamen se corrió traslado por cinco días, término que transcurrió en silencio de los apoderados de las partes y del representante del Ministerio Público (Acta 18).

8. ALEGACIONES DE LAS PARTES Y OTROS INTERVINIENTES

En audiencia que tuvo lugar el siete (7) de diciembre de 2017, las partes, el representante del Ministerio Público y el representante de la ANDJE, presentaron verbalmente sus respectivos alegatos de conclusión y aportaron el escrito correspondiente, el cual fue incorporado en el expediente.

Como es natural, el Tribunal tiene en cuenta las alegaciones de las partes, del Ministerio Público y de la ANDJE, y en lo pertinente hará referencia a ellas a lo largo de las consideraciones del Laudo, al abordar el estudio de las pretensiones y excepciones formuladas dentro del proceso.

9. TÉRMINO DEL PROCESO

El 24 de abril de 2017 terminó la primera audiencia de trámite y se presentaron las siguientes suspensiones dentro del proceso:

- (i) Por solicitud conjunta de las partes se decretó la suspensión del proceso desde el día 28 de abril de 2017 hasta el 9 de mayo de 2017, esto es, por siete (7) días hábiles (Acta 12 del 24 de abril de 2017).
- (ii) El proceso fue suspendido por treinta (30) días hábiles, por la intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 611 del Código General del Proceso (Informe Secretarial del 15 de mayo de 2017), los cuales deben agregarse al término del proceso, de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 10 de la Ley 1563 de 2012. El tiempo de esta suspensión, según se señaló en su momento, no computa para efectos del límite de ciento veinte (120) días hábiles de suspensión previsto en el mismo inciso tercero del artículo 10 de la Ley 1563 de 2012 antes citado.
- (iii) Por solicitud conjunta de las partes, en auto del 3 de agosto de 2017 (Acta 16) se decretó la suspensión del proceso desde el 3 de agosto de 2017 hasta el 27 de los mismos mes y año, incluidas las dos fechas, esto es por quince (15) días hábiles.
- (iv) Por solicitud conjunta de las partes, en auto del 14 de septiembre de 2017 (Acta 18) se decretó la suspensión del proceso desde el 15 de septiembre de 2017 hasta el 6 de noviembre del mismo año, incluidas las dos fechas, esto es por treinta y cinco (35) días hábiles.
- (v) Por solicitud conjunta de las partes, en auto del 7 de diciembre de 2017 (Acta 20) se decretó la suspensión del proceso desde el ocho (8) de diciembre de 2017 hasta el día 31 de enero de 2018, incluidas las dos fechas, esto es por treinta y cinco (35) días hábiles adicionales.

A este respecto no sobra mencionar que en el auto por virtud del cual se decretó la última suspensión se expresó: *“Habida consideración de que se han decretado suspensiones por ochenta y siete (87) días hábiles, dentro de los cuales se descuentan treinta días hábiles correspondientes a la suspensión solicitada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para efectos del límite de 120 días al que hace referencia el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, es procedente acceder a lo solicitado por los apoderados de las partes en el sentido de suspender el proceso por treinta y cinco (35) días hábiles adicionales”*. Y se dejó constancia, al final del Acta, de que *“(…) teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1563 [de] 2012, el informe secretarial que antecede y la suspensión que acaba de decretarse el término del proceso vencería el 25 de abril de 2018”*.

De acuerdo con lo anterior, el presente Laudo se profiere dentro del término legal.

II. CAPÍTULO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

En el presente trámite los presupuestos procesales se encuentran debidamente cumplidos, en los términos que se exponen a continuación:

1.1. Demanda en forma

La demanda presentada por CSS Constructores S.A., subsanada y reformada posteriormente, cumple con los requisitos que exige la ley, por lo cual fue admitida por el Tribunal.

1.2. Capacidad

Tal como se expresó en acápite anterior de este Laudo, las partes de este proceso tienen capacidad para serlo y para comparecer al trámite, en los términos de los artículos 53 y 54 del Código General del Proceso, y lo hicieron a través de sus respectivos representantes legales, quienes otorgaron poderes para la respectiva vocería judicial, de acuerdo con los cuales fue reconocida la correspondiente personería.

1.3. Competencia

Ya se ha dicho que en el presente proceso la Demandada se ha opuesto a la competencia del Tribunal a través de (i) un recurso contra el auto admisorio de la demanda, (ii) un recurso contra el auto por virtud del cual el Tribunal avocó competencia en la primera audiencia de trámite y (iii) la excepción de mérito de falta de competencia por configurarse -a su juicio - cosa juzgada y caducidad de la acción.

Posteriormente, la ANDJE solicitó la nulidad de todo el proceso aduciendo, con enfoque similar, falta de competencia del Tribunal.

El Tribunal, en cada momento procesal y conforme al contexto aplicable en cada caso, se pronunció sobre el planteamiento relativo a la falta de competencia, anunciando, desde entonces, que ello acaecía de esa manera sin perjuicio del pronunciamiento de fondo que correspondería hacer en el Laudo, como en efecto lo hará en un acápite separado de esta providencia.

1.4. Legitimación

En este trámite no se ha discutido la legitimación de las partes para actuar. En cualquier caso, el Tribunal considera que la parte Demandante se encuentra legitimada para formular

las pretensiones contenidas en la demanda reformada, las cuales pueden ser válidamente dirigidas frente a la entidad Demandada, por lo cual, el presupuesto de legitimación activa y pasiva se encuentra cumplido.

Igualmente, la ANDJE se ha presentado al proceso como interviniente, con fundamento en las facultades que le otorga el artículo 610 –y concordantes- del CGP y el Decreto 4085 de 2011; en tal calidad ha actuado dentro del trámite.

2. DELIMITACIÓN DE LA CONTIENDA ARBITRAL Y METODOLOGÍA DEL TRIBUNAL PARA SU EXAMEN Y DECISIÓN

A partir del contenido íntegro de la demanda reformada presentada por la Convocante, se advierte que el debate arbitral se enmarca, como contexto general, en la ya larga ejecución del Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, cuyas partes actuales coinciden con las que tienen el mismo carácter, procesalmente hablando, en este trámite arbitral, vale decir, CSS CONSTRUCTORES S.A. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI.

En apretada síntesis del litigio puede decirse que dentro del amplio espectro recién reseñado, la demanda y su contestación dan cuenta de la historia asociada a la cuestión específica de acuerdos y divergencias de las partes en relación con las obras correspondientes a la rehabilitación, ampliación y reforzamiento de los puentes existentes en el corredor concesionado, sobre lo que versan los sucesos invocados en apoyo tanto de la reclamación arbitral formulada por la Convocante, como de la oposición manifestada por la Convocada; se alude, con particular relevancia, a la existencia del Acuerdo Conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) y el Concesionario (hoy CSS CONSTRUCTORES S.A.), el cual fue aprobado por la instancia arbitral que entonces conoció del proceso correspondiente (Auto del 11 de diciembre de 2007, Acta N° 35), origen de una obligación dineraria a cargo de la entidad pública y a favor del Concesionario, la cual, en cuanto al saldo que se afirma impagado (con reconocimiento de abonos parciales), fue objeto –según CSS CONSTRUCTORES- de una novación mediante Otrosí de fecha 30 de enero de 2014, la misma que se dice fue ratificada -y la obligación respectiva cuantificada- en el Acuerdo Conciliatorio de 22 de mayo de 2015 (esta vez no aprobado por la sede arbitral que conocía del asunto, Auto de 30 de septiembre de 2015, Acta No. 10), planteamiento – de la novación- que constituye el eje principal de la demanda sobre la que debe decidir el Tribunal, por supuesto en el entendido de que el detalle de los hechos y antecedentes relevantes se rememorará durante las consideraciones que se harán a lo largo de la providencia.

Con el propósito recién anunciado, el Tribunal se ocupará, inicialmente, del examen del tema de su competencia para pronunciarse sobre la controversia sometida a su consideración, respecto de lo cual la ANI y la ANDJE han planteado objeciones desde el comienzo del proceso, incluida la formulación, por parte de la Convocada, de la correspondiente excepción; en esa línea, se reseñarán los pronunciamientos efectuados durante el trámite –cada uno en la órbita propia de la respectiva actuación procesal-, y se realizará el análisis de fondo de este tópico particular, previa recordación de los antecedentes procesales relevantes y sus efectos, y con referencia específica, además de la propia argumentación del Tribunal, a la falta de competencia excepcionada por la Convocada y a la alegada –con enfoque similar- por la ANDJE. Desde luego, se puntualizarán las conclusiones a que en esta materia haya lugar.

Posteriormente, referenciado el espectro sobre el que debe decidir, el Tribunal abordará el estudio del fenómeno de la novación, que constituye, en lo sustancial, el eje del planteamiento de la Demandante, para lo cual, con la pertinente reseña de la opuesta posición de las partes también en este punto, hará la delimitación conceptual correspondiente –marco normativo, doctrinario y jurisprudencial- y analizará lo atinente a la configuración, o no, del mencionado mecanismo extintivo y a la vez generador de obligaciones, explícitamente invocado por CSS CONSTRUCTORES como soporte principal de su reclamación.

El conjunto de las cuestiones examinadas permitirá perfilar la decisión sobre las pretensiones incoadas en la demanda y las excepciones formuladas en la contestación, base sobre la cual, como es natural, se considerará lo relativo al tema de las costas.

3. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Según lo anunciado, el Tribunal debe acometer el análisis de fondo de la competencia para conocer de la controversia sometida a su consideración, teniendo en cuenta las disímiles posiciones manifestadas por las partes y por los demás intervinientes, e involucrando las variables propias que a su juicio resultan relevantes en el examen de la cuestión.

3.1. La postura de las partes, la ANDJE y el Ministerio Público

3.1.1. La falta de competencia alegada por la Convocada

Para la ANI, el Tribunal carece por completo de competencia para conocer del presente asunto. En consonancia con dicha postura, en su momento procesal interpuso recurso de

reposición contra los autos mediante los cuales se admitió, inicialmente, la demanda arbitral que dio comienzo a este trámite, y con posterioridad, la reforma que se hizo a la misma¹⁷.

De igual manera, la Convocada propuso como excepción de fondo la falta de competencia del Tribunal¹⁸, y recurrió la providencia mediante la cual el panel arbitral se declaró competente para resolver en derecho las diferencias surgidas entre CSS CONSTRUCTORES y la ANI, de las que dan cuenta la demanda reformada y su contestación¹⁹.

La falta de competencia alegada por la ANI en los diferentes momentos procesales aludidos, incluida la excepción de mérito formulada, se basa en dos argumentos centrales: (i) la falta de competencia por configurarse la cosa juzgada; y (ii) la falta de competencia por configurarse la caducidad de la acción.

La alegada falta de competencia por el primero de los motivos invocados se cimienta, en lo esencial, en el hecho de que el Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007 hizo tránsito a cosa juzgada, y la presente demanda arbitral versa sobre el mismo objeto (los costos asociados a unos puentes vinculados al Contrato de Concesión), se funda en la misma causa (el Acuerdo Conciliatorio celebrado entre las partes) y existe identidad jurídica de partes. En adición, afirma la Convocada, el Acuerdo Conciliatorio del 22 de mayo de 2015 celebrado en desarrollo del trámite arbitral adelantado con ocasión de la demanda de CSS CONSTRUCTORES de 4 de septiembre de 2014, fue improbadamente por el tribunal arbitral que conoció del mismo, decisión que igualmente hace tránsito a cosa juzgada. En su sentir, entonces, no es viable que la sociedad accionante convoque ahora este nuevo tribunal, desconociendo las decisiones tomadas en los anteriores procesos arbitrales.

Esta excepción de falta de competencia es reiterada y desarrollada en sus puntos fundamentales en el alegato de conclusión de la ANI, en el cual se hace hincapié en la configuración de cosa juzgada al existir identidad de objeto, de causa y de partes, entre el Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007, aprobado en sede arbitral por Acta No. 35 de 2007, y la pretensión vigésima octava de la demanda arbitral sobre la que ahora se decide, trayendo a colación en soporte de su tesis, como lo había hecho en el escrito de formulación de la excepción, la decisión tomada en otro anterior tribunal arbitral (Caso No. 3567), en la que se reconoció la existencia de cosa juzgada como fundamento para improbar el antes mencionado Acuerdo Conciliatorio de 22 de mayo de 2015 y declarar la falta de competencia para conocer del asunto.

¹⁷ Folios 79 a 100, y 258 del Cuaderno principal 2.

¹⁸ Folios 275 a 289 del Cuaderno principal 2.

¹⁹ Folio 381 del Cuaderno principal 2.

En cuanto a la falta de competencia por caducidad de la acción, el núcleo central del planteamiento de la Convocada se basa en argumentar que ante la aprobación del Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007, que hizo tránsito a cosa juzgada y prestaba mérito ejecutivo, la parte Convocante no hizo uso oportuno de la acción ejecutiva para su cobro, por lo cual ha operado el fenómeno de la caducidad frente al mecanismo procesal idóneo para tal fin. Para la ANI, conforme lo reitera en los alegatos de conclusión, si bien CSS CONSTRUCTORES formula sus pretensiones como una demanda contractual, el objeto del litigio radica en realidad en una pretensión de cobro de un acuerdo conciliatorio aprobado que prestaba mérito ejecutivo, habiendo caducado la respectiva acción ejecutiva el 11 de diciembre de 2012.

3.1.2. La postura de la Convocante sobre la competencia del Tribunal

La Demandante, por su parte, considera que el Tribunal es competente para resolver la presente controversia en virtud del pacto arbitral contenido en la cláusula trigésima novena del Contrato de Concesión No. 0849, que fuera modificado con el Otrosí de 30 de enero de 2014 (cláusula décima primera), toda vez que los contratantes acordaron que las diferencias que no fue posible solucionar como consecuencia de las mesas de trabajo que se iniciaron con ocasión del documento de “base de conversaciones” en septiembre de 2013, hasta la firma del citado Otrosí de enero de 2014, se definirían en el marco de un tribunal arbitral acorde con lo establecido en la citada cláusula compromisoria, y una de tales controversias, al decir de la Convocante, es la concerniente al reconocimiento y retribución por la ampliación, rehabilitación y refuerzo de los puentes realizados dentro del alcance del referido Contrato de Concesión.

La Convocante advierte que el Tribunal, *“independientemente de las results del proceso según su estudio y consideraciones para la emisión del Laudo que ponga fin a la controversia que le ha sido sometida”*²⁰, en su oportunidad procesal, mediante decisión que comparte, asumió competencia frente a las pretensiones formuladas, y le corresponde resolver la controversia de carácter contractual que se ha planteado en relación con el reconocimiento y pago de prestaciones ejecutadas por el Concesionario en desarrollo del Contrato de Concesión.

En su sentir, de otro lado, no se configura la excepción de “cosa juzgada” propuesta por la Convocada, en atención a que las personas que suscribieron el Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007 son diferentes a las que son demandantes en este proceso. En consonancia con ello, señala que los acuerdos alcanzados entre la ANI y CSS CONSTRUCTORES en la Conciliación de 22 de mayo de 2015, son distintos de los pactados en su momento con el Consorcio Luis Héctor Solarte Solarte y Carlos Alberto

²⁰ Página 9 del escrito de alegatos de conclusión, obrante al Cuaderno principal 3.

Solarte Solarte, *“más aún cuando se estaba haciendo un descuento de más de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000.00), de una obligación que se renegoció en este acuerdo conciliatorio y desde el Otrosí de enero de 2014 (...)”*²¹, configurándose una novación de la obligación relativa al “Saldo Tribunal Puentes”. En el alegato de conclusión agrega la Convocante que *“no puede haber tránsito a cosa juzgada cuando la controversia planteada no ha sido dirimida definitivamente, cuando lo aquí pretendido es completamente distinto a lo que se sometió a consideración del Tribunal al que alude en todo momento la Convocada, más aún cuando aquel panel arbitral, como lo hemos advertido antes, se limitó a improbar el Acuerdo Conciliatorio del 22 de mayo de 2015 y a no asumir competencia, sin que se surtiera el análisis, estudio, pruebas y alegatos entre las partes del proceso que conllevaran a un pronunciamiento final sobre esta controversia”*.²²

Respecto de la excepción de falta de competencia por caducidad de la acción, estima la Demandante, con fundamento en lo establecido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, en el artículo 164 del CPACA y en la cláusula trigésima quinta del Contrato de Concesión que contiene ciertas reglas para su liquidación, que tal fenómeno no ha operado, pues la demanda contractual se presentó dentro del respectivo término legal.

Para CSS CONSTRUCTORES, las pretensiones contenidas en su demanda son de carácter contractual, y no ejecutivo, *“toda vez que lo que corresponde al fondo del asunto, no es nada distinto al incumplimiento de la entidad concedente frente a las obligaciones relacionadas con el reconocimiento y retribución por la ampliación, rehabilitación y refuerzo de los puentes adelantados dentro del mencionado Contrato de Concesión, lo cual se encuentra plenamente demostrado”*²³, también invocando, en apoyo de su tesis, un aparte de un laudo proferido en otro proceso arbitral entre las mismas partes²⁴.

Por último, la Convocante plantea como argumento adicional, tener en cuenta el artículo 2536 del Código Civil, en virtud del cual la acción ejecutiva deviene en ordinaria si pasados 5 años de exigibilidad, la acción ejecutiva ya no es posible.

3.1.3. La falta de competencia del Tribunal según la ANDJE

La ANDJE, reiterando la posición formulada en escrito del 27 de junio de 2017 cuando solicitó la nulidad del proceso arbitral por falta de competencia del Tribunal²⁵, que fuera resuelta mediante auto del 4 de julio siguiente (Acta No. 13)²⁶, en su alegato final reitera

²¹ Folio 320 del Cuaderno principal 2.

²² Página 46 del alegato final, obrante en el Cuaderno principal 3.

²³ Página 16 del escrito de alegatos de conclusión, obrante al Cuaderno principal 3.

²⁴ Laudo de 21 de noviembre de 2016, proferido por el panel arbitral compuesto por los doctores Fernando Pabón Santander, Camilo Calderón Rivera y Pedro Antonio Lamprea Rodríguez.

²⁵ Folios 408 a 419 del Cuaderno principal 2.

²⁶ Folios 459 a 469 del Cuaderno principal 2.

que en su sentir el presente Tribunal no es competente para conocer de las pretensiones formuladas por la Convocante en el escrito de reforma integral de la demanda, por lo que solicita declarar la nulidad de lo actuado y cesar sus funciones, y en subsidio, denegar dichas pretensiones por estar demostradas las excepciones de cosa juzgada y caducidad de la acción.

En los alegatos de conclusión la ANDJE resalta, en lo fundamental, que la reforma de la demanda arbitral presentada por CSS CONSTRUCTORES detenta una naturaleza ejecutiva, no declarativa, que persigue el pago de obligaciones ya reconocidas en el Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007, el cual presta mérito ejecutivo e hizo tránsito a cosa juzgada; que en el presente asunto no se dan los requisitos establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado para que se puedan tramitar pretensiones ejecutivas mediante procesos arbitrales; que lo que pretende la Convocante es desconocer la declaratoria de cosa juzgada realizada por la autoridad arbitral en Auto del 30 de septiembre de 2015 a través de la cual improbo el Acuerdo Conciliatorio de 22 de mayo del mismo año; y que, en todo caso, operó la caducidad de la acción ejecutiva relativa al Acuerdo Conciliatorio del 28 de noviembre de 2007.

3.1.4. El concepto del Ministerio Público sobre la competencia del Tribunal

En su Concepto de Fondo²⁷, el Agente del Ministerio Público empieza por señalar al respecto que en la primera audiencia de trámite el Tribunal se declaró competente para conocer del asunto, siendo *“pertinente en este momento verificar la existencia de los presupuestos procesales, antes de proferirse el laudo”*.²⁸ En este sentido, con cita de la cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Concesión, puntualiza que es de dicho acuerdo de donde se deriva la competencia del Tribunal, estimando que han concurrido los presupuestos procesales que permiten proferir el Laudo correspondiente.

Hecha la precisión anterior, señala que en su criterio tienen mérito para prosperar las excepciones de “cosa juzgada” y “del carácter meramente ejecutivo del asunto” propuestas por la Convocada, compartiendo, en esencia, las razones expuestas sobre ese particular por la ANI al soportar su posición sobre la falta de competencia del Tribunal.

De manera específica, en lo que concierne a la “cosa juzgada”, luego de concluir que en el caso *sub-lite* no se configura la novación alegada por el Concesionario, y previa invocación, de una parte, del inciso 5° del artículo 189 del CPACA y del inciso 1° del artículo 303 del CGP, y de la otra, de alguna jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el carácter vinculante de ciertas decisiones, aplicable al evento de la terminación de un proceso arbitral por acuerdo conciliatorio, entiende el Agente del Ministerio Público que tal

²⁷ Obrante en el Cuaderno principal 3.

²⁸ Página 20 del Concepto.

como ocurrió en el año 2015, en este Tribunal se está reclamando a la ANI el pago del saldo de una suma dineraria derivada del Acuerdo Conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, que fuera aprobado mediante una providencia que hizo tránsito a cosa juzgada, compartiendo, en este sentido, las argumentaciones dadas al respecto por el anterior tribunal arbitral en el ya citado auto de 30 de septiembre de 2015.

En cuanto al “carácter meramente ejecutivo del asunto”, luego de reiterar los argumentos de la ANI sobre ese particular, el Ministerio Público asevera, con base en los mismos razonamientos que expuso en materia de novación y cosa juzgada, *“que las pretensiones de la demandante no son de carácter declarativo, como ella las plantea, sino que las mismas lo que aspiran es a que se les reconozca una suma de dinero, por concepto de capital insoluto y de los intereses de mora que se le adeudan, como consecuencia del no pago oportuno de las obligaciones a cargo de la ANI y a favor de CSS CONSTRUCTORES S.A. (sucesores de los inicialmente obligados y beneficiarios), contenidas en el Acta No. 35 del 11 de Diciembre de 2007 del Tribunal de Arbitramento de la época”*. Y para dicho cobro -señala el Agente del Ministerio Público- lo procedente sería que se hubiere adelantado un proceso ejecutivo ante el juez competente (la jurisdicción contencioso administrativa), pues no se está ante alguno de los eventos excepcionales en que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha estimado viable tramitar pretensiones de carácter ejecutivo mediante el rito arbitral.

Finalmente, como estima que se configuró la “cosa juzgada”, y entiende que el asunto, en su naturaleza, es “eminente ejecutivo”, cuyo conocimiento corresponde a otra instancia judicial, considera el Ministerio Público que no es menester pronunciarse sobre la caducidad pregonada por la Convocada, pues ella estaría referida a la acción ejecutiva que no es objeto de la controversia.

3.2. Pronunciamientos previos del Tribunal en cuanto a su competencia en este asunto

Como se ha acaba de señalar, la ANI ha alegado, desde el inicio del trámite, la falta de competencia del Tribunal para conocer del presente asunto, y en consonancia con ello interpuso los recursos de reposición que estimó pertinentes contra las providencias que, a su juicio, así lo ameritaban. Y la ANDJE ha hecho lo propio, con ocasión de su intervención en el proceso, según se ha reseñado en renglones precedentes.

También se ha mencionado que el Tribunal, en cada momento procesal y conforme al contexto aplicable en cada caso, decidió sobre lo planteado en la materia que ocupa la atención, advirtiendo que así procedía sin perjuicio del pronunciamiento de fondo que correspondería hacer en el Laudo.

El Tribunal encuentra oportuno hacer una breve rememoración de los pronunciamientos efectuados durante el trámite sobre este punto de la competencia, los que sirven de referencia para perfilar la posición asumida en esta materia, por supuesto involucrando ahora, adicionalmente, tal como lo puso de presente a lo largo de la actuación, las consideraciones propias del examen de fondo de la cuestión, como corresponde a esta definitiva etapa procesal.

3.2.1. El auto admisorio de la demanda y su confirmatorio frente al recurso de reposición interpuesto por la Convocada

Según se mencionó, la ANI interpuso recurso de reposición contra el auto que admitió la demanda, luego de subsanada. El Tribunal no accedió al recurso interpuesto mediante providencia²⁹ -confirmada en su momento- de la cual se destaca lo siguiente:

“En este sentido, es claro para el panel arbitral que cuestiones como las que propone la ANI en cuanto a falta de competencia del Tribunal por razones asociadas a que, en su parecer, la reclamación arbitral está referida a un asunto ya conciliado y que hizo tránsito a cosa juzgada, o que la reclamación arbitral corresponde en realidad a una acción de naturaleza ejecutiva y, por ende, no tramitable en sede arbitral, son tópicos cuya evaluación escapa al ámbito del pronunciamiento inadmisorio, referido a una demanda que presenta una versión fáctica y jurídica diferente de la que propone la convocada en el recurso, cuestión que exige un análisis de otro calado y propio de otros momentos procesales, seguramente, considerando la argumentación que en esa esfera propone la ANI, en el examen de competencia que corresponde a la primera audiencia de trámite, con los elementos de análisis de que en ese momento procesal se disponga, e, incluso, en el examen de fondo de las excepciones que en esas materias eventualmente se formularen, si allá se llegara con ocasión del desarrollo de la presente actuación. De hecho, de conformidad con el marco legal de referencia reseñado líneas atrás, aplicado al asunto que ocupa la atención, en el auto recurrido se señaló explícitamente que se admitía la demanda instaurada por la convocante ‘Sin perjuicio del pronunciamiento del Tribunal en materia de competencia’.

Y tampoco resulta de recibo la aspiración de rechazo de la demanda por razón de acontecer, según el dicho de la convocada, el fenómeno de la caducidad, pues es indiscutible que una calificación de ese talante sólo podría hacerse cuando así apareciera en forma objetiva y ostensible en la demanda misma, lo que ciertamente no puede predicarse en la presentada por CSS

²⁹ Obra a folios 160 a 168 del Cuaderno principal 2.

CONSTRUCTORES, en la cual se invocan hechos³⁰ y se formulan pretensiones³¹ que incluyen referencias, como fundamento de lo que reclama, a la existencia de una novación que, en su parecer, se produjo mediante la formalización de un otrosí de enero 30 de 2014, novación que estima ratificada con un acuerdo conciliatorio de 22 de mayo de 2015, referencias temporales a partir de las de las cuales, en el examen previo y propio del pronunciamiento de admisibilidad, no es posible habilitar el escenario de rechazo por caducidad, imposibilidad que bajo esta consideración dio paso a que la providencia inicial, no recurrida por la ANI –ni por la convocante–, hubiera sido simplemente inadmisoria. Desde luego, en esta etapa del proceso el Tribunal no hace calificación alguna sobre la existencia o no de la novación invocada por la convocante, ni sobre su eventual alcance, desarrollo y efectos, si es que la hubo; el Tribunal por el momento se limita a verificar que con el fundamento fáctico y jurídico invocado en la demanda, que habrá de discutirse durante el trámite arbitral, no hay lugar al rechazo ab initio de la demanda por razón de caducidad de la acción”.

3.2.2. El auto mediante el cual el Tribunal declaró su competencia provisional en la Primera Audiencia de Trámite y su confirmatorio frente al recurso de reposición interpuesto por la Convocada

En la Primera Audiencia de Trámite el Tribunal se declaró competente para conocer del proceso, dejando a salvo “lo que se decida en el laudo”, advertencia que estimó necesaria pues tal determinación se adoptaba con los elementos de juicio disponibles en ese momento y bajo el examen propio de esa etapa procesal, sin perjuicio del estudio definitivo de la oposición a la competencia propio de la providencia llamada a resolver de fondo sobre la controversia, previo acopio de las pruebas que se practicaran durante la etapa correspondiente, las cuales, en abstracto, podían eventualmente tener virtualidad para incidir en el examen integral de la cuestión.

De la providencia mencionada³² es pertinente destacar los siguientes apartes:

“6. En esta línea de análisis hay que advertir de entrada que, como se aprecia en su sola formulación, los reparos anunciados por la ANI en relación con la competencia del Tribunal no tienen que ver con que las pretensiones incoadas sean, temáticamente hablando, extrañas a la celebración y ejecución del Contrato en el que se incorporó el pacto arbitral que sirve de fundamento a la

³⁰ Vr. gr. numerales 3.1.20. y 3.3.17. a 3.3.19 del capítulo “Fundamentos de HECHO”.

³¹ Vr. gr. las declarativas décima séptima y vigésima segunda, y la primera subsidiaria a la primera de condena.

³² Obra a folios 376 a 380 del Cuaderno principal 2.

presente actuación, sino a circunstancias particulares de la ejecución contractual que por la vía de configurar cosa juzgada y/o caducidad de la acción producirían como efecto, según el parecer de la convocada, imposibilidad para que el panel arbitral conozca de la reclamación impetrada en la demanda instaurada por CSS CONSTRUCTORES. Ya ha destacado el Tribunal que la controversia sometida a consideración está referida a hechos, actos, circunstancias y alegaciones claramente enmarcadas en la celebración y ejecución del Contrato de Concesión No. 0849, sobre el que versa el pacto arbitral que habilita la competencia del Tribunal.

7. El planteamiento de falta de competencia por existir cosa juzgada se hace consistir, según se describe en la contestación de la demanda, en la formalización y efectos de un acuerdo conciliatorio celebrado el 28 de noviembre de 2007, aprobado por un tribunal arbitral que entonces conocía de diferencias suscitadas alrededor del mismo Contrato de Concesión No. 0849, el cual hizo tránsito a cosa juzgada, a lo que agrega que, posteriormente, CSS CONSTRUCTORES convocó otro proceso arbitral para solicitar el cumplimiento del referido acuerdo de noviembre de 2007, escenario en el que se presentó un nuevo acuerdo conciliatorio, de 22 de mayo 2015, el cual fue improbadado por el juez arbitral bajo la consideración de existir cosa juzgada.

(...)

8. A este respecto debe comenzar el Tribunal por señalar que, por su naturaleza, la excepción de cosa juzgada es de mérito, además de que necesariamente así hay que tratarla en materia arbitral, pues es sabido que a voces del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, en los trámites de esta estirpe no son procedentes las excepciones previas; y es claro, en consecuencia, que cuando tal figura se invoca por el extremo demandado como medio de defensa, la decisión sobre si tal fenómeno se configura o no de cara al petitum incoado, debe ser adoptada en la providencia de fondo que ponga fin al proceso arbitral, con base en el acervo probatorio que se recaude durante la actuación, bajo la premisa de que, precisamente, la competencia que en esta etapa asume el Tribunal es la que lo habilita para adoptar la decisión de fondo que corresponda frente a esa excepción –como respecto de todas las demás–, en el referido momento procesal.

Definir si las pretensiones formuladas en la demanda arbitral ahora instaurada por la convocante atentan o no contra la intangibilidad que deriva de unas actuaciones previas representadas en unos acuerdos conciliatorios que fueron

objeto de providencias arbitrales en firme –una aprobatoria, otra improbativa-, proferidas dentro trámites de esa clase, es una cuestión que debe ser analizada y decidida en el laudo al desatar la controversia, previa la valoración, vale repetir, de las pruebas que regularmente se recauden dentro del proceso, una vez decretadas y practicadas por supuesto, sin que sea esta la oportunidad para hacer un pronunciamiento de fondo al respecto.

Y esa consideración, por sí sola suficiente a juicio del Tribunal para no afectar la declaración de competencia, se reafirma cuando se advierte que al margen de la conclusión a la que se llegue al decidir sobre el fondo del litigio, el planteamiento de la demanda se erige sobre la alegación de que las obligaciones del prenombrado acuerdo conciliatorio de noviembre de 2007 fueron objeto de novación posterior, originando, como es propio de esa figura, que es al tiempo extintiva y genitora, el nacimiento de la que, de manera principal, se reclama con la demanda impetrada, que busca que así se declare, e imponga la consecuente condena. Es claro que el Tribunal nada puede ni debe decir ni decidir ahora, en esta etapa del trámite, sobre la configuración o no de la novación esgrimida por la convocante y negada por la convocada, y sus eventuales alcances y efectos; simplemente, el Tribunal advierte acerca de su planteamiento por la primera y de su confrontación por la segunda, lo que ubica la controversia en un marco temático que, sin duda, queda comprendido en la cláusula compromisoria invocada, como que se trata de diferencias que tienen que ver con la ejecución del Contrato que contiene el pacto arbitral invocado como fundamento del presente trámite.

Entonces, para el Tribunal no tiene lugar la alegación de falta de competencia bajo la invocación de existir cosa juzgada, cuestión que necesariamente debe ser objeto de decisión en el laudo que ponga fin al proceso, el cual ha de proferirse, precisamente, con base en la competencia que comporta la cláusula compromisoria invocada como fundamento del trámite, previo examen de los elementos sustanciales y probatorios que resulten pertinentes.

9. De otro lado, la alegación de la convocada según la cual habría falta de competencia por haber caducidad de la acción, se formula al amparo del planteamiento según el cual CSS CONSTRUCTORES no ejerció en tiempo el derecho de acción (acción ejecutiva) para el que estaba legitimada en relación con las acreencias registradas a su favor con ocasión del ya mencionado acuerdo conciliatorio del 28 de noviembre de 2007.

(...)

10. Sobre este particular, estima el Tribunal que el examen de la cuestión debe realizarse tomando como punto de partida que se trata de una figura –la de la caducidad– que por su naturaleza puede incidir, de conformidad con conocido designio normativo (artículo 90 del Código General del Proceso), en la admisibilidad misma de la demanda, hasta el punto de ser causal de rechazo cuando así lo verifica el operador judicial³³. De hecho, así ha sido tratada en este proceso con ocasión del recurso de reposición interpuesto por la ANI contra el auto que admitió la demanda reformada, contexto procedimental en el que el Tribunal, al desatar dicha impugnación, señaló, en directa referencia a la caducidad alegada por la convocada, que ‘es indiscutible que una calificación de ese talante sólo podría hacerse cuando así apareciera en forma objetiva y ostensible en la demanda misma, lo que ciertamente no puede predicarse en la presentada por CSS CONSTRUCTORES, en la cual se invocan hechos³⁴ y se formulan pretensiones³⁵ que incluyen referencias, como fundamento de lo que reclama, a la existencia de una novación que, en su parecer, se produjo mediante la formalización de un otrosí de enero 30 de 2014, novación que estima ratificada con un acuerdo conciliatorio de 22 de mayo de 2015, referencias temporales a partir de las de las cuales, en el examen previo y propio del pronunciamiento de admisibilidad, no es posible habilitar el escenario de rechazo por caducidad³⁶’.

La anterior apreciación, vertida en una providencia ejecutoriada, que además conserva vigencia porque corresponde a un dato objetivo evidenciado en la demanda, permitió entonces dar curso a la reclamación arbitral, frente a la cual la convocada involucra como medio exceptivo una cuestión –la caducidad de la acción– que ha de estudiarse y resolverse en el momento procesal pertinente, que lo es aquel en el que se decida de fondo sobre el litigio, de nuevo con base en la competencia que tiene el Tribunal para conocer de la controversia sometida a consideración, la misma que incluye, desde luego, las pretensiones incoadas en la demanda y las excepciones de mérito propuestas en la respectiva contestación.

En el sentir del Tribunal, entonces, tampoco tiene lugar la alegación de falta de competencia por cuenta del planteamiento relativo a que existe caducidad de la acción, cuestión que, al igual que la relacionada con la existencia de cosa

³³ En efecto, según el artículo 90 del CGP, “El juez rechazará la demanda (...) cuando esté vencido el término de caducidad para instaurarla”.

³⁴ Vr. gr. numerales 3.1.20. y 3.3.17. a 3.3.19 del capítulo “Fundamentos de HECHO”.

³⁵ Vr. gr. las declarativas décima séptima y vigésima segunda, y la primera subsidiaria a la primera de condena.

³⁶ Acta No. 4 de 1º de agosto de 2016.

juzgada –con la cual guarda evidente relación fáctica y temática-, debe ser objeto de examen y decisión en el laudo que resuelva sobre el fondo de la controversia –incluidas las pretensiones y las excepciones-, el cual ha de proferirse –huelga insistir-, precisamente, con base en la competencia que deriva de la cláusula compromisoria invocada como fundamento del trámite, y teniendo en cuenta, también esta materia, el recaudo probatorio que se obtenga al agotar esta relevante fase del trámite.

11. Quizá no sobra anotar que la conclusión de inequívoca competencia del Tribunal para conocer, conforme a lo expuesto, de la controversia sometida a consideración, no se altera ni afecta por cuenta de los otros medios exceptivos formulados por la convocada en su contestación de la demanda, ubicados en ese escrito en una esfera diferente a la alegada ‘falta de competencia’. Así las cosas; en el marco de la competencia que declarará el Tribunal, en el laudo habrá también de estudiarse y decidirse lo relativo a las restantes excepciones de mérito propuestas por la ANI, que incluyen formulaciones bajo los rótulos de ‘La suscripción del otrosí de 2014 jamás novó obligaciones ni revivió términos de caducidad’ y ‘Del carácter meramente ejecutivo del presente asunto’, las cuales evidentemente guardan relación fáctica y temática con lo que se esgrime en torno a la configuración de cosa juzgada y caducidad, todas cuestiones que, entonces, habrán de decidirse en el pronunciamiento final”.

Contra este proveído la Convocada interpuso recurso de reposición con fundamento en los mismos argumentos planteados al atacar el auto admisorio de la demanda y al proponer la excepción de falta de competencia formulada en la contestación a la misma, a los cuales se refirió el Tribunal, *in extenso*, en la providencia recurrida, y que estimó vigentes y suficientes para no acceder a la reposición impetrada.

3.2.3. El auto mediante el cual se resolvió la solicitud de nulidad planteada por la ANDJE por falta de competencia del Tribunal

La solicitud de la ANDJE de declarar la nulidad del proceso por falta de competencia del Tribunal, fue rechazada de plano mediante providencia de fecha 4 de julio de 2017, por las razones de carácter procesal allí consignadas, aunque sin omitir el análisis de los argumentos aducidos como fundamento de tal solicitud, remitiendo a las decisiones proferidas en oportunidades procesales anteriores, en las que se había ocupado de ellos con atención.

De la decisión proferida³⁷ se estima conveniente destacar, en el contexto que ahora se desarrolla, los siguientes apartes:

“El Tribunal debe resolver de plano sobre la solicitud de nulidad procesal planteada por la ANDJE, y debe hacerlo negativamente, pues de los momentos procesales habilitados para el examen del tema, algunos ya se surtieron – admisión de la demanda y primera audiencia de trámite-, y el restante – decisión de las excepciones propuestas al respecto-, por supuesto, tendrá lugar en su oportunidad, cuando se profiera el Laudo que ponga fin al litigio. Como luego se rememorará, en las etapas ya surtidas en este proceso en que era procedente abordar el examen de la competencia, el Tribunal ciertamente lo hizo, con cabal expresión del fundamento correspondiente y con plenas garantías de audiencia y contradicción para los intervinientes en el proceso, quienes efectivamente hicieron uso de su derecho”³⁸.

De otro lado, considerado el planteamiento de la ANDJE bajo la óptica del régimen legal de las nulidades procesales, si se acude a la regulación plasmada en el CGP (artículos 132 a 138) se observa, de entrada, la consagración expresa y taxativa, en el artículo 133, de las causales que tendrían vocación para configurar la invalidez de la actuación, con indicación explícita de que ‘El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...)’ (negrilla fuera de texto), consecuente con lo cual el propio legislador advierte, en el inciso final del artículo 135, que ‘El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo, (...)’ (negrilla fuera de texto).

En ese orden de ideas, es indiscutible que la falta de competencia, que en la estructura de los trámites procesales regidos integralmente por el CGP también tiene sus propios y específicos momentos procesales para consideración y decisión –admisibilidad de la demanda (artículo 90) y excepciones previas (artículo 100)-, no aparece enlistada en las causales de nulidad procesal³⁹, por lo que el solo hecho de invocarla con esa finalidad y alcance conduce a la aplicación de lo previsto en el atrás mencionado artículo 135 del CGP, en virtud del cual el operador judicial debe rechazar de plano la solicitud.

³⁷ Obra a folios 459 a 469 del Cuaderno principal 2.

³⁸ Para el Tribunal es indiscutible el derecho radicado en cabeza de la ANDJE para actuar en el presente trámite arbitral, con base en la manifestación efectuada en la solicitud de intervención contenida en el escrito de 12 de mayo de 2017 -aludido en el informe secretarial-, y es claro que tal intervención se produce tomando el proceso en el estado en el que se encuentra.

³⁹ A diferencia de lo que ocurría con la presión (sic) del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

Así las cosas, considerada la petición de declaratoria de nulidad impetrada por la ANDJE bajo la alegación de falta de competencia del Tribunal, igualmente carece de vocación para prosperar.

Todo lo dicho, que necesariamente conduce, entonces, a la desestimación de la petición de nulidad que se examina, no impide al Tribunal señalar, ya desde la perspectiva de lo material, que la cuestión de su competencia para conocer y decidir de la controversia delimitada por las pretensiones incoadas por CSS CONSTRUCTORES S.A. en la demanda arbitral –versión reformada- y las excepciones propuestas por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- en la respectiva contestación –incluidas las de falta de competencia por existir cosa juzgada y por la naturaleza ejecutiva de las pretensiones incoadas-, ha sido abordado con ocasión de lo que la Convocada, en la misma línea de lo planteado ahora por la ANDJE, ha esgrimido a ese respecto.

En efecto, el Tribunal se refirió al tema de la competencia al decidir sobre el recurso de reposición interpuesto por la ANI contra el auto admisorio de la demanda –con la visión preliminar propia de esa etapa procesal- (Acta No. 4 del 1º de agosto de 2016), y lo hizo luego, con mayor amplitud y profundidad, en la primera audiencia de trámite –también en el ámbito propio de dicha fase del trámite- (Acta No. 11 del 23 de marzo de 2017), advirtiendo desde entonces que el tema será materia de consideración, de nuevo, en el Laudo, en el contexto de las excepciones propuestas por la demandada, sobre las cuales, desde luego, se tendrá que pronunciar” (los énfasis son del texto).

3.3. Análisis de fondo sobre la competencia del Tribunal

3.3.1. Antecedentes procesales relevantes

Especial importancia tiene, de cara al examen de fondo que en materia de competencia debe acometer el Tribunal, la rememoración del contenido básico de los antecedentes procesales que interesan al análisis, con énfasis en los Acuerdos Conciliatorios de 28 de noviembre de 2007 y 22 de mayo de 2005, y las decisiones proferidas en relación con ellos en las respectivas instancias arbitrales a las que fueron sometidos para estudio, cada uno en su momento. Y habrá que incluir, igualmente, una reseña inicial sobre el Otrosí de 30 de enero de 2014, sin duda relevante en el debate sometido a la presente sede arbitral.

Conviene aclarar⁴⁰, para efectos de esta recapitulación, que distintas piezas del plenario dan cuenta de la evolución que presenta el Contrato de Concesión en punto a los sujetos que han sido y son parte del mismo –y de los actos de ejecución a él asociados-. En este sentido, se muestra que la relación contractual se formalizó inicialmente entre el Instituto Nacional de Vías (INVIAS) y el Consorcio Luis Héctor Solarte Solarte y Carlos Alberto Solarte Solarte (el Consorcio); por un lado, el INVIAS cedió en 2003 su posición contractual al Instituto Nacional de Concesiones (INCO), el cual, a su vez, por disposición legal, en el año 2011 modificó su naturaleza y denominación por la de Agencia Nacional de Infraestructura (ANI); y por el otro, el Consorcio Luis Héctor Solarte Solarte y Carlos Alberto Solarte Solarte cedió en 2014 su posición contractual a CSS CONSTRUCTORES S.A (CSS CONSTRUCTORES).

3.3.1.1. El Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007 y el Acta No. 35 de 11 de diciembre de 2007, que contiene el Auto No. 37 aprobatorio de la Conciliación

En el marco de una controversia surgida en lo relativo a la ejecución y pago de las obras complementarias ejecutadas por la entonces convocante del proceso dentro del Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, el Concesionario, cuya posición en su momento ostentaba el Consorcio Luis Héctor Solarte Solarte y Carlos Alberto Solarte Solarte, presentó solicitud de convocatoria a un tribunal de arbitramento -en junio de 2004- para dirimir las diferencias existentes con el INCO (hoy ANI). Durante el desarrollo del proceso arbitral, el 28 de noviembre de 2007 las partes suscribieron un Acuerdo Conciliatorio con el que pretendían poner fin a las controversias suscitadas entre ellas hasta ese momento.

En este Acuerdo Conciliatorio se plasman, de manera textual, las pretensiones que el Concesionario presentó en la demanda arbitral que dio origen al proceso mencionado, seguidas de las consideraciones pertinentes hechas por los intervinientes. En primer lugar, se hace una descripción de las partes que firman el Acuerdo y de la relación contractual existente entre ellas; más adelante se hace un breve recuento de las principales actuaciones procesales que se habían alcanzado a surtir dentro del trámite arbitral y de las pruebas que hasta el momento se habían practicado; se advierte, seguidamente, que tras sendas reuniones llevadas a cabo entre el INCO y el Consorcio, el día 21 de noviembre de 2007, fecha para la que se reprogramó la continuación de la audiencia de conciliación citada por el Tribunal, las partes informaron que habían convenido en un acuerdo definitivo para poner fin a las controversias contractuales que eran objeto del proceso que se adelantaba ante la Cámara de Comercio de Bogotá.

⁴⁰ La mención se hace con esa específica finalidad y alcance de claridad, sin entrar en debate ni pronunciamiento adicional alguno al respecto, en forma coherente con lo que luego se dirá en materia de competencia y de novación, y con lo que el Tribunal señaló desde la admisión misma de la demanda en punto a la consideración, como tales, de las pretensiones incoadas, desde la óptica puramente procesal de la cuestión.

Del arreglo alcanzado por las partes, plasmado en el mencionado Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007, mediante el cual buscaban poner fin al trámite arbitral, se destacan los siguientes numerales, que recogen, de manera específica, el eje central del acuerdo conseguido:

“PRIMERO:- Conciliar en forma definitiva las controversias surgidas con ocasión de la ejecución del Contrato de Concesión No. 0849 de 1995 y que fueron sometidas al conocimiento de un Tribunal de Arbitramento por razón de la solicitud de convocatoria de fecha 2 de junio de 2004.

SEGUNDO:- En consecuencia, dar por terminado el proceso que cursa entre el Concesionario convocante y la Entidad Pública convocada –INCO-, ante el Tribunal de Arbitramento conformado por los señores árbitros, doctores JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ, GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN Y CÉSAR HOYOS SALAZAR. (énfasis del texto)

(...)

CUARTO:- Determinar, para tal fin, que el valor de las obras complementarias a reconocer por el INCO es a precios del contrato de concesión, esto es, en pesos del mes de septiembre del año 1994 la suma de CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (\$4'245.307.453,66) en precios del contrato de concesión, esto es, en pesos del mes de septiembre del año 1994. Este valor, actualizado hasta el 31 de octubre de 2007, conforme con la metodología establecida en el contrato y convenida entre las partes, esto es, con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor –IPC- para la actualización del valor en el tiempo y la Tasa Interna de Retorno –TIR- pactada en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995 para el reconocimiento de la rentabilidad de las inversiones efectuadas por EL CONCESIONARIO, asciende a la suma de TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS CATORCE MILLONES CIENTO SESENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS M/CTE (\$33.314.163.341,00), suma esta que el INCO pagará a EL CONCESIONARIO en los términos establecidos en los artículos siguientes” (énfasis del texto).

En la parte final del Acuerdo Conciliatorio, los representantes legales de las partes deciden someterlo a consideración del Tribunal Arbitral para que fuera éste quien impartiera la

correspondiente aprobación de conformidad con el Decreto 1818 de 1998, la Ley 640 de 2001 y las demás normas concordantes.

Una vez sometido el Acuerdo a consideración del Tribunal, es imperativo remitirse a las consideraciones y resoluciones esbozadas por el mismo en el Acta No. 35, que da cuenta de la audiencia en la que se surte su aprobación. La mencionada Acta contiene el Auto No. 37 de 11 de diciembre de 2007, en el cual, en primer lugar, el Tribunal hace un recuento de los antecedentes del proceso, empezando por una descripción general del Contrato de Concesión; más adelante explica de manera detallada las actuaciones iniciales del trámite arbitral que se habían adelantado hasta ese momento, y menciona las pruebas de diverso linaje que se decretaron y practicaron dentro del proceso.

Después de mencionar de manera amplia la controversia existente entre las partes, destacando las pretensiones formuladas por la convocante en la demanda y las excepciones propuestas por la convocada en la contestación, el Tribunal se refiere, ahora sí, de manera específica al Acuerdo Conciliatorio que le había sido presentado por las partes en audiencia de 29 de noviembre de 2007, así como al Acta No. 007 de 26 de noviembre de 2007, proferida por el Comité de Conciliación del ente público, mediante la cual se aprueba y autoriza la suscripción del Acuerdo que pondría fin a la controversia.

Dentro del capítulo de consideraciones, el Tribunal expone el marco normativo de la conciliación, destacando que ésta *“es un mecanismo de acceso a la justicia, por cuya virtud las partes de una relación controvertida, la solucionan en forma personal, en desarrollo de sus poderes dispositivos, su autonomía, libertad y autoridad, abordando su análisis, negociación y decisión con la asistencia de un tercero que propicia la búsqueda de soluciones o sugiere alternativas de libre adopción y determinación de los sujetos, quienes así dirimen la controversia”*. Advierte, seguidamente, de su reconocimiento constitucional expreso en el artículo 116 de la Carta Política, y destaca el rango estatutario de la misma de conformidad con el artículo 13 de la Ley 270 de 1996. También se refiere a la conciliación contenciosa administrativa, mencionando los requisitos específicos para que ésta proceda en asuntos en los que intervengan entidades estatales.

En las consideraciones de la providencia, el Tribunal hace un análisis puntual de la Conciliación celebrada por las partes y estudia la concurrencia de las exigencias legales en la misma. Advierte, entonces, los siguientes requisitos: (i) las partes, a través de sus representantes legales, de manera libre y voluntaria conciliaron las controversias existentes entre ellas, que fueron objeto del trámite arbitral; (ii) las partes son sujetos jurídicos capaces y que gozan de poder dispositivo respecto de los asuntos comprendidos en el Acuerdo Conciliatorio; (iii) las solicitudes incluidas en los escritos de demanda y contestación se relacionan directamente con el Contrato de Concesión No. 0849 de 19 de

julio de 1995 y, por esto, están sometidas a dicho Contrato en el pacto arbitral acordado en la cláusula trigésima novena del mismo; (iv) el Acuerdo Conciliatorio reúne los elementos esenciales y de validez exigibles por la ley; y (v) la Conciliación se fundamenta en pruebas aportadas de manera oportuna al proceso, con especial importancia el dictamen pericial rendido durante el trámite.

Más adelante, se refiere al concepto favorable rendido por el Ministerio Público frente a la conciliación alcanzada, y después, teniendo en cuenta el pronunciamiento anterior y con base en el estudio detallado de todo el proceso, el Tribunal decide, entre otras cosas:

“PRIMERO.- Aprobar la conciliación celebrada por las partes en los términos convenidos por ellas y, en consecuencia, dar por terminado el presente proceso arbitral a partir de la ejecución de la presente providencia, por decisión voluntaria de las partes y por recaer sobre la totalidad del litigio, conforme lo dispone el artículo 43 de la Ley 640 de 2001.

SEGUNDO.- De conformidad con lo previsto en la ley, la conciliación aprobada hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo”.

3.3.1.2. El Otrosí de 30 de enero de 2014

En desarrollo de las controversias surgidas de la ejecución y pago del Contrato de Concesión No. 0849, la ANI, por un lado, y CSS CONSTRUCTORES, por el otro, firmaron un Otrosí fechado el 30 de enero de 2014, en el que se refieren a una serie de acuerdos para solucionar algunas de las diferencias –no todas- que hasta el momento se mantenían vigentes entre las partes. Dentro del capítulo de consideraciones, después de hacer una recapitulación de los principales hechos que habían dado lugar a la relación contractual, las partes establecen, de manera específica, el origen y resultado de las conversaciones que concluyeron con la suscripción del mencionado Otrosí; entre los apartes relevantes se lee lo que se transcribe a continuación:

“10. Que el 20 de septiembre de 2013, las partes suscribieron un documento en donde establecieron unas BASES DE CONVERSACIONES que permitirían llegar a unos eventuales acuerdos. Allí se planteó la instalación de unas Mesas de Trabajo para analizar las principales controversias contractuales, según los términos señalados en el citado documento.

11. Que, como resultado del desarrollo de las Mesas de Trabajo enunciadas, las partes alcanzaron acuerdos con relación a algunos de los temas relacionados en el documento del 20 de septiembre de 2013, acuerdos que se formalizan a través del presente Otrosí, mientras que en otros asuntos se

mantuvieron los desacuerdos que han dado lugar a las controversias contractuales, temas éstos para los cuales se aplicarán los mecanismos de solución de controversias definidos contractualmente”.

Una vez concluido dicho recuento, las partes, en el capítulo segundo del Otrosí, hacen referencia a varios temas frente a los cuales lograron plasmar un acuerdo definitivo. En este punto se destaca, aunque no es el único asunto tratado, el pacto sobre la actualización del modelo financiero que se implementaría en el Contrato de Concesión y el cruce de saldos y cuentas que harían a través de dicha actualización de la ingeniería financiera del Contrato. Sin embargo, en la cláusula décima del mismo capítulo segundo del Otrosí, denominada “*Controversias Pendientes*”, queda plasmada la intención de las partes en punto al tratamiento de lo referente a las controversias que permanecían vigentes hasta ese momento y que no habían sido objeto de acuerdo, entre ellas el valor de la deuda relacionada con el Acuerdo Conciliatorio de 2007, las cuales no serían modificadas ni finiquitadas por el Otrosí al que se está haciendo referencia. Sobre este particular, adelantando uno de los fragmentos de importancia, las partes expresaron:

“CLÁUSULA DÉCIMA.- CONTROVERSIAS PENDIENTES: *Las partes declaran que el presente Otrosí no modifica ni finiquita las controversias que existen entre la Agencia Nacional de Infraestructura y El Concesionario en relación con el término o Plazo de la Concesión, respecto de lo cual la ANI considera que el mismo se encuentra determinado por el término que se requiera para la armonización de las inversiones efectuadas y la obtención de la TIR pactada; tampoco se entienden renunciadas ni transadas las controversias que existen en relación con los demás conceptos que han sido objeto de solicitud de reconocimiento por el Concesionario y que no han sido aceptados por la ANI, entre otros, lo relativo al standby de los recursos del concesionario, ni los sobrecostos asociados a la mayor permanencia en obra, mayores costos de los insumos e ineficiencias en el desarrollo constructivo, los cuales serán resueltos a través de los mecanismos de solución de controversias pactados contractualmente. Lo anterior, sin perjuicio de las compensaciones relacionadas con las pretensiones económicas que no han sido acordadas en este documento y que serán reclamadas a través del mecanismo de solución de controversias previsto en el parágrafo de la cláusula trigésima novena del contrato de concesión.*

Por lo tanto, las partes procurarán, sin perjuicio de los términos previstos en la ley, activar el mecanismo de solución de controversias, Tribunal de Arbitramento, antes del 30 de marzo de 2014 y estarse a lo resuelto en el mismo.

PARÁGRAFO: *Como quiera que la decisión que sobre el particular adopte el Tribunal de Arbitramento incide en los resultados de la ingeniería financiera del contrato, en el evento en que la decisión de la justicia arbitral resulte favorable a las pretensiones de la ANI y esto conlleve el reconocimiento de parte del Concesionario de mayores valores a los expuestos en el presente documento, el Concesionario deberá depositar las sumas correspondientes a los excedentes del recaudo de peajes que efectúe hasta junio de 2016, en el patrimonio autónomo de la nueva concesión o el que le indique la entidad para garantizar su utilización en los términos del artículo 33 de la Ley 105 de 1993”.*

3.3.1.3. La Demanda Arbitral de CSS Constructores de septiembre 4 de 2014 y el Acuerdo Conciliatorio de 22 de mayo de 2015 (Caso No. 3567)

El 4 de septiembre de 2014, a través de apoderada, CSS CONSTRUCTORES presentó demanda arbitral en la Cámara de Comercio de Bogotá en contra de la ANI, invocando para el efecto la cláusula compromisoria pactada en el Contrato de Concesión No. 0849, la cual fue modificada posteriormente en el Otrosí del 30 de enero de 2014. De este modo, la convocante justificó su actuar en dicho Otrosí, advirtiendo en la demanda que *“En cumplimiento de lo pactado, se previó que el Concesionario proceda a reclamar su pretensión para obtener la compensación económica relativa al pago del saldo adeudado por concepto del Acuerdo Conciliatorio aprobado por el Tribunal de Arbitramento denominado ‘puentes’, a través de los mecanismos de solución de controversias establecidos contractualmente, esto es, por medio de la convocatoria del presente Tribunal de Arbitramento”.*

Más adelante, entra la convocante a advertir la procedencia de la acción contractual como mecanismo para solicitar el pronunciamiento sobre las pretensiones formuladas, haciendo énfasis en el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo en lo relativo a la caducidad de la acción contractual. De ahí, sin perjuicio de lo que luego se profundizará, se destacan como pretensiones declarativas principales de la demanda las que a continuación se transcriben:

“TERCERA.- *Declarar que el Tribunal de Arbitramento instaurado por el contratista concesionario del Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, mediante convocatoria arbitral del 4 de junio de 2004 para dirimir las controversias surgidas entre las partes con ocasión de la ejecución del Contrato, finalizó con el Acuerdo Conciliatorio celebrado por las partes el 28 de noviembre de 2007, aprobado por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto, mediante Auto del 11 de diciembre de 2007 (Acta No. 35 del trámite arbitral).*

CUARTA.- Que como consecuencia de la anterior declaración, se declare que el Acuerdo Conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, aprobado por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto, mediante Auto del 11 de diciembre de 2007 (Acta No. 35 del trámite arbitral), hizo tránsito a cosa juzgada.

QUINTA.- Declarar que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI**, en su condición de entidad contratante en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, incumplió las obligaciones a su cargo en tal condición, surgidas del Acuerdo Conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, celebrado entre las partes del Contrato de Concesión 0849 de 1995, en el curso de un proceso arbitral y aprobado por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto, mediante Auto de 11 de diciembre de 2007 (Acta N° 35 del trámite arbitral), según se pruebe en este proceso.

(...)

NOVENA.- Declarar que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI** incumplió el Acuerdo Conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, celebrado entre las partes del Contrato de Concesión 0849 de 1995, en el curso de un proceso arbitral y aprobado por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto, mediante Auto del 11 de diciembre de 2007 (Acta No. 35 del trámite arbitral), en cuanto hace al saldo causado y no cancelado a la fecha de interposición de esta demanda, de las obligaciones de pago asumidas por la entidad contratante en el mencionado Acuerdo Conciliatorio del 28 de noviembre de 2007.

DÉCIMA.- Declarar que en virtud del incumplimiento del Acuerdo Conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, celebrado entre las partes del Contrato de Concesión 0849 de 1995, en el curso de un proceso arbitral y aprobado por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto, mediante Auto del 11 de diciembre de 2007 (Acta No. 35 del trámite arbitral), en cuanto hace al saldo causado y no cancelado a la fecha de interposición de esta demanda, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI** deberá reconocer y cancelar a la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, la suma de **VEINTICINCO MIL OCHOCIENTOS UN MILLONES NOVECIENTOS VEINTISIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$25.801.927.979)**, teniendo en cuenta la obligación causada y no cancelada por la entidad, según lo probado en este proceso (énfasis del texto).

DÉCIMA PRIMERA.- *Declarar que la pretensión décima anterior, no está cobijada por la cosa juzgada derivada del Acuerdo Conciliatorio Acuerdo Conciliatorio (sic) del 28 de noviembre de 2007, celebrado entre las partes del Contrato de Concesión 0849 de 1995, en el curso de un proceso arbitral y aprobado por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto, mediante Auto del 11 de diciembre de 2007 (Acta No. 35 del trámite arbitral).*

Las pretensiones formuladas tienen, según la demandante en su momento, sustento en los hechos incluidos en el texto de la demanda y que corresponden a los antecedentes más relevantes de la relación contractual existente, de los cuales, en el contexto del tema objeto de estudio, vale la pena por ahora destacar:

“4.11. En efecto, para tratar este asunto, el Concesionario presentó solicitud de convocatoria a Tribunal de Arbitramento y demanda arbitral el cuatro (4) de junio de 2004. Solicitud que fue admitida mediante Auto proferido el (1º) de septiembre de 2004.

4.12. Durante el trámite arbitral, una vez practicadas las pruebas y habiéndose rendido el dictamen pericial respectivo, las partes suscribieron un Acuerdo Conciliatorio el 28 de noviembre de 2007, a través del cual se conciliaron, en forma definitiva, las controversias que dieron origen al Tribunal de Arbitramento, conviniendo el valor del reconocimiento y pago, estableciendo las condiciones de pago y pactando plazos e intereses de mora, de los valores determinados en el documento de conciliación aprobado por el Tribunal, a cargo del INCO y a favor del Concesionario.

(...)

4.13. Este Acuerdo Conciliatoria fue puesto a consideración del Tribunal de Arbitramento, el cual, previa evaluación y concepto favorable del Ministerio Público, aprobó la conciliación, según consta en la providencia adoptada en el Acta N° 35, Auto N° 37 del 11 de diciembre de 2007. Acta en la cual el Tribunal, tras aprobar el acuerdo de conciliación, declaró que hacía tránsito a cosa juzgada y prestaba mérito ejecutivo.

(...)

4.34. Como resultado de las mesas de trabajo aludidas, la ANI y el Concesionario suscribieron el ‘Otro sí’ del 30 de enero de 2014 al contrato de concesión No. 0849 de 1995 celebrado entre la Agencia Nacional de

Infraestructura y la sociedad CSS Constructores S.A.', a través del cual, entre otros, convinieron actualizar el modelo financiero, en los términos allí pactados, y acordaron un cruce de saldos y pago, plazo de obras en ejecución, entre otros aspectos que involucraron los conceptos relacionados en el mencionado documento.

*4.35. En la cláusula décima del Otrosí del 30 de enero de 2014, se estableció la posición de las partes en cuanto a las 'Controversias pendientes', y en lo que tiene que ver 'con las pretensiones económicas que no han sido acordadas en este documento y que serán reclamadas a través del mecanismo de solución de controversias...', entre ellas el valor de la deuda relacionada en el Acuerdo Conciliatorio aprobado por el Tribunal de Arbitramento el once (11) de diciembre de 2.007, descontando los abonos que hasta la fecha realizó la entidad, mencionados en el numeral 4.15 de este capítulo, empleando para efectos de cálculo, la metodología señalada en este escrito, con corte a julio 30 de 2014, dicho valor asciende a la suma de **VEINTICINO MIL OCHOCIENTOS UN MILLONES NOVECIENTOS VEINTISIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$25.801.927.979)**" (énfasis del texto).*

En el marco del proceso arbitral en mención (Caso No. 3567), el 22 de mayo de 2015 la ANI, por un lado, y CSS CONSTRUCTORES, por el otro, suscribieron un Acuerdo Conciliatorio con el fin de dirimir las controversias suscitadas con la presentación de las demandas arbitrales en curso relativas al Contrato de Concesión, y en especial, en atención al Otrosí de enero de 2014. En el Acuerdo Conciliatorio nuevamente se hace un recuento de las principales consideraciones y hechos relevantes ocurridos a lo largo del proceso incluyendo algunas menciones importantes sobre lo sucedido en las mesas de trabajo llevadas a cabo entre las partes. Se destacan algunos apartes dentro de estas consideraciones:

*"11. Después de este trabajo conjunto, las Partes han llegado a un **ACUERDO CONCILIATORIO** respecto de tres (3) de los cuatros (sic) (4) Tribunales de Arbitramento instaurados por CSS CONSTRUCTORES S.A. en contra de la ANI.*

12. Respecto del Tribunal denominado 'Saldo Tribunal de Puentes', la ANI expresa su inquietud respecto del mecanismo de cobro utilizado por el Concesionario para reclamar estas obligaciones, por lo cual la decisión de conciliar está sometida al concepto favorable del Ministerio Público y a la aprobación del Tribunal de Arbitramento (énfasis del texto).

Tras referirse, de alguna manera, a las diferentes reclamaciones iniciadas por CSS CONSTRUCTORES en los diversos procesos arbitrales iniciados, se resaltan los siguientes arreglos que, entre muchos otros, alcanzaron las partes en el acuerdo definitivo al que llegaron en mayo de 2015:

***“PRIMERO:** En el Tribunal Arbitral que tiene por objeto resolver la reclamación por concepto del ‘Saldo Tribunal de Puentes’, el cual, para dirimirlo, se integró por los doctores LUCÍA ARBELÁEZ TOBÓN, MANUEL URUETA AYOLA y JESÚS MARÍA CARRILLO, las partes acuerdan que respecto del valor del capital reclamado por CSS CONSTRUCTORES S.A., se le reconocerá una tasa de interés del IPC + 12%, de tal forma que el valor a pagar liquidado a 30 de abril de 2015 asciende a la suma de **VEINTE MIL NOVECIENTO SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$20.966.979.377)**, los cuales la ANI pagará al Concesionario con TES. La ANI efectuará el pago señalado dentro de los diez (10) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de la providencia que apruebe la conciliación, durante los cuales se generan intereses a la tasa del DTF (artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) sólo a partir del momento en que el Concesionario acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para efectuar el pago, los cuales están contenidos en la Circular 7 del 23 de diciembre de 1997 y sus modificaciones. Vencido este plazo sin que se efectúe el pago, se aplicará lo previsto en el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

(...)

***SÉPTIMO: DESISTIMIENTOS Y CONCILIACIÓN:** Las Partes presentarán este acuerdo por el cual solucionan las controversias planteadas en tres (3) de los cuatro (4) Tribunales identificados anteriormente, para la correspondiente aprobación de los árbitros que los integran, inmediatamente después de su suscripción, mediante la vía procesal idónea y una vez haya surtido las trámites internos que correspondan a cada una de las partes.*

Surtiendo el trámite señalado, las Partes renuncian expresa, incondicional e irrevocablemente a cualquier derecho a que hubiere lugar con respecto a cualquiera de las pretensiones, las reclamaciones o los argumentos jurídicos presentados por ellas en los tres (3) Tribunales de Arbitramento, y se liberan

mutuamente de cualquier responsabilidad, y absuelven definitivamente a la otra Parte.

Asimismo, surtido en trámite señalado, las Partes se obligan a no presentar demanda, petición o reclamación alguna por los mismos hechos y/o circunstancias que motivaron las demandas arbitrales presentadas, ya sea ante el Tribunal Arbitral o ante otro tribunal de este tipo, o ante cualquier otra autoridad jurisdiccional” (énfasis del texto).

3.3.1.4. El Acta No. 10 de septiembre de 2015, que contiene el Auto No. 12 que improbo la conciliación y declaró terminado el proceso arbitral por falta de competencia

En el Acta No. 10 de 30 de septiembre de 2015 se deja constancia de la reunión del Tribunal de Arbitramento integrado por los Drs. Jesús María Carrillo Ballesteros, Lucía Arbeláez de Tobón y Manuel Urueta Ayola. Dicha Acta contiene el Auto No. 12, en el cual se decidió lo pertinente al Acuerdo Conciliatorio presentado por las partes en el marco del trámite arbitral.

En la primera parte de la providencia se hace una breve descripción de los antecedentes más importantes del proceso, de las partes intervinientes, de las pretensiones formuladas por la convocante en la demanda arbitral y de las excepciones propuestas por la parte convocada al contestar la demanda.

Más adelante procede el Tribunal a analizar, de manera detallada, el tema de su propia competencia para decidir de fondo el asunto sometido a discusión, sustento requerido para poder realizar un juicio de legalidad del Acuerdo Conciliatorio puesto a su consideración.

El primer punto que estudia el Tribunal es el referente a lo pretendido en la demanda presentada por CSS CONSTRUCTORES, frente a lo cual advierte: *“De manera que es claro que lo pretendido por la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A. es exclusivamente el pago de la deuda derivada del incumplimiento del Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007, celebrado en el curso de un proceso arbitral y aprobado por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto, mediante Auto de 11 de diciembre de 2007, en tanto las sumas pactadas no fueron canceladas en su totalidad”* (énfasis del texto). Luego hace referencia a la existencia del pacto arbitral, advirtiendo que la demanda objeto del trámite se funda en la cláusula compromisoria (modificada del Contrato inicial) incluida en el Otrosí del 30 de enero de 2014, de la cual, según la consideración del Tribunal:

"(...) sólo puede colegirse que se reiteró la voluntad de las partes de dirimir sus diferencias mediante Tribunales de Arbitramento Nacionales con sujeción a la ley y a las reglas operativas que allí se establecen pero jamás podría tener el alcance de disponer que frente a los asuntos ya resueltos y frente a los cuales había operado la cosa juzgada, sería dable hacer uso del mecanismo del arbitraje.

Es importante precisar, que las controversias surgidas de las actividades ejecutadas por el contratista 'para la ampliación, rehabilitación y refuerzo de puentes' del proyecto vial formalizado en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, fueron resueltas de manera total y definitiva en el Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007, aprobado por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto, mediante Auto del 11 de diciembre de 2007, respecto de lo sometido a conocimiento en ese caso específico (énfasis del texto).

En ese sentido, se advierte en esta oportunidad que el ejercicio de la cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, se agotó para el caso de las diferencias resultantes de las actividades ejecutadas por el contratista 'para la ampliación, rehabilitación y refuerzo de puentes', hasta entonces, sin que sea dable la intervención nuevamente de un Tribunal Arbitral para un mismo supuesto fáctico" (énfasis del texto).

De estas consideraciones, destaca el Tribunal que aunque es cierto el hecho de que la cláusula compromisoria invocada por la convocante para dar inicio al trámite sí se encuentra aún vigente, ello no abre la posibilidad de reabrir un debate sobre asuntos que ya tuvieron una decisión judicial definitiva, que por lo mismo han hecho tránsito a cosa juzgada, lo cual conlleva a la finalización del trámite arbitral.

Haciendo referencia específica al tema de la cosa juzgada en relación con la conciliación objeto de estudio, el Tribunal fue enfático en advertir: *"En el presente asunto es evidente que el Acuerdo Conciliatorio de 2015, a que han llegado las partes, como se desprende de las pretensiones conciliados de la demanda, tiene el mismo objeto que aquel decidido en el Acuerdo Conciliatorio de 2007, así como también que la causa es la misma, relacionada con el pago de unos saldos originados en los costos de unos puentes objeto del contrato, e igualmente que las partes son las mismas, de manera que se presentan los elementos necesarios para que se configure el fenómeno de la cosa juzgada" (énfasis del texto).* Y destaca, por último, que cuando en un proceso está de por medio una entidad estatal, las partes no pueden disponer de los efectos de la cosa juzgada, pues se estarían desconociendo normas de orden público que sin duda deberían ser acatadas.

Por todo lo anterior, el Tribunal, en relación con el Acuerdo Conciliatorio de 22 de mayo de 2015, sometido a su consideración, resolvió:

“PRIMERO: Improbar el acuerdo conciliatorio celebrado entre CSS CONSTRUCOTRES S.A. y AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, de 22 de mayo de 2015, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. (énfasis del texto)

SEGUNDO: En consecuencia, declarar terminado el trámite arbitral por carecer de competencia, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva” (la subraya no es del texto).

3.3.2. Efectos e incidencia en la competencia del presente Tribunal del Auto No. 12 del 30 de septiembre de 2015, proferido en el Tribunal Arbitral con radicación No. 3567

Como se acaba de precisar, en un proceso arbitral previo al presente, adelantado entre las mismas partes a raíz de una demanda arbitral instaurada por CSS CONSTRUCTORES con fecha 4 de septiembre de 2014 ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá (Radicación No. 3567), y con ocasión del Acuerdo Conciliatorio también reseñado del 22 de mayo de 2015, el respectivo tribunal arbitral⁴¹, mediante Auto No. 12 del 30 de septiembre de 2015⁴², decidió improbar dicho Acuerdo -sometido a su control de legalidad-, y declarar terminado, en su totalidad, el trámite arbitral por carecer de competencia. Recurrida esta providencia por la sociedad convocante, fue confirmada por el referido panel arbitral mediante Auto No.13 de la misma fecha⁴³, sin que, conforme al material probatorio recogido en el presente proceso, encuentre el Tribunal evidencia alguna que indique la afectación o pérdida posterior de firmeza de las providencias arbitrales en cuestión.

Para este Tribunal, por lo tanto, como orden lógico de razonamiento de cara a definir de fondo la competencia para pronunciarse sobre las pretensiones y excepciones propuestas en el presente trámite arbitral, es menester, como primera medida, entrar a determinar los efectos y la incidencia que sobre el particular se derivan de la decisión en firme tomada en el referido proceso arbitral (Radicación No. 3567), que declaró su terminación aduciendo, precisamente, falta de competencia arbitral. El haberse proferido dicha decisión arbitral con antelación a la presentación de la demanda que dio lugar al presente proceso impone precisar, inicialmente, las repercusiones que puede generar respecto de éste, en particular, en lo concerniente a la competencia del Tribunal actual, punto específico que a estas alturas de la providencia concentra la atención.

⁴¹ Conformado por los árbitros Lucía Arbeláez de Tobón, Manuel Urueta Ayola y Jesús María Carrillo.

⁴² Folios 376 a 401 del Cuaderno de pruebas 3.

⁴³ Folios 401 y 402 del Cuaderno de pruebas 3.

3.3.2.1. Efectos de la falta de competencia arbitral declarada en el Proceso No. 3567

Como es bien sabido, dentro de las premisas básicas de orden legal que se requieren para que los árbitros cuenten con la debida habilitación para conocer de una determinada controversia, y por ende, con la competencia para resolverla, se destaca la necesaria existencia de un pacto arbitral válido que le sirva de fundamento –compromiso o cláusula compromisoria-, cuyos efectos permitan su aplicabilidad al caso en concreto.

En el presente asunto –ya se dijo- se invoca como pacto arbitral que fundamenta las pretensiones arbitrales formuladas, la cláusula compromisoria pactada en la cláusula trigésima novena del Contrato de Concesión No. 0849 del 19 de julio de 1995, que fuera modificada en Otrosí del 30 de enero de 2014 (cláusula décima primera), la misma que fue invocada por CSS CONSTRUCTORES como fundamento arbitral de su demanda de 4 de septiembre de 2014, la cual dio lugar al citado proceso arbitral No. 3567 que terminó, como ya se ha mencionado, con la aludida declaratoria de falta de competencia.

En la normatividad arbitral anterior (parágrafo del artículo 147 del Decreto 1818 de 1998), se establecía que si en el ámbito de la primera audiencia de trámite *“el Tribunal decide que no es competente, se extinguirán definitivamente los efectos del pacto arbitral”*. Despejando cualquier inquietud que quedaba en el ambiente en cuanto al nivel de amplitud o cobertura con que debía ser entendida la extinción de los efectos del pacto arbitral en la hipótesis referida, en la legislación vigente (artículo 30 de la Ley 1563 de 2012) se precisa, en el marco de la misma audiencia, que *“Si decidiere [el Tribunal] que no es competente para conocer de ninguna de las pretensiones de la demanda y la reconvención, se extinguirán los efectos del pacto arbitral para el caso concreto (...)”* (resalta el Tribunal).

Lo anterior significa, entonces, que la declaratoria de falta de competencia proferida por un tribunal de arbitraje nacional trae aparejada como consecuencia indisoluble la extinción de los efectos del pacto arbitral para ese caso en particular –no para otra controversia diferente entre las partes que quede comprendida en su alcance-, lo que conlleva la imposibilidad de aducir posteriormente la misma cláusula compromisoria o compromiso con miras a que la jurisdicción arbitral conozca de la misma situación conflictiva sobre la cual ya hubo un pronunciamiento arbitral previo descartando su competencia para resolverla.

Aunque en el anterior proceso arbitral que se ha reseñado (Radicación No. 3567), la referida declaratoria de falta de competencia tuvo lugar en un momento procesal anterior a la primera audiencia de trámite en atención a la revisión del Acuerdo Conciliatorio de 22 de mayo de 2015 que fue sometido a control de legalidad de los árbitros, es claro para este Tribunal que tiene aplicación la previsión señalada en el mencionado artículo 30 de la Ley 1563 de 2012 en cuanto a la extinción de los efectos del indicado pacto arbitral para el

asunto temático específico, pues, como se puso de presente en la providencia respectiva de manera explícita, se trató, en lo sustancial, de un pronunciamiento que abarcó en forma directa la definición de la competencia arbitral, aunque de manera anticipada a la etapa procesal en la que regularmente ello ocurre:

“Encontrándose el presente asunto en la etapa conciliatoria y siendo la oportunidad para pronunciarse sobre el ‘ACUERDO CONCILIATORIO SOBRE LAS CONTROVERSIAS SUSCITADAS EN EL MARCO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 849 de 1995’, celebrado el 22 de mayo de 2015, entre las partes convocante y convocada, el Tribunal estima necesario previamente realizar un control de legalidad.

Es importante destacar, que si bien al tenor de las previsiones del artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, en la primera audiencia de trámite el Tribunal Arbitral se pronuncia sobre su propia competencia para decidir de fondo el asunto sometido a debate, y tal etapa procesal no se ha superado aun, resulta indispensable verificar tal elemento sustancial en esta oportunidad, toda vez que le ha sido encomendada la realización del juicio de legalidad del Acuerdo Conciliatorio logrado entre las partes intervinientes.

*Así las cosas, para establecer la competencia del Tribunal Arbitral se analizarán los siguientes aspectos: (...)”.*⁴⁴

Por consiguiente, abstracción hecha de las razones o motivaciones que dieron lugar en el proceso arbitral No. 3567 a la decisión contenida en el Auto No. 12 de 30 de septiembre de 2015⁴⁵, confirmada en providencia de esa misma fecha, la firmeza de la declaratoria de falta de competencia implicó -por disposición legal- la extinción, para dicho conflicto, de los efectos de la cláusula compromisoria pactada en la cláusula trigésima novena del Contrato de Concesión No. 0849 -reformada en el Otrosí de 30 de enero de 2014 según se ha señalado-, impidiendo a la jurisdicción arbitral, por tanto, conocer posteriormente de todas aquellas pretensiones que de nuevo se le formulen en torno a la misma controversia con base en el referido pacto arbitral cuya eficacia, se insiste, por mandato legal, quedó extinguida para ese delimitado asunto.

Así las cosas, por razón de la aludida extinción *ope legis*, y con efectos delimitados, de la cláusula compromisoria asociada al Contrato de Concesión, se impone concluir que el presente Tribunal Arbitral carece de competencia para resolver todas aquellas pretensiones formuladas en el escrito de reforma integral de la demanda que versan sobre aspectos que

⁴⁴ Folio 384 del Cuaderno de pruebas 3.

⁴⁵ Las cuales aparecen reseñadas, a espacio, en la parte motiva de este Laudo.

hicieron parte de aquella controversia arbitral anterior surtida entre las mismas partes con ocasión de la demanda presentada por CSS CONSTRUCTORES el 4 de septiembre de 2014 (Radicación No. 3567), respecto de los cuales, como se anotó, existe una declaratoria de falta de competencia arbitral en firme⁴⁶. Por el contrario, los efectos extintivos del pacto arbitral consagrados en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012 no aplican en relación con aquellas otras pretensiones contenidas en la reforma de la demanda arbitral que plantean cuestiones distintas a las debatidas en el trámite arbitral precedente.

Toda vez que, conforme al citado artículo 30 de la ley de arbitraje, la extinción de los efectos del pacto arbitral es para *“el caso concreto”*, ello impone la necesidad de revisar, con la *sindéresis* de rigor, como pasa a hacerlo a continuación el Tribunal, las pretensiones y los hechos que sirvieron de fundamento a la demanda arbitral del 4 de septiembre de 2014 (Radicación No. 3567), para efectos de determinar tanto las cuestiones controversiales que quedan por fuera de la competencia arbitral que ahora se examina en virtud de la declaratoria de falta de competencia contenida en el pluricitado Auto No. 12 de 30 de septiembre de 2015 proferido en el citado proceso –confirmada en el Auto No. 13–, como aquellas otras sobre las cuales, en cambio, no operó la extinción de los efectos de la cláusula compromisoria invocada, de modo que no hay objeción, en lo que a este punto de la competencia atañe, para resolverlas de fondo en este Laudo.

3.3.2.2. Pretensiones de la reforma de la demanda sobre las cuales el Tribunal carece de competencia por razón de la falta de competencia declarada en el Proceso Arbitral No. 3567

En el caso arbitral No. 3567, el debate planteado por CSS CONSTRUCTORES con base en la cláusula compromisoria contenida en la modificada estipulación trigésima novena del Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, recayó sobre los siguientes aspectos centrales, según se desprende del contenido de la respectiva demanda arbitral de 4 de septiembre de 2014⁴⁷:

- (i) Declarar que la ANI asumió integralmente la posición contractual como contratante en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, siendo por ende la única titular, en tal condición, de los derechos y obligaciones respectivos (pretensiones primera y segunda declarativas); y que CSS CONSTRUCTORES, por su parte, asumió la posición contractual como contratista en el mismo contrato, siendo, por tanto, en dicha calidad, la única titular de los derechos y obligaciones correspondientes (pretensiones séptima y octava declarativas);

⁴⁶ El presente Tribunal debe estarse a la decisión proferida –y sus efectos–, sin que le sea dable involucrar apreciaciones propias sobre el particular.

⁴⁷ Folios 4 a 31 del Cuaderno de pruebas 2.

- (ii) Declarar que entre CSS CONSTRUCTORES y la ANI se celebró un Acuerdo Conciliatorio el 28 de noviembre de 2007, que fue aprobado por el Tribunal Arbitral constituido para el efecto mediante Auto del 11 de diciembre de 2007, contenido en el Acta No. 35 del trámite arbitral (pretensión tercera declarativa), y cuyo contenido fundamental se detalla en el hecho 4.12 de la demanda;
- (iii) Declarar que la ANI incumplió las obligaciones a su cargo derivadas del Acuerdo Conciliatorio del 28 de noviembre de 2007 en cuanto hace al saldo causado y no cancelado de las obligaciones de pago asumidas por la entidad contratante en la mencionada conciliación, y que debe reconocer y pagar dicho saldo adeudado, que para la fecha de la referida demanda la convocante cuantificó en la suma de \$25.801.927.979 (pretensiones declarativas quinta, sexta, novena y décima), deducidos los abonos realizados a la obligación indicados en el hecho 4.15 de la demanda;
- (iv) Condenar a la ANI a pagar a CSS CONSTRUCTORES la referida suma de \$25.801.927.979 por concepto del saldo causado y no cancelado a la fecha de interposición de la demanda de 4 de septiembre de 2014 de las obligaciones asumidas por la entidad contratante en el mencionado Acuerdo Conciliatorio del 28 de noviembre de 2007 (pretensión primera de condena), con reconocimiento de la actualización monetaria (pretensión segunda de condena) e intereses moratorios (pretensión tercera de condena).

En sustento de las anteriores pretensiones, CSS CONSTRUCTORES invocó una serie de hechos que en un alto porcentaje son traídos a colación de nuevo como fundamento fáctico del presente proceso arbitral, según se corrobora en el siguiente cuadro comparativo que, a doble columna, muestra la semejanza o similitud anunciada (visualizada principalmente al comparar los hechos 4.1 a 4.35 de la demanda de 4 de septiembre de 2014 -caso arbitral No. 3567-, con los hechos esbozados en los numerales 3.1.1 a 3.1.16 y 3.2.1. a 3.2.18 del escrito de reforma integral de la demanda de 25 de noviembre de 2016 -el presente caso arbitral, No. 4576-), a la vez que permite apreciar, de una vez, aquellos aspectos novedosos que en este frente se invocan y que no hicieron parte de la controversia propuesta en el trámite arbitral No. 3567, los cuales, como se confirmará más adelante, giran fundamentalmente en torno al planteamiento de novación que se alega en esta *litis*.⁴⁸

⁴⁸ La relevancia jurídica del cotejo, conforme a lo anunciado, justifica reflejarlo en toda su extensión.

| | |
|---|--|
| | |
| <p>3.1.1. El 19 de julio de 1995, se suscribió el contrato de concesión No. 0849, entre el Instituto Nacional de Vías – INVIAS, y el CONCESIONARIO, con el siguiente objeto:</p> | <p>4.1. El 19 de julio de 1995, se suscribió el contrato de concesión No 0849 del 19 de julio de 1995, entre el Instituto Nacional de Vías – INVIAS, y el CONCESIONARIO, con el siguiente objeto:</p> |
| <p>“CLÁUSULA PRIMERA. EL CONCESIONARIO se obliga a ejecutar por el sistema de concesión, según lo establecido por el artículo 32, numeral 4º de la Ley 80 de 1993, los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación y el mantenimiento de la carretera Neiva-Espinal en los departamentos de Huila y Tolima.</p> | <p>“CLÁUSULA PRIMERA. EL CONCESIONARIO se obliga a ejecutar por el sistema de concesión, según lo establecido por el artículo 32, numeral 4º de la Ley 80 de 1993, los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación y el mantenimiento de la carretera Neiva-Espinal en los departamentos de Huila y Tolima.</p> |
| <p>PARÁGRAFO PRIMERO.- El alcance básico de la construcción incluye las siguientes obras: 1.- Rehabilitación, mantenimiento y operación de las calzadas existentes del Tramo 06 Neiva –Castilla y el sector Castilla –Espinal del Tramo 07 de la Ruta 45. 2.- Construcción, mantenimiento y operación de la Variante El Guamo, incluyendo la construcción de un nuevo puente sobre el Río Luisa. 3.- Construcción, Mantenimiento y operación de la variante para cruce del río Patá, incluyendo la construcción de un nuevo puente. 4.- Construcción, mantenimiento y operación de la variante río Bache, incluyendo puentes sobre el río Bache y la quebrada Arenosa. 5.-Construcción, mantenimiento y operación dela variante río Aipe, incluyendo puente sobre el río Aipe. 6.-Construcción de la infraestructura para la operación, de acuerdo con lo indicado en el reglamento anexo al contrato.</p> | <p>PARÁGRAFO PRIMERO. El alcance básico de la construcción incluye las siguientes obras: 1.- Rehabilitación, mantenimiento y operación de las calzadas existentes del Tramo 06 Neiva-Castilla y el sector Castilla-Espinal del Tramo 07 de la Ruta 45. 2.- Construcción, mantenimiento y operación de la Variante El Guamo, incluyendo la construcción de un nuevo puente sobre el Río Luisa. 3.- Construcción, Mantenimiento y operación de la variante para cruce del río Patá, incluyendo la construcción de un nuevo puente. 4.- Construcción, mantenimiento y operación de la variante río Bache, incluyendo puentes sobre el río Bache y la quebrada Arenosa. 5.- Construcción, mantenimiento y operación dela variante río Aipe, incluyendo puente sobre el río Aipe. 6.- Construcción de la infraestructura para la operación, de acuerdo con lo indicado en el reglamento anexo al contrato.</p> |
| <p>PARÁGRAFO SEGUNDO.-El alcance físico adicional de este contrato es: Construcción, mantenimiento y operación</p> | <p>PARÁGRAFO SEGUNDO.- El alcance físico adicional de este contrato es: Construcción, mantenimiento y operación</p> |

| | |
|--|---|
| <p>de la variante Natagaima.</p> <p>PARÁGRAFO TERCERO: Las actividades incluidas para cumplir el objeto del contrato son: Estudios y diseños finales, financiación, construcción, suministro, instalación, montaje y prueba de los equipos, puesta en funcionamiento y operación del proyecto, las cuales deben hacerse de acuerdo con las condiciones, términos, alcances y obligaciones establecidas en este documento, en la oferta del CONCESIONARIO aceptada por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, en el pliego de condiciones y adendos de la licitación pública No. 014-94".</p> | <p>de la variante Natagaima.</p> <p>PARÁGRAFO TERCERO: Las actividades incluidas para cumplir el objeto del contrato son: Estudios y diseños finales, financiación, construcción, suministro, instalación, montaje y prueba de los equipos, puesta en funcionamiento y operación del proyecto, las cuales deben hacerse de acuerdo con las condiciones, términos, alcances y obligaciones establecidas en este documento, en la oferta del CONCESIONARIO aceptada por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, en el pliego de condiciones y adendos de la licitación pública No. 014-94"</p> |
| <p>3.1.2. El 17 de enero de 1997, se suscribió documento modificatorio del objeto contractual, quedando expresado, cláusula primera, en los siguientes términos:</p> <p>"EL CONCESIONARIO se obliga a ejecutar por el sistema de concesión según lo establecido por el artículo 32 numeral 4 de la Ley 80 de 1993 los estudios diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación y el mantenimiento de la carretera Neiva - Girardot en los departamentos de Huila, Tolima y Cundinamarca.</p> | <p>4.2. El 17 de enero de 1997, se suscribió documento en cuya cláusula primera se modificó el objeto del contrato principal, quedando éste expresado en los siguientes términos:</p> <p>"EL CONCESIONARIO se obliga a ejecutar por el sistema de concesión según lo establecido por el artículo 32 numeral 4 de la Ley 80 de 1993 los estudios diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación y el mantenimiento de la carretera Neiva-Girardot en los departamentos de Huila, Tolima y Cundinamarca.</p> |
| <p>PARAGRAFO PRIMERO: <ALCANCE BASICO DE LA CONTRUCCION> (sic). El alcance básico de la construcción incluye las siguientes obras 1- rehabilitación, mantenimiento u operación de las calzadas existentes del tramo 06 Neiva - Castilla y el sector Castilla - Espinal del tramo 07 de la ruta 45. 2- construcción, mantenimiento y operación de la variante El Guamo, incluyendo la construcción de un nuevo puente sobre el río Luisa. 3- Construcción, mantenimiento y operación de la variante para cruce del río Patá incluyendo la construcción de un nuevo puente. 4- Construcción, mantenimiento y operación de</p> | <p>PARAGRAFO PRIMERO: <ALCANCE BASICO DE LA CONTRUCCION> (sic). El alcance básico de la construcción incluye las siguientes obras 1- rehabilitación, mantenimiento u operación de las calzadas existentes del tramo 06 Neiva - Castilla y el sector Castilla - Espinal del tramo 07 de la ruta 45. 2- construcción, mantenimiento y operación de la variante El Guamo, incluyendo la construcción de un nuevo puente sobre el río Luisa. 3- Construcción, mantenimiento y operación de la variante para cruce del río Patá incluyendo la construcción de un nuevo puente. 4- Construcción,</p> |

la variante río Baché incluyendo puentes sobre el río Baché y la quebrada Arenosa. 5- Construcción, mantenimiento y operación de la variante río Aipe, incluyendo puente sobre el río Aipe. 6- mantenimiento y operación de las calzadas existentes en el sector Espinal – Girardot incluido el puente Ospina Pérez sobre el río Magdalena del tramo 07 de la ruta 45, el cual será cancelado como obra adicional con cargo a la subcuenta Obras y costos no previstos en el contrato de concesión 0849-95. 7- Construcción de la infraestructura para la operación de acuerdo con lo indicado en el reglamento anexo al contrato de concesión.

PARAGRAFO SEGUNDO. :<ALCANCE FISICO ADICIONAL>: El alcance físico adicional de este contrato es: construcción, mantenimiento y operación de la variante Natagaima.

PARAGRAFO TERCERO:
<ACTIVIDADES INCLUIDAS PARA EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO>: las actividades incluída para cumplir el objeto del contrato son: Estudios y diseños finales, financiación, construcción, suministro, instalación, montaje y prueba de los equipos, puesta en funcionamiento y operación del proyecto las cuales deben hacerse de acuerdo con las condiciones, términos, alcances y obligaciones establecida en este documento, en la oferta del CONCESIONARIO aceptada por el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS en el pliego de condiciones y acuerdos de la licitación pública No. 014-94”.

3.1.3. En el citado documento contractual del 17 de enero de 1997, además de adicionar al alcance en cuanto a “el mantenimiento y operación de las calzadas

mantenimiento y operación de la variante río Baché incluyendo puentes sobre el río Baché y la quebrada Arenosa. 5- Construcción, mantenimiento y operación de la variante río Aipe, incluyendo puente sobre el río Aipe. 6- mantenimiento y operación de las calzadas existentes en el sector Espinal – Girardot incluido el puente Ospina Pérez sobre el río Magdalena del tramo 07 de la ruta 45, el cual será cancelado como obra adicional con cargo a la subcuenta Obras y costos no previstos en el contrato de concesión 0849-95. 7- Construcción de la infraestructura para la operación de acuerdo con lo indicado en el reglamento anexo al contrato de concesión.

PARAGRAFO SEGUNDO. :<ALCANCE FISICO ADICIONAL>: El alcance físico adicional de este contrato es: construcción, mantenimiento y operación de la variante Natagaima.

PARAGRAFO TERCERO:
<ACTIVIDADES INCLUIDAS PARA EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO>: las actividades incluída para cumplir el objeto del contrato son: Estudios y diseños finales, financiación, construcción, suministro, instalación, montaje y prueba de los equipos, puesta en funcionamiento y operación del proyecto las cuales deben hacerse de acuerdo con las condiciones, términos, alcances y obligaciones establecida en este documento, en la oferta del CONCESIONARIO aceptada por el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS en el pliego de condiciones y acuerdos de la licitación pública No. 014-94”.

4.3. En el citado documento contractual del 17 de enero de 1997, además de adicionar al alcance en cuanto a “el mantenimiento y operación de las calzadas existentes en el

| | |
|---|---|
| <p><i>existentes en el sector Espinal-Girardot”, en la cláusula segunda, se entregó al Concesionario la caseta de peaje Flandes, en los siguientes términos “...en sustitución de las inicialmente pactadas en Saldaña durante la etapa de construcción y El Guamo durante la etapa de operación”. Adicionalmente se acordó que “Teniendo en cuenta que los volúmenes de tráfico de la caseta de Flandes son superiores a los de la caseta Saldaña, durante la etapa de construcción se colocará una estación de conteo permanente en la antigua caseta de Saldaña de forma tal que el excedente de los dineros recaudados en Flandes con relación a aquellos que se obtendrían de Saldaña se manejen en una subcuenta especial de libre disposición del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS dentro del mismo proyecto. Durante la etapa de operación deberá procederse de acuerdo a lo definido en la cláusula quinta parágrafo noveno del presente documento”.</i></p> | <p><i>sector Espinal-Girardot”, en la cláusula segunda, se entregó al Concesionario la caseta de peaje Flandes, en los siguientes términos “...en sustitución de las inicialmente pactadas en Saldaña durante la etapa de construcción y El Guamo durante la etapa de operación”. Adicionalmente se acordó que “Teniendo en cuenta que los volúmenes de tráfico de la caseta de Flandes son superiores a los de la caseta Saldaña, durante la etapa de construcción se colocará una estación de conteo permanente en la antigua caseta de Saldaña de forma tal que el excedente de los dinero (sic) recaudados en Flandes con relación a aquellos que se obtendrían de Saldaña se manejen en una subcuenta especial de libre disposición del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS dentro del mismo proyecto. Durante la etapa de operación deberá procederse de acuerdo a lo definido en la cláusula quinta parágrafo noveno del presente documento”.</i></p> |
| <p>3.1.4. La cláusula quinta del documento del 17 de enero de 1997, modificó la cláusula quinta del contrato de concesión, refiriéndose a la cesión de los derechos de recaudo a la caseta localizada en la estación Flandes para las etapas de construcción y operación, y a la vez que adicionó los parágrafos octavo y noveno, en los cuales se determinó:</p> | <p>4.4. La cláusula quinta del documento del 17 de enero de 1997, modificó la cláusula quinta del contrato de concesión, refiriéndose a la cesión de los derechos de recaudo a la caseta localizada en la estación Flandes para las etapas de construcción y operación, y a la vez que adicionó los parágrafos octavo y noveno, en los cuales se determinó:</p> |
| <p>“PARAGRAFO OCTAVO. Durante la etapa de construcción EL CONCESIONARIO deberá realizar conteos permanentes de tránsito en el sitio de la actual caseta de Saldaña y en la caseta de Flandes colocando además contadores de tráfico supervisados por la interventoría con el fin de determinar la diferencia existente entre el valor recaudado en la caseta de Flandes y el valor que se esperaba recaudar en la caseta de Saldaña. El dinero recaudado, previa deducción de los costos de administración deberá consignarse en el</p> | <p>“PARAGRAFO OCTAVO. Durante la etapa de construcción EL CONCESIONARIO deberá realizar conteos permanentes de tránsito en el sitio de la actual caseta de Saldaña y en la caseta de Flandes colocando además contadores de tráfico supervisados por la interventoría con el fin de determinar la diferencia existente entre el valor recaudado en la caseta de Flandes y el valor que se esperaba recaudar en la caseta de Saldaña. El dinero recaudado, previa deducción de los costos de administración deberá</p> |

fideicomiso de la concesión dentro de los primeros diez (10) días del mes siguiente con sus respectivos rendimientos certificados y el excedente del producido será consignado en una subcuenta especial denominada Obras y Costos no previstos en el contrato de concesión 0849-95, que para tal efecto destinará la fiduciaria. Los fondos consignados en esta subcuenta serán destinados para el pago de obras complementarias que EL INSTITUTO autorice en la carretera Neiva - Girardot así como para el pago de otros costos del proyecto no previstos en el contrato inicial”.

“PARAGRAFO NOVENO. Durante la etapa de operación EL CONCESIONARIO deberá realizar conteos permanentes de tránsito en El Guamo y en la caseta de Flandes, colocando además contadores de tráfico supervisados por la interventoría con el fin de determinar los tráfico reales y establecer la diferencia de ingresos que generen. El dinero recaudado se manejará según lo establecido en el parágrafo octavo de esta misma cláusula. Para efecto de la garantía de tráfico mínimo EL INSTITUTO reconocerá al CONCESIONARIO los ingresos reales generados en El Guamo, manteniendo las garantías iniciales del contrato para este peaje. El excedente del recaudo obtenido en la caseta de Flandes comparado con el calculado para la caseta del Guamo, previa deducción de los costos de administración se manejará según lo establecido en el parágrafo octavo de esta misma cláusula”.

consignarse en el fideicomiso de la concesión dentro de los primeros diez (10) días del mes siguiente con sus respectivos rendimientos certificados y el excedente del producido será consignado en una subcuenta especial denominada Obras y Costos no previsto en el contrato de concesión 0849-95, que para tal efecto destinará la fiduciaria. Los fondos consignados en esta subcuenta serán destinados para el pago de obras complementarias que EL INSTITUTO autorice en la carretera Neiva - Girardot así como para el pago de otros costos del proyecto no previstos en el contrato inicial”.

“PARAGRAFO NOVENO. Durante la etapa de operación EL CONCESIONARIO deberá realizar conteos permanentes de tránsito en El Guamo y en la caseta de Flandes, colocando además contadores de tráfico supervisados por la interventoría con el fin de determinar los tráfico reales y establecer la diferencia de ingresos que generen. El dinero recaudado se manejará según lo establecido en el parágrafo octavo de esta misma cláusula. Para efecto de la garantía de tráfico mínimo EL INSTITUTO reconocerá al CONCESIONARIO los ingresos reales generados en El Guamo, manteniendo las garantías iniciales del contrato para este peaje. El excedente del recaudo obtenido en la caseta de Flandes comparado con el calculado para la caseta del Guamo, previa deducción de los costos de administración se manejará según lo establecido en el parágrafo octavo de esta misma cláusula”.

| | |
|--|--|
| <p>3.1.5. Finalmente, al existir la subcuenta especial Obras y costos no previstos del contrato de concesión N°0849 de 1995, en la cláusula novena del documento del 17 de enero de 1997, se modificó la cláusula vigésima primera del contrato de concesión, la cual quedó estipulada así:</p> <p><i>“Si durante el desarrollo del contrato el INSTITUTO ordena o autoriza la ejecución de una obra no incluida dentro del alcance físico contratado el fideicomiso con cargo a la subcuenta especial enunciada en la cláusula segunda del presente, o el INSTITUTO de su presupuesto pagará la ejecución de dicha obra complementaria previa suscripción de un documento en el que consten los ítems, las cantidades y los precios unitarios de la obra a ejecutar. Si los ítems contemplados en las obras complementarias corresponden a ítems establecidos en la propuesta el precio unitario con el que se pagará será establecido para el ítem respectivo. El ajuste del precio unitario será efectuado con el aumento porcentual en el índice de precios al consumidor del DANE entre la fecha fijada para estos precios en este contrato y la fecha de suscripción del documento. Si la ejecución de la obra complementaria incluye un ítem no previsto en la propuesta, el precio unitario debe ser acordado conjuntamente entre las partes”.</i></p> | <p>4.5. Finalmente, al existir la subcuenta especial Obras y costos no previstos del contrato de concesión N°0849 de 1995, en la cláusula novena del documento del 17 de enero de 1997, se modificó la cláusula vigésima primera del contrato de concesión, la cual quedó estipulada así:</p> <p><i>“Si durante el desarrollo del contrato el INSTITUTO ordena o autoriza la ejecución de una obra no incluida dentro del alcance físico contratado el fideicomiso con cargo a la subcuenta especial enunciada en la cláusula segunda del presente, o el INSTITUTO de su presupuesto pagará la ejecución de dicha obra complementaria previa suscripción de un documento en el que consten los ítems, las cantidades y los precios unitarios de la obra a ejecutar. Si los ítems contemplados en las obras complementarias corresponden a ítems establecidos en la propuesta el precio unitario con el que se pagará será establecido para el ítem respectivo. El ajuste del precio unitario será efectuado con el aumento porcentual en el índice de precios al consumidor del DANE entre la fecha fijada para estos precios en este contrato y la fecha de suscripción del documento. Si la ejecución de la obra complementaria incluye un ítem no previsto en la propuesta, el precio unitario debe ser acordado conjuntamente entre las partes”.</i></p> |
| <p>3.1.6. En cumplimiento de lo establecido en el citado documento contractual, la subcuenta especial de libre disposición del INVIAS, a la que se hace referencia, se abrió en la entidad fiduciaria, denominándose</p> | <p>4.6. En cumplimiento de lo establecido en el citado documento contractual, la subcuenta especial de libre disposición del INVIAS, a la que se hace referencia, se abrió en la entidad fiduciaria, denominándose</p> |

| | |
|--|--|
| subcuenta "Obras y costos no previstos en el contrato de concesión N°0849/95". | subcuenta "Obras y costos no previstos en el contrato de concesión N°0849/95". |
| 3.1.7. En desarrollo del contrato de concesión se autorizó al Concesionario la ejecución de varias Obras Complementarias, determinando su pago con cargo a la subcuenta "Obras y costos no previstos en el contrato de concesión N°0849/95", en los términos establecidos en la cláusula vigésima primera del contrato de concesión, a la que hemos hecho alusión. | 4.7. En desarrollo del contrato de concesión se autorizó al Concesionario la ejecución de varias Obras Complementarias, determinando su pago con cargo a la subcuenta "Obras y costos no previstos en el contrato de concesión N°0849/95", en los términos establecidos en la cláusula vigésima primera del contrato de concesión, a la que hemos hecho alusión. |
| 3.1.8. El 17 de abril de 1998, se suscribió un documento modificatorio en cuya cláusula sexta el INVIAS autorizó al Concesionario la ejecución de "...las obras complementarias correspondientes a la elaboración del diseño, la construcción, mantenimiento y operación de la ampliación de la calzada y de las obras de arte al 10.90 m, en el sector Neiva – Saldaña, incluyendo las Variantes de Bache - Arenosa, Aipe, Natagaima y los puentes correspondientes". | 4.8. El 17 de abril de 1998, se suscribió un documento modificatorio en cuya cláusula sexta el INVIAS autorizó al Concesionario la ejecución de "...las obras complementarias correspondientes a la elaboración del diseño, la construcción, mantenimiento y operación de la ampliación de la calzada y de las obras de arte al 10.90 m, en el sector Neiva – Saldaña, incluyendo las Variantes de Bache - Arenosa, Aipe, Natagaima y los puentes correspondientes". |
| 3.1.9. El 6 de agosto de 1998, se firmó un nuevo documento modificatorio, en cuya cláusula primera, las partes aclararon que "...la autorización para la ejecución de las obras complementarias..." indicadas en la cláusula sexta del documento del 17 de abril de 1998, en donde "...se extiende también para todos los puentes y pontones existentes en el proyecto, adaptando los diseños de construcción de los nuevos y de rehabilitación y ampliación de los existentes a las disposiciones del nuevo Código de Diseño Antisísmico de Puentes (Resolución No. 3600 de junio 20/96 del Ministerio de Transporte)". | 4.9. El 6 de agosto de 1998, se firmó un nuevo documento modificatorio, en cuya cláusula primera, las partes aclararon que "...la autorización para la ejecución de las obras complementarias..." indicadas en la cláusula sexta del documento del 17 de abril de 1998, en donde "...se extiende también para todos los puentes y pontones existentes en el proyecto, adaptando los diseños de construcción de los nuevos y de rehabilitación y ampliación de los existentes a las disposiciones del nuevo Código de Diseño Antisísmico de Puentes (Resolución No. 3600 de junio 20/96 del Ministerio de Transporte)". |
| 3.1.10. Aún cuando el Concesionario avanzó en la ejecución de las obras correspondientes a la rehabilitación, ampliación y reforzamiento de los puentes existentes en el corredor concesionado, se generó, respecto a la ejecución y pago de estas obras, una controversia contractual, que fue debatida y resuelta en el marco de los mecanismos de | 4.10. Aun cuando el Concesionario avanzó en la ejecución de las obras correspondientes a la rehabilitación, ampliación y reforzamiento de los puentes existentes en el corredor concesionado, se generó, respecto a la ejecución y pago de estas obras, una controversia contractual, que fue debatida y resuelta en el marco de |

| solución de controversias establecidos contractualmente. | los mecanismos de solución de controversias establecidos contractualmente. |
|---|--|
| <p>3.1.11. En efecto, para tratar este asunto, el Concesionario presentó solicitud de convocatoria a Tribunal de Arbitramiento (sic) y demanda arbitral el cuatro (4) de junio de 2004. Solicitud que fue admitida mediante Auto proferido el primero (1º) de septiembre de 2004.</p> | <p>4.11. En efecto, para tratar este asunto, el Concesionario presentó solicitud de convocatoria a Tribunal de Arbitramiento (sic) y demanda arbitral el cuatro (4) de junio de 2004. Solicitud que fue admitida mediante Auto proferido el primero (1º) de septiembre de 2004.</p> |
| <p>3.1.12. Durante el trámite arbitral, una vez practicadas las pruebas y habiéndose rendido el dictamen pericial respectivo, las partes suscribieron Acuerdo Conciliatorio el 28 de noviembre de 2007, conciliando las controversias que dieron origen al Tribunal de Arbitramiento (sic), conviniendo el valor del reconocimiento y pago, estableciendo las condiciones de pago y pactando plazos e intereses de mora, de los valores determinados en el documento de conciliación aprobado por el Tribunal, a cargo del INCO y a favor del Concesionario.</p> | <p>4.12. Durante el trámite arbitral, una vez practicadas las pruebas y habiéndose rendido el dictamen pericial respectivo, las partes suscribieron Acuerdo Conciliatorio el 28 de noviembre de 2007, a través del cual se conciliaron, en forma definitiva, las controversias que dieron origen al Tribunal de Arbitramiento (sic), conviniendo el valor del reconocimiento y pago, estableciendo las condiciones de pago y pactando plazos e intereses de mora, de los valores determinados en el documento de conciliación aprobado por el Tribunal, a cargo del INCO y a favor del Concesionario.</p> |
| <p>En este sentido, en el Acuerdo Conciliatorio, artículos cuarto, quinto, sexto y séptimo, se estableció lo siguiente:</p> | <p>En este sentido, en el Acuerdo Conciliatorio, artículos cuarto, quinto, sexto y séptimo, estableció lo siguiente:</p> |
| <p><i>“...CUARTO.- Determinar, para tal fin, que las obras complementarias a reconocer por el INCO es a precios del contrato de concesión, esto es, en pesos del mes de septiembre del año 1994 la suma de CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (\$4'245.307.453,66) en precios del contrato de concesión, esto es, en pesos del mes de septiembre del año 1994. Este valor, actualizado hasta el 31 de Octubre de 2007, conforme con la metodología establecida en el contrato y convenida entre las partes, esto es, con fundamento en el</i></p> | <p><i>“...CUARTO.- Determinar, para tal fin, que las obras complementarias a reconocer por el INCO es a precios del contrato de concesión, esto es, en pesos del mes de septiembre del año 1994 la suma de CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (\$4'245.307.453,66) en precios del contrato de concesión, esto es, en pesos del mes de septiembre del año 1994. Este valor, actualizado hasta el 31 de Octubre de 2007, conforme con la metodología establecida en el contrato y convenida entre las partes, esto es, con</i></p> |

Índice de Precios al Consumidor –IPC- para la actualización del valor en el tiempo y la Tasa Interna de Retorno –TIR- pactada en el Contrato de Concesión No.0849 de 1995 para el reconocimiento de la rentabilidad de las inversiones efectuadas por **EL CONCESIONARIO**, asciende a la suma de **TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS CATORCE MILLONES CIENTO SESENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS M/CTE (\$33.314.163.341,00)**, suma esta que el INCO pagará a **EL CONCESIONARIO** en los términos establecidos en los artículos siguientes.”

“QUINTO.- Acordar que el **INCO** realizará todos los esfuerzos administrativos y presupuestales que correspondan para pagar en su totalidad a **EL CONCESIONARIO** la suma objeto del presente Acuerdo Conciliatorio a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del Auto aprobatorio del presente acuerdo conciliatorio. Para tal fin, el **INCO** se compromete a realizar los trámites pertinentes ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y a obtener para el pago, de forma alternativa o compuesta, recursos del presupuesto General de la Nación y Títulos de Tesorería –TES-”

“SEXTO.- Pactar que durante el periodo comprendido entre la ejecutoria del auto aprobatorio de la presente Conciliación y el vencimiento del plazo a que se refiere el numeral anterior, se causarán intereses de plazo sobre la cifra total acordada por las partes, a una tasa anual equivalente al IPC más 6% EA. A partir del vencimiento del plazo establecido anteriormente, se causarán intereses de mora a la tasa anual establecida en el numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, es decir IPC más 12% EA.”

“SÉPTIMO.- Esta conciliación comenzará a

fundamento en el Índice de Precios al Consumidor –IPC- para la actualización del valor en el tiempo y la Tasa Interna de Retorno –TIR- pactada en el Contrato de Concesión No.0849 de 1995 para el reconocimiento de la rentabilidad de las inversiones efectuadas por **EL CONCESIONARIO**, asciende a la suma de **TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS CATORCE MILLONES CIENTO SESENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS M/CTE (\$33.314.163.341,00)**, suma esta que el INCO pagará a **EL CONCESIONARIO** en los términos establecidos en los artículos siguientes.”

“QUINTO.- Acordar que el **INCO** realizará todos los esfuerzos administrativos y presupuestales que correspondan para pagar en su totalidad a **EL CONCESIONARIO** la suma objeto del presente Acuerdo Conciliatorio a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del Auto aprobatorio del presente acuerdo conciliatorio. Para tal fin, el **INCO** se compromete a realizar los trámites pertinentes ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y a obtener para el pago, de forma alternativa o compuesta, recursos del presupuesto General de la Nación y Títulos de Tesorería –TES-”

“SEXTO.- Pactar que durante el periodo comprendido entre la ejecutoria del auto aprobatorio de la presente Conciliación y el vencimiento del plazo a que se refiere el numeral anterior, se causarán intereses de plazo sobre la cifra total acordada por las partes, a una tasa anual equivalente al IPC más 6% EA. A partir del vencimiento del plazo establecido anteriormente, se causarán intereses de mora a la tasa anual establecida en el numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, es decir IPC más 12% EA.”

“SÉPTIMO.- Esta conciliación comenzará a

| | |
|---|---|
| <i>regir al tiempo con la ejecutoria de la providencia del Tribunal de Arbitramento que la aprobase...”.</i> | <i>a regir al tiempo con la ejecutoria de la providencia del Tribunal de Arbitramento que la aprobase...”.</i> |
| 3.1.13. Este Acuerdo Conciliatorio fue puesto a consideración del Tribunal de Arbitramento, el cual, previa evaluación y concepto favorable del Ministerio Público, aprobó la conciliación, según consta en la providencia adoptada en el Acta N° 35, Auto N° 37 del 11 de diciembre de 2007. Acta en la cual el Tribunal, tras aprobar el acuerdo de conciliación, declaró que los aspectos allí contenidos hacían tránsito a cosa juzgada y que dicho acuerdo prestaba mérito ejecutivo. | 4.13. Este Acuerdo Conciliatorio fue puesto a consideración del Tribunal de Arbitramento, el cual, previa evaluación y concepto favorable del Ministerio Público, aprobó la conciliación, según consta en la providencia adoptada en el Acta N° 35, Auto N° 37 del 11 de diciembre de 2007. Acta en la cual el Tribunal, tras aprobar el acuerdo de conciliación, declaró que hacía tránsito a cosa juzgada y prestaba mérito ejecutivo. |
| 3.1.14. Si bien esta documentación era conocida por la entidad, el 28 de marzo de 2008, a través del oficio N°0583-CP, el Concesionario remitió al INCO copia del Acuerdo Conciliatorio de fecha 28 de noviembre de 2007, así como copia del auto aprobatorio N° 37, incluido en el Acta N° 35 del once (11) de diciembre de 2007, emitida por el Tribunal de Arbitramento. En dicha carta el Concesionario manifestó: “...continuamos atentos a los trámites correspondientes que se adelanten en la entidad para dar lugar al pago de la cifra total acordada, en los términos establecidos en el citado Acuerdo Conciliatorio...”. | 4.14. Si bien esta documentación era conocida por la entidad, el 28 de marzo de 2008, a través del oficio N°0583-CP, el Concesionario remitió al INCO copia del Acuerdo Conciliatorio de fecha 28 de noviembre de 2007, así como copia del auto aprobatorio N° 37, incluido en el Acta N° 35 del once (11) de diciembre de 2007, emitida por el Tribunal de Arbitramento. En dicha carta el Concesionario manifestó: “...continuamos atentos a los trámites correspondientes que se adelanten en la entidad para dar lugar al pago de la cifra total acordada, en los términos establecidos en el citado Acuerdo Conciliatorio...”. |
| 3.1.15. Como resultado de las gestiones adelantadas por la entidad, en el documento CONPES 3535 del 18 de julio de 2008, dentro del Plan de Inversiones allí previsto, se incluyó el desembolso de dos (2) partidas por la suma de \$16.650 millones cada una, las que se desembolsarían en los años 2009 y 2010. | 4.15. Como resultado de las gestiones adelantadas por la entidad para dar cumplimiento a lo conciliado, en el documento CONPES 3535 del 18 de julio de 2008, se incluyó, como parte del Plan de Inversiones, el desembolso de dos (2) partidas por las sumas de \$16.650 millones cada una, correspondiente a las vigencias de los años 2009 y 2010. En ese sentido, el INCO hizo los siguientes desembolsos al concesionario: |
| 3.1.16. Estos pagos se hicieron al concesionario de la siguiente manera: | |
| <ul style="list-style-type: none"> El 30 de abril de 2009, el INCO realizó un primer abono a la deuda adquirida con el Concesionario, a través del pago | <ul style="list-style-type: none"> El 30 de abril de 2009 realizó un primer abono a la deuda, pagando al Concesionario la suma de |

| | |
|--|--|
| <p>de \$8.388'995.466,00.</p> <ul style="list-style-type: none"> • El 29 de mayo de 2009, el INCO realizó un segundo abono a la deuda, mediante el pago al Concesionario de \$8.261'004.534, 00. • El 27 de mayo de 2010, el INCO realizó un tercer abono a la deuda, a través del pago al Concesionario de \$16.650'000.000, 00. <p>3.1.17. Con estos pagos la entidad dio cumplimiento parcial a la conciliación acordada con el concesionario y aprobada a instancias del Tribunal constituido para el efecto. A partir de diciembre de 2010, las partes iniciaron conversaciones y tratativas para establecer los montos restantes de la deuda, por concepto de capital impagado e intereses, así como el medio de pago a utilizarse por la entidad contratante.</p> | <p>\$8.388'995.466,00.</p> <ul style="list-style-type: none"> • El 29 de mayo de 2009, realizó un segundo abono a la deuda, pagando al Concesionario el valor de \$8.261'004.534,00. • El 27 de mayo de 2010, realizó un tercer abono a la deuda, pagando al Concesionario la suma de \$16.650'000.000,00. |
| <p>3.2.1. El 31 de mayo de 2010, hecho el tercer abono de la deuda, el Concesionario remitió al INCO el oficio N°1143-CP, manifestando que: “...Teniendo en cuenta este abono y aquellos que tuvieron lugar a lo largo del año 2009, adjunto a la presente me permito anexar, a manera de referencia y para su revisión y verificación, el cálculo del saldo pendiente de pago, calculado al 31 de mayo de 2010. Según se advierte, a 31 de mayo quedaría pendiente de pago un saldo total de \$11.279.109.117,47...”, y señalando, además, que quedaba atento “...al desarrollo de los trámites adicionales tendientes a dar lugar al pago definitivo a que aquí se hace referencia...”.</p> | <p>4.16. El 31 de mayo de 2010, una vez efectuado este tercer abono, el Concesionario remitió al INCO la comunicación N°1143-CP, acusando recibo de la consignación respectiva, y manifestando que:</p> <p>“...Teniendo en cuenta este abono y aquellos que tuvieron lugar a lo largo del año 2009, adjunto a la presente me permito anexar, a manera de referencia y para su revisión y verificación, el cálculo del saldo pendiente de pago, calculado al 31 de mayo de 2010. Según se advierte, a 31 de mayo quedaría pendiente de pago un saldo total de \$11.279.109.117,47...”, y allí se señaló, además, que quedaba pendiente “...al desarrollo de los trámites adicionales tendientes a dar lugar al pago definitivo a que aquí se hace referencia...”.</p> |
| <p>3.2.2. A mediados del año 2010, el cambio de gobierno trajo los traumatismos propios de ese tipo de situaciones administrativas al</p> | <p>4.17. A mediados del año 2010, el cambio de gobierno generó incertidumbre al interior del INCO, esto como consecuencia de la</p> |

| | |
|---|---|
| <p>interior del INCO, por tal razón, en este periodo no existieron avances en los temas pendientes, en la medida en que no se decidía el nombramiento de los funcionarios directivos que estarían a cargo de la entidad.</p> | <p>designación de los nuevos funcionarios en los cargos directivos de la entidad. Durante este lapso de tiempo, por razones de empalme y conocimiento de los temas particulares de cada proyecto, no hubo avances en los temas pendientes por resolver con el concesionario demandante.</p> |
| <p>3.2.3. El 4 de noviembre de 2010, posesionada la Dra. María Inés Agudelo como Gerente General de la entidad, el Concesionario retomó los temas pendientes, y remitió al INCO la carta N°2505-CP, a través de la cual puso en conocimiento de la Gerente la problemática pendiente en el contrato de concesión 0849 de 1995, y solicitó la aplicación de mecanismos de solución directa para definir las controversias contractuales pendientes por resolver, y dentro de los temas tratados en esa comunicación, se incluyó <i>“...las deudas que hoy en día continúan vigentes por parte de esa entidad con este Concesionario, concernientes a laudos arbitrales y acuerdos conciliatorios, aspectos que si bien no suponen ni requieren la convocatoria de otras instancias para solucionar controversias, si requieren ser puestos en su conocimiento por las importantes implicaciones económicas que la demora en su pago conllevan para el INCO y el Estado en general, en especial por cuanto con la mora en el pago se vienen generando significativos intereses que son asumidos con presupuesto de la Nación, razón que ha llevado tanto al Concesionario como al Supervisor del INCO y a la Interventoría del proyecto, a recordar a las directivas y a las distintas áreas encargadas del tema en esa entidad, en diferentes escenarios y a través de diferentes comunicaciones, la importancia y la urgente necesidad de disponer de los recursos que permitan cancelar, a la mayor brevedad posible, las deudas que por este concepto se han seguido causando...”</i>, dentro de los cuales se relacionó <i>“...el tema</i></p> | <p>4.18. El 4 de noviembre de 2010, una vez nombrada y posesionada la Dra. María Inés Agudelo como Gerente General de la entidad, el Concesionario retomó los temas pendientes y remitió al INCO la carta N°2505-CP, a través de la cual puso en conocimiento de la Gerente designada la problemática por resolver dentro del contrato de concesión N° 0849 de 1.995, y solicitó la aplicación de los mecanismos de solución directa para definir las controversias contractuales pendientes de definición. Dentro de los temas tratados en esta comunicación, se hizo mención expresa a:</p> <p><i>“...las deudas que hoy en día continúan vigentes por parte de esa entidad con este Concesionario, concernientes a laudos arbitrales y acuerdos conciliatorios, aspectos que si bien no suponen ni requieren la convocatoria de otras instancias para solucionar controversias, si requieren ser puestos en su conocimiento por las importantes implicaciones económicas que la demora en su pago conllevan para el INCO y el Estado en general, en especial por cuanto con la mora en el pago se vienen generando significativos intereses que son asumidos con presupuesto de la Nación, razón que ha llevado tanto al Concesionario como al Supervisor del INCO y a la Interventoría del proyecto, a recordar a las directivas y a las distintas áreas encargadas del tema en esa entidad, en diferentes escenarios y a través de diferentes comunicaciones, la importancia y la urgente necesidad de disponer de los recursos que permitan</i></p> |

| | |
|---|--|
| <p>referente al laudo arbitral de puentes, cuya deuda, a Octubre de 2010, asciende a COL\$11.918.255.463,00...”.</p> | <p>cancelar, a la mayor brevedad posible, las deudas que por este concepto se han seguido causando...”. Relacionando en esta comunicación concretamente “...el tema referente al laudo arbitral de puentes, cuya deuda, a Octubre de 2010, asciende a COL\$11.918.255.463.00...”.</p> |
| <p>3.2.4. El 9 de febrero de 2011, tuvo lugar una reunión en las oficinas del nuevo Jefe de la Oficina Jurídica del INCO, Dr. Hernán Darío Santana Ferrín, donde se trataron temas en controversia, teniendo como principal propósito informarle sobre el estado de cada uno de ellos. Los resultados de dicha reunión fueron relatados en la carta N°0472-CP del 25 de febrero de 2011, remitida por el Concesionario al entonces Jefe de la Oficina Jurídica.</p> | <p>4.19. El 9 de febrero de 2011, tuvo lugar una reunión en las oficinas del nuevo Jefe de la Oficina Jurídica del INCO, donde se trataron de manera general los temas en controversia, teniendo como principal propósito enterarlo sobre el estado de cada uno de ellos. Los resultados de dicha reunión fueron descritos en la comunicación N°0472-CP del 25 de febrero de 2011, remitida por el Concesionario al Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad.</p> |
| <p>3.2.5. El 10 de marzo de 2011, el INCO a través de la carta con Rad Salida No.2011-300-002651-1, dio respuesta a la carta N°2505-CP, manifestando que “...esta Gerencia se permite informar que ha tomado atenta nota de los antecedentes de los temas descritos y comparte el criterio de dar la más pronta solución a cada uno de los temas dentro del espacio de discusión técnica y la ponderación razonable tanto para la Entidad como para ese Consorcio...”. En otro aparte de la carta dice que: “...en los temas de divergencia sobre los cuales se reportan documentalmente conceptos técnicos de interventorías y pronunciamientos jurídicos al interior de la Entidad se realizarán las actualizaciones de verificaciones jurídicas con el equipo de Asesores Legales de esta Administración, así como las validaciones técnicas con el grupo de Asesores Técnicos de esta Gerencia con el propósito de viabilizar la definición de estos temas...”. Advirtió además que “Paralelamente se ha dado traslado de la comunicación del asunto a la interventoría del contrato de concesión quien debe pronunciarse y sus conceptos serán un insumo más en la</p> | <p>4.20. El 10 de marzo de 2011, el INCO, a través de la carta con Rad Salida No. 2011-300-002651-1, dio respuesta al oficio N°2505-CP, informando que tomaba atenta nota de los antecedentes de los temas en controversia, y que realizaría las respectivas verificaciones a nivel interno (validaciones jurídicas, técnicas y financieras de las áreas competentes en el INCO) y externo (se plantea que se dio traslado de la carta N°2505-CP a la Interventoría, para su pronunciamiento).</p> |

| | |
|--|--|
| <p><i>búsqueda de solución de las divergencias relacionadas...". Finalmente, sobre el tema particular de acuerdos conciliatorios como el que nos ocupa, dice la carta en el último párrafo: "...con relación a la solicitud de reconocimiento de obras complementarias autorizadas y resultados conexos a acuerdos conciliatorios dentro de tribunales de arbitramento ya culminados, se informa que los ejercicios económicos han sido enviados a la Subgerencia de Estructuración y Adjudicación de la Entidad, a quien se le ha solicitado nuevamente pronunciamiento formal sobre esta materia".</i></p> | |
| <p>3.2.6. El 16 de marzo de 2011, el Concesionario dio respuesta al oficio del INCO, a través de la carta N°0580-CP, señalando que <i>"quedaba atento a los procedimientos que se adelanten en el INCO para revisar estas temáticas, proponiendo que se prevea una programación específica para las revisiones que se adelanten"</i>, que pueda ser objeto de seguimiento, y planteando que continuaría atento a la respuesta del jefe de la oficina jurídica a la carta N°0472-CP y a la programación de la cita que el Concesionario pidió con él, donde se conversaría sobre los avances relacionados con estos temas, destacando que <i>"En la cita mencionada, podrá definirse igualmente, de común acuerdo, el mecanismo de solución de controversias que aplicaríamos en los casos en los que no sea dable obtener consensos, así como los términos y condiciones en que ello ocurriría, lo anterior a partir de lo previsto sobre este asunto en la legislación vigente y en el contrato de concesión"</i>. Sumado esto al registro evidenciado de la revisión interna que adelantaba la entidad del cálculo del valor liquidado por el Concesionario para esta deuda, aspecto que no fue objeto de un pronunciamiento definitivo por la entidad, quien expresó inquietudes frente a la forma</p> | <p>4.21. El 16 de marzo de 2011, el Concesionario dio respuesta a la carta del INCO, a través del oficio N°0580-CP, señalando que quedaba atento a los procedimientos que se adelantarán en el INCO para revisar estas temáticas, proponiendo que se prevea una programación específica para las revisiones que se llevarán a cabo, que pueda ser objeto de seguimiento, y planteando que continuará atento a la respuesta del jefe de la oficina jurídica a la carta N°0472-CP, y a la programación de la cita que el Concesionario pidió con él, donde se conversaría sobre los avances relacionados con estos temas.</p> |

| | |
|--|---|
| <p>de liquidación.</p> <p>Es evidente que para marzo de 2011, las partes adelantaban, de modo pacífico y no controversial, el estudio de lo que la entidad contratante consideraba “problemática”, sin desconocer los compromisos económicos que tenía asumidos con el concesionario. Nada podía llevar al concesionario, para esa fecha, a pensar o decidir adelantar acciones judiciales contra la entidad, puesto que ésta, no desconocía su obligación, y estaba dispuesta a explorar las alternativas legales a su disposición para proceder al pago.</p> | |
| <p>3.2.7. Con la salida de la doctora María Inés Agudelo de la Gerencia General del INCO, y la posesión del doctor Luis Fernando Andrade Moreno en ese mismo cargo, se produjo una nueva interrupción en las conversaciones que hasta ese momento se trataba de reactivar, esto con el fin de resolver los temas pendientes.</p> | <p>4.22. Con la salida de la doctora María Inés Agudelo de la gerencia General del INCO, y la posesión del doctor Luis Fernando Andrade Moreno en este mismo cargo, se produjo una nueva interrupción en las conversaciones que, hasta ese momento y de manera incipiente, se habían reactivado.</p> |
| <p>3.2.8 Posesionado el doctor Andrade Moreno, los esfuerzos en la entidad se concentraron en el proceso de ajuste estructural interno, lo que concluyó con la expedición del Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011, mediante el cual se modificó la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones – INCO de Establecimiento Público a Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, cambiando el nombre a Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, adscrito al Ministerio de Transporte.</p> | <p>4.23. Al posesionarse el doctor Luis Fernando Andrade Moreno, los esfuerzos en la entidad se concentraron en avanzar en el proceso de ajuste estructural iniciado por esa administración, los cuales desembocaron con la expedición del Decreto N°4165 del 3 de noviembre de 2011, mediante el cual se modificó la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones – INCO, pasando de ser un Establecimiento Público a una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera, técnica, denominándose Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, adscrita al Ministerio de Transporte.</p> |
| <p>3.2.9. Este periodo se caracterizó por una gran incertidumbre Institucional, que implicó tanto la falta de interlocutor a nivel gerencial, como a nivel operativo, lo que se</p> | <p>4.25. Al anterior proceso de transformación institucional, que generó la incertidumbre ya relatada, se unió la terminación, en el año 2011, del contrato de Interventoría de la</p> |

| | |
|---|--|
| <p>resolvió con el nombramiento de un nuevo supervisor, la Ingeniera Olga Natalia Vargas. A ese proceso de transformación institucional, se unió la terminación, en el 2011, del contrato de Interventoría de la firma Consorcio Intersa-Ingeocim.</p> <p>3.2.10. Los cambios institucionales retrasaron la contratación de una nueva interventoría de largo plazo, de tal forma que se presentaron periodos sin Interventoría, o periodos de interventorías cortas, que cumplieron encargos por algunos meses, sin ninguna continuidad. Lo anterior hasta mediados del año 2012, cuando la ANI finalmente contrató una Interventoría por un mayor plazo, a saber, el Consorcio Infraestructura Vial, quien continúa ejerciendo como Interventor del proyecto.</p> | <p>firma Consorcio Intersa-Ingeocim. Teniendo en cuenta el cambio institucional en la entidad, se retrasó la contratación de una nueva interventoría de largo plazo, de tal forma que se presentaron periodos sin interventoría y periodos de interventorías cortas, que cumplieron encargos por algunos meses, sin continuidad alguna. Lo anterior hasta mediados del año 2012, cuando la entidad finalmente contrató una nueva interventoría por un mayor plazo, esto es, el Consorcio Infraestructura Vial, quien actualmente continúa ejerciendo su función como Interventor.</p> |
| <p>3.2.11. Consolidado lo anterior en materia Institucional, el Concesionario remitió una comunicación a la Presidencia de la ANI, poniendo de presente los temas a resolver en el contrato de concesión, esto a través del oficio N°1049-CP del 15 de junio de 2012. Dentro de los temas allí mencionados, en el punto 8, se incluyó aquél correspondiente a “...pago al Concesionario del Tribunal de Arbitramento denominado “puentes”, en el cual se relataron los antecedentes sobre el asunto, confirmando la disposición de la entidad para el pago de lo adeudado, y se comunicó el valor de la deuda generada hasta ese momento por dicho concepto.</p> | <p>4.26. Al evidenciar un mayor avance en la consolidación del proceso de transformación de la entidad y, por tanto, una mayor estabilidad a nivel institucional, el Concesionario remitió una nueva comunicación a la Presidencia de la ANI, relacionando los temas pendientes en el proyecto de concesión, lo cual se hizo mediante oficio N°1049-CP del 15 de junio de 2012. Dentro de los temas allí expuestos, en el punto octavo (8ª) (sic) se incluyó aquél correspondiente al “...pago al Concesionario del Tribunal de Arbitramento denominado “de puentes”, en el cual se relataron los antecedentes relativos a este tema, y se señaló el valor de la deuda generada hasta esa fecha por dicho concepto.</p> |
| <p>3.2.12. Casi un mes después, a través de la carta N°1183-CP del 9 de julio de 2012, mediante la cual se dio respuesta al oficio de la ANI con Rad Salida No. 2012-305-007950-1, el Concesionario radicó en la entidad la liquidación de las deudas pendientes de pago, retomando lo expuesto en el oficio N°1049-CP, e incluyendo, entre otros, el concepto alusivo a la “...Deuda</p> | <p>4.27. Posteriormente, a través del oficio N°1183-CP del 9 de julio de 2012, mediante la cual se dio respuesta a la carta de la ANI con Rad Salida No. 2012-305-007950-1, el Concesionario remitió a la entidad la liquidación de las deudas pendientes de pago, retomando lo expuesto en el oficio N°1049-CP e incluyendo, entre otros, el concepto alusivo a la “...Deuda Tribunal de</p> |

| | |
|---|---|
| <p><i>Tribunal de Arbitramiento (sic) "Puentes" – Acta 35 del 11 de Diciembre de 2007..."</i></p> | <p><i>Arbitramiento (sic) "Puentes" – Acta 35 del 11 de Diciembre de 2007..."</i></p> |
| <p>3.2.13. Esta liquidación de la deuda fue actualizada a través del diligenciamiento de los formatos requeridos por la entidad, con corte a 31 de diciembre de 2012. Efectivamente la ANI remitió inicialmente la carta con Rad Salida No. 2012-305-007950-1, del 27 de junio de 2012, a través de la cual solicitó al Concesionario el diligenciamiento del formato FM-52 "Liquidación deuda" para "...efectos de proveer información y estadísticas al interior de la Entidad...", aclarando que su recepción no significa por parte de la Entidad "...aceptación de los valores y conceptos...". Incluyendo en esta carta la relación de solicitudes de reconocimiento formuladas por el Concesionario, habiendo incluido la misma ANI el tema "Saldo tribunal puentes". Carta a la que se le dio respuesta a través de nuestro oficio 1183-CP del 9 de julio de 2012, mediante el cual se remitieron inicialmente estos formatos diligenciados, incluyendo, entre otros, el concepto de "Deuda Tribunal de Arbitramiento (sic) "Puentes" – Acta 35 del 11 de Diciembre de 2007"".</p> | <p>4.28. Esa liquidación fue posteriormente actualizada mediante el diligenciamiento de los formatos requeridos por la entidad, con corte a 31 de diciembre de 2012, habiendo sido remitidos anexos a la comunicación N°0039-CP del 21 de enero de 2013, en la cual se insistió "...en la urgente necesidad de conocer, con la mayor prontitud, "...la posición definitiva de la entidad sobre todos y cada uno de estos asuntos, de tal forma que sea posible, en los casos en que existan consensos, avanzar en los trámites que permitan dar lugar a las compensaciones aplicables, o, en los casos en que existan disensos, acudir a las instancias previstas para dar solución a estas divergencias, a través de la convocatoria de un Tribunal de Arbitramiento..." (sic), reiterando que "...los aspectos en controversia, en su mayoría, ya han sido ampliamente conceptuados, no sólo por diferentes firmas interventoras, sino incluso por parte del mismo Supervisor del proyecto dentro de la entidad, quedando pendiente, únicamente, el concepto definitivo a nivel institucional. Así, es deber del Concesionario llamar la atención sobre las implicaciones que tiene el dilatar aún más la toma de estas decisiones, generando un aumento considerable en los intereses que por efecto de las deudas existentes se continúan día a día causando, siendo relevante señalar que, de hecho, al día de hoy estos intereses ya son significativamente importantes, principalmente en razón a que no se han adoptado por parte de los cuadros directivos de la entidad decisiones definitivas y oportunas, aun cuando en la entidad se cuenta con todo el acervo documental y con los conceptos técnicos, financieros y aun jurídicos de varias firmas interventoras..."</p> |
| <p>3.2.14. En la comunicación con Rad Salida No.2012-305-009262-1, la ANI señala que</p> | |

el diligenciamiento de los formatos FM-52 está efectivamente relacionada con el análisis que adelanta la entidad para evaluar los temas pendientes en el contrato de concesión, siendo importante destacar la carta 1352-CP del 3 de agosto de 2012, donde se respondió la mentada carta de la ANI. Allí se hace igualmente referencia a una reunión celebrada el día anterior sobre estos temas con el Gerente Financiero de la entidad y su grupo de trabajo, se dejó registro de la inclusión de estas temáticas dentro del alcance de la nueva firma interventora, reiterando que *"...al existir compromiso de la Agencia sobre la evaluación y determinación de las cifras reportadas, coincidimos con la entidad en la pertinencia del reporte periódico al que se alude, concluyendo que este servirá de base, ya no para el reporte de información aislada y sin conexión alguna con la realidad del proyecto, sino para, como se señala en la comunicación de la referencia, contar con "información económica periódica" que sea útil para todos los efectos de seguimiento y control contractual, incluyendo la determinación de las provisiones presupuestales respectivas que deben eventualmente ser requeridas por la entidad.*

3.2.15. Según fue informado al Concesionario, mediante oficio con Rad salida No.2012-305-009262-1, la ANI consideró pertinente en este punto solicitar el concepto de la nueva firma interventora, el Consorcio Infraestructura Vial, sobre los temas pendientes por definición. En desarrollo de lo anterior, la Interventoría inició la evaluación de los temas en comento, remitiendo las retroalimentaciones respectivas directamente a la entidad. Al mismo tiempo, los nuevos funcionarios a cargo dentro de la entidad iniciaron una nueva evaluación de los asuntos en

4.29. Según se informó al Concesionario por esa época, la ANI consideró pertinente solicitar el concepto de la nueva interventora, el Consorcio Infraestructura Vial, sobre los temas pendientes por definición. En desarrollo de lo anterior, la Interventoría inició la evaluación de los temas en comento, remitiendo las retroalimentaciones respectivas directamente a la entidad. Al mismo tiempo, los nuevos funcionarios responsables de estos asuntos, iniciaron una nueva evaluación de los temas pendientes por resolver, en concreto el que ahora es objeto de controversia.

| | |
|---|--|
| <p>controversia y de aquellos en los que, como el que corresponde al presente caso, sin existir controversia y mediando el reconocimiento de la entidad, se exploraban fórmulas para su cabal cumplimiento, tales como el establecimiento cierto de la cuantía debida –que no de la obligación– y el modo y plazo en los que habría de realizarse el pago.</p> | |
| <p>3.2.16. El Concesionario, a través de oficio N°0336-CP del 5 de marzo de 2013 remitido a la ANI, y a propósito de la comunicación con Rad Salida No. 2013-308-002364-1 del 19 de febrero de 2013, que recibió de dicha entidad, se refirió a las deudas y compensaciones pendientes de pago, señalando <i>“...la mesa de trabajo llevada a cabo el pasado 22 de febrero del año en curso, donde, a partir de lo expresado en la comunicación de la referencia, suscrita por el Gerente del Grupo Financiero VGC de la entidad, se abocaron, en conjunto con los funcionarios delegados por parte de la Agencia, diferentes aspectos asociados a la relación y liquidación de las deudas objeto de análisis...”</i>, haciendo énfasis en <i>“...el interés expresado por la nueva administración de la entidad por dar una pronta solución a estos tópicos, a partir de lo señalado en la comunicación con Rad Salida No. 2012-305-014429-1, suscrita por el Vicepresidente de Gestión Contractual y por el Gerente de Proyectos Carretero...”</i> y reiterando, entre otros, la urgente necesidad de conocer, con la mayor prontitud, <i>“...la posición definitiva de la entidad sobre todos y cada uno de estos asuntos, de tal forma que sea posible, en los casos en que existan consensos, avanzar en los trámites que permitan dar lugar a las compensaciones aplicables, o, en los casos en que existan disensos, acudir a las instancias previstas para dar solución a estas divergencias, a</i></p> | <p>4.30. El Concesionario, a través de la comunicación N°0336-CP del 5 de marzo de 2013, remitida a la ANI, y a propósito de la comunicación con Rad Salida No. 2013-308-002364-1, que recibió de parte de la entidad, se refirió a las deudas y compensaciones pendientes de pago, señalando:</p> <p><i>“...la mesa de trabajo llevada a cabo el pasado 22 de febrero del año en curso, donde, a partir de lo expresado en la comunicación de la referencia, suscrita por el Gerente del Grupo Financiero VGC de la entidad, se abocaron, en conjunto con los funcionarios delegados por parte de la Agencia, diferentes aspectos asociados a la relación y liquidación de las deudas objeto de análisis...”</i>, haciendo énfasis en <i>“...el interés expresado por la nueva administración de la entidad por dar una pronta solución a estos tópicos, a partir de lo señalado en la comunicación con Rad Salida No. 2012-305-014429-1, suscrita por el Vicepresidente de Gestión Contractual y por el Gerente de Proyectos Carretero...”</i> y reiterando, entre otros, la urgente necesidad de conocer, con la mayor prontitud, <i>“...la posición definitiva de la entidad sobre todos y cada uno de estos asuntos, de tal forma que sea posible, en los casos en que existan consensos, avanzar en los trámites que permitan dar lugar a las</i></p> |

través de la convocatoria de un Tribunal de Arbitramiento” (sic).

3.2.17. Como consta en la carta 336-CP, en la reunión del 22 de febrero de 2013, se explicaron las deudas y su liquidación, y la ANI y la Interventoría continuaron con su proceso de revisión respectivo. En la carta 1242-CP del 29 de julio de 2013 se remitió una nueva liquidación de otra deuda, aquella relativa a la financiación órdenes de pago complementarias, habiéndose reiterado al final de esta carta que: “..., se considera conveniente reiterar lo expuesto, entre otros, en la carta N°0336-CP del 5 de marzo de 2013, con relación a la importancia de conocer, con la mayor prontitud, “...la posición definitiva de la entidad sobre todos y cada uno de estos asuntos, de tal forma que sea posible, en los casos en que existan consensos, avanzar en los trámites que permitan dar lugar a las compensaciones aplicables, o, en los casos en que existan disensos, acudir a las instancias previstas para dar solución a estas divergencias, a través de la convocatoria de un Tribunal de Arbitramiento (sic)”. Se insistió, por parte del Concesionario, que “...los aspectos en controversia, en su mayoría, ya han sido ampliamente conceptuados, no sólo por diferentes firmas interventoras, sino incluso por parte del mismo Supervisor del proyecto dentro de la entidad, quedando pendiente, únicamente, el concepto definitivo a nivel institucional. Así, es deber del Concesionario llamar la atención sobre las implicaciones que tiene el dilatar aún más la toma de estas decisiones, generando significativos intereses que son asumidos con presupuesto de la Nación, razón que ha llevado tanto al Concesionario como al Supervisor del INCO y a la Interventoría del proyecto, a recordar a las directivas y a las distintas áreas encargadas del tema en esa entidad, en diferentes escenarios y a través de diferentes comunicaciones, la

compensaciones aplicables, o, en los casos en que existan disensos, acudir a las instancias previstas para dar solución a estas divergencias, a través de la convocatoria de un Tribunal de Arbitramiento” (sic).

| | |
|---|---|
| <p><i>importancia y la urgente necesidad de disponer de los recursos que permitan cancelar, a la mayor brevedad posible, las deudas que por este concepto se han seguido causando...”, dentro de los cuales se relacionó “...el tema referente al laudo arbitral de puentes, cuya deuda, a Octubre de 2010, asciende a COL\$11.918.255.463,00...”.</i></p> | |
| <p>3.3.1. De otra parte, dentro de los procesos licitatorios denominados “<i>proyectos de cuarta generación</i>”, la ANI inició la estructuración del corredor vial Neiva-Girardot en doble calzada. Esta situación conllevó a que la entidad tuviera que revisar el contrato de concesión N° 0849 de 1995, incluyendo por supuesto los temas pendientes, desde las reclamaciones del Concesionario hasta la revisión de la ingeniería financiera, todo lo cual derivaría en la determinación de la fecha de reversión definitiva del contrato de concesión, elemento indispensable para poder concluir y sacar a licitación, el proceso de estructuración emprendido para la concesión en doble calzada del corredor Neiva – Girardot, bajo la figura de concesión de “<i>cuarta generación</i>”.</p> | <p>4.31. Dentro de los denominados “<i>proyectos de cuarta generación (4G) de concesiones</i>”, la ANI inició la estructuración de un proyecto que incluyó al corredor Neiva-Girardot, el que se sobrepone al del contrato de concesión N° 0849 de 1.995. Esta situación conllevó a que la entidad asumiera con interés el hecho de revisar y definir los temas pendientes del contrato de concesión, los cuales van desde la definición de las reclamaciones del Concesionario hasta la revisión de la ingeniería financiera, que daría lugar a la determinación de la fecha de reversión definitiva del contrato de concesión, elemento indispensable para poder retroalimentar el proceso de estructuración emprendido.</p> |
| <p>3.3.2. Ante esta nueva realidad contractual, el 20 de septiembre de 2013 la ANI y el Concesionario suscribieron un documento mediante el cual se definieron las “<i>Bases de Conversaciones</i>” que permitirían llegar a eventuales acuerdos, determinando para el efecto instalar “<i>Mesas de Trabajo</i>”, que al igual que las realizadas en febrero 22 de 2013, donde se abrió el espacio para la revisión interna de los temas que en últimas hicieron la ANI y la Interventoría, analizando las principales controversias contractuales existentes, donde se planteó tratar las pretensiones de reconocimientos económicos del</p> | <p>4.32. Como resultado del interés de la ANI y de la Interventoría por revisar los temas aplazados dentro de la concesión Neiva Espinal Girardot, el 20 de septiembre de 2013, la ANI y el Concesionario suscribieron un documento denominado “<i>Bases de Conversaciones</i>” que permitiría</p> |

| | |
|---|--|
| <p>Concesionario, concretamente el referente al Tribunal de Arbitramiento (sic) “Puentes”, soportado en el Acta 35 del 11 de Diciembre de 2007.</p> <p>3.1.18. El 20 de septiembre de 2013, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI y el concesionario (CSS Constructores S.A.) suscribieron el documento denominado “Bases de Conversaciones” con el fin de revisar las controversias vigentes entre LAS PARTES del Contrato de Concesión 0849 de 1995, entre ellas, la determinación del saldo pendiente de pago por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, al concesionario por concepto del capital faltante y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad contratante, derivadas del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007.</p> | <p>llegar a unos eventuales acuerdos, estableciendo para el efecto iniciar unas Mesas de Trabajo con el fin de analizar las principales controversias contractuales existentes, planteando tratar los temas allí enunciados, incluyendo, dentro de las pretensiones de reconocimientos económicos del Concesionario, el tema referente al “Tribunal de Arbitramiento (sic) “Puentes” – Acta 35 del 11 de Diciembre de 2007”.</p> |
| <p>3.3.10. Paralelo al desarrollo de las mesas de trabajo para avanzar en el análisis de los temas en controversia acordadas en el documento “Base de Conversaciones”, y muestra de la voluntad de ambas partes por resolver sus diferencias que venían de años atrás dentro del marco del contrato de concesión No. 0849 de 1.995, sus adicionales y modificatorios, se adelantaron las gestiones necesarias para la cesión del contrato de concesión, del Consorcio Luis Héctor Solarte Solarte y Carlos Alberto Solarte Solarte, a la sociedad CSS Constructores S.A., gestión que culminó con la suscripción del documento denominado “Cesión de contrato de concesión número 0849 del 19 de julio de 1995”, de fecha 29 de enero de 2014.</p> | <p>4.33. Al tiempo que se desarrollaban las mesas de trabajo para avanzar en el análisis de los temas en controversia, se adelantaron igualmente las gestiones referentes a la cesión del contrato de concesión, esto es, del Consorcio Luis Héctor Solarte Solarte y Carlos Alberto Solarte Solarte, a la sociedad CSS Constructores S.A., gestión que desembocó en la suscripción del documento denominado “Cesión de contrato de concesión número 0849 del 19 de julio de 1995”, del 29 de enero de 2014.</p> |
| <p>3.1.19. Como resultado de las mesas de trabajo instauradas en cumplimiento del documento denominado “Bases de Conversaciones”, LAS PARTES del contrato de Concesión No. 0849 de 1995,</p> | <p>4.34. Como resultado de las mesas de trabajo aludidas, la ANI y el Concesionario suscribieron el “Otrosí del 30 de enero de 2014 al contrato de concesión No. 0849 de 1995 celebrado</p> |

| | |
|---|---|
| <p>suscribieron el Otrosí del 30 de enero de 2014, y novaron la obligación discutida: Acordaron las partes en dicho documento someter a decisión de un tribunal de arbitramento las controversias vigentes, entre ellas, la determinación del saldo pendiente de pago por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, al concesionario por concepto del capital faltante y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad contratante, derivadas del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007 (Resalta el Tribunal).</p> | <p><i>entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la sociedad “CSS Constructores S.A.”, a través del cual, entre otros, convinieron actualizar el modelo financiero, en los términos allí pactados, y acordaron un cruce de saldos y pago, plazo de obras en ejecución, entre otros aspectos que involucraron los conceptos relacionados en el mencionado documento.</i></p> |
| <p>3.1.20. En cumplimiento de la obligación asumida por el Concesionario, en virtud de la novación realizada en el Otrosí del 30 de enero de 2014, el Concesionario (CSS Constructores S.A.), el 4 de septiembre de 2014, presentó demanda arbitral solicitando el reconocimiento y pago del saldo adeudado por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA del acuerdo conciliatorio del 28 de noviembre de 2007. (La negrilla es del Tribunal)</p> | |
| <p>3.1.21. En desarrollo del trámite arbitral referido en el numeral 3.1.20 anterior, el 22 de mayo de 2015, se suscribió entre LAS PARTES del Contrato de Concesión 0849 de 1995, un acuerdo de conciliación, mediante el cual la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, reconoce expresamente como saldo adeudado al Concesionario (CSS Constructores S.A.), por concepto de saldo del capital e intereses de mora liquidados a 30 de abril de 2015 la suma de VEINTE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$20.966.979.377), a título de conciliación, para definir la controversia que habían sometido al conocimiento de un Tribunal de</p> | |

| | |
|--|--|
| Arbitramento en cumplimiento de lo pactado en el Otrosí del 30 de enero de 2014. | |
| 3.1.22. La metodología de cálculo inicial difiere significativamente de la adoptada por las partes en el acuerdo conciliatorio del 22 de mayo de 2014, donde se tuvo en lo previsto en la ley 80 de 1.993 para establecer dicho cálculo, lo cual es importante destacar, habida consideración de que ese fue el descuento, la rebaja hecha por el concesionario para lograr el acuerdo conciliatorio, lo que supuso un ahorro para la entidad demandada, a esa fecha, de más de cinco mil millones de pesos (\$5.000'000.000). | |
| 3.1.23. Al actualizar a la fecha de liquidación señalada, a saber 31 de marzo de 2016, el cálculo, a través de la aplicación de esta metodología, se determina que el valor final asciende, con esa fecha de corte, a la suma de VEINTIDÓS MIL NOVECIENTOS SIETE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$22.907.962.842), petición subsidiaria incluida en esta demanda. | |
| 3.1.24. Cabe destacar que en la conciliación de mayo 22 de 2014, no se cuestionó la existencia de un saldo de capital, tanto que el ejercicio financiero conjuntamente hecho por las partes así lo consideró, sino que simplemente se acordó una metodología para el cálculo de intereses del IPC+12%, que es la prevista en la ley 80 de 1.993, según lo señalado en el mencionado acuerdo conciliatorio. | |
| 3.1.25. El valor total adeudado por la ANI, liquidado a marzo de 2016, se determina a través de la aplicación de la metodología explicada en el Juramento Estimatorio, basado en el reconocimiento de la TIR mínima contractual, y asciende a la suma de TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS | |

| | |
|--|--|
| <p>OCHENTA Y ÚN MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$34.583.981.684), según el acuerdo conciliatorio suscrito por las partes en desarrollo de lo pactado en el Otrosí del 30 de enero de 2014.</p> | |
| <p>3.3.3. El interés de las partes con el acuerdo “<i>BASES DE CONVERSACIONES</i>”, suscrito el 20 de septiembre de 2013, entre los representantes legales de ANI y Concesionario, no fue otro que “...<i>garantizar la prestación del servicio público de transporte a través de la provisión de infraestructura pública, proteger los recursos públicos, mantener el equilibrio de la ecuación económica del contrato, atender y definir los aspectos pendientes que permitan avanzar en el desarrollo del proyecto, dar claridad y visibilidad financiera al contrato de concesión y facilitar la ejecución del programa de cuarta generación de concesiones</i>”.</p> | |
| <p>3.3.4. Pero no sólo el mencionado documento es suficiente para enmarcar la reclamación del Concesionario, sino, con mayor razón y argumentación, el contenido del mismo que de su lectura refleja que tanto Concesionario como ANI decidieron que “... <i>analizarán las principales controversias contractuales existentes, entre ellas, las que se señalan a continuación, a fin de intentar lograr llegar a un acuerdo total o parcial...</i>”.</p> | |
| <p>3.3.5. Claramente, en el subnumeral 1.1.3., del numeral 1.1. “<i>Mesa financiera – Jurídica</i>”, del referido documento, tanto Concedente como Concesionario pactaron, entre otros trece (13) temas, “<i>revisar conjuntamente las <u>deudas</u> relacionadas con los siguientes conceptos:...</i>”, encontrándose en el séptimo punto, la obligación relativa al “<i>Tribunal de Arbitramento “Puentes” - Acta 35 del 11 de diciembre de 2007</i>”.</p> | |
| <p>3.3.6. Si bien se fijó “<i>(1) mes de plazo</i>” desde la firma del documento “<i>Base de</i></p> | |

| | |
|---|--|
| <p>Conversaciones”, para lograr un acuerdo, sólo hasta el 30 de enero de 2014, luego de cuatro (4) meses de intensas y múltiples sesiones de trabajo, de un sinnúmero de cálculos y revisiones a la ingeniería financiera del contrato, con la participación de todas las dependencias de la ANI, la firma Interventora y el Concesionario, el 30 de enero de 2014, las partes firmaron un Otrosí al contrato de concesión.</p> | |
| <p>3.3.7. En dicho Otrosí se convino, entre otras cosas, actualizar el modelo financiero, hacer un cruce de saldos y realizar algunos pagos, no incluyendo lo referente al pago del saldo adeudado por concepto del acuerdo conciliatorio aprobado por el Tribunal de Arbitramiento (sic) “Puentes”, dado que las partes determinaron que eso sería resuelto de conformidad con lo pactado en la cláusula décima, que dice:</p> <p>“CLÁUSULA DÉCIMA.- CONTROVERSIAS PENDIENTES: <i>Las partes declaran que el presente Otrosí no modifica ni finiquita las controversias que existen entre la Agencia Nacional de Infraestructura y el Concesionario, en relación con el término o Plazo de la Concesión, respecto de lo cual la ANI considera que el mismo se encuentra determinado por el término que se requiera para la amortización de las inversiones efectuadas y la obtención de la TIR pactada; tampoco se entienden renunciadas ni transadas las controversias que existen en relación con los demás conceptos que han sido objeto de solicitud de reconocimiento por el Concesionario y que no han sido</i></p> | |

aceptados por la ANI, entre otros, lo relativo al stand by de los recursos del Concesionario, ni los sobrecostos asociados a la mayor permanencia en obra, mayores costos de los insumos e ineficiencias en el desarrollo constructivo, los cuales serán resueltos a través de los mecanismos de solución de controversias pactados contractualmente. Lo anterior sin perjuicio de las compensaciones relacionadas con las pretensiones económicas que no han sido acordadas en este documento y que serán reclamadas a través del mecanismo de solución de controversias previsto en el parágrafo de la cláusula trigésima novena del contrato de concesión.

"Por lo tanto, las partes procurarán, sin perjuicio de los términos previstos en la ley, activar el mecanismo de solución de controversias, Tribunal de Arbitramento, antes del 30 de marzo de 2014, y estarse a lo resuelto en el mismo. (...)” Resalto y negrilla fuera de texto.

De esta manera, **LAS PARTES, de común acuerdo novaron** la obligación de pago a cargo de la ANI del saldo del crédito surgido a favor del concesionario en el Acuerdo Conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, aprobado por el Tribunal de Arbitramento que entonces conocía de la controversia en diciembre de 2007, por el sometimiento de su cuantía a la definición de un Tribunal de Arbitramento, en los términos y con las consecuencias jurídicas

| | |
|---|--|
| dispuestas en los artículos 1687 y 1689 del Código Civil. (La última subraya es del Tribunal) | |
| <p>3.3.8. Para efectos de ACTIVAR este procedimiento de solución de controversias, se decidió por las partes, modificar la cláusula trigésima novena del contrato de concesión 0849 de 1.995, en los siguientes términos, adoptando la redacción de los contratos de cuarta generación de concesiones:</p> <p>"CLAUSULA DECIMO PRIMERA. MODIFICACIÓN DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA. Se acuerda modificar la cláusula 64 (sic) SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, del contrato de concesión, la cual quedará así:</p> <p>"CLÁUSULA TRIGESIMA NOVENA.- MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: (a) <i>Cualquier divergencia que surja entre las Partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este Contrato, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento Nacional de conformidad con la ley 1563 de 2012 y las reglas que a continuación se establecen. (b) El arbitraje se desarrollará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá o en el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición del Sector Infraestructura y Transporte según el Centro de Arbitraje que haya escogido el Concesionario al momento de</i></p> | |

presentar su Oferta. (c) 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 reconocida experiencia acreditada en concesiones de infraestructura. En caso de no llegarse a un acuerdo el Centro de Arbitraje, designará los árbitros por sorteo. (d) Los árbitros decidirán en derecho. (e) Los honorarios de los árbitros se limitarán según el valor de las pretensiones y en todo caso no superarán un máximo de TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS COLOMBIANOS (\$300.000.000) del mes de referencia, por cada árbitro, valor que se actualizará año por año por IPC. Las Partes, podrán de común acuerdo aumentar el valor de los honorarios de los árbitros a sugerencia del Tribunal o del Centro, teniendo en cuenta la magnitud, complejidad u otras circunstancias del caso, tales como la existencia o no de una demanda de reconvención. (f) Los árbitros designados harán una declaración de independencia e imparcialidad respecto de las Partes al momento de aceptar la designación. (h) El término del proceso arbitral así como las suspensiones del proceso se regirán por lo establecido en los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012 o las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan. (i) Las Partes acuerdan que en el evento en que se convoque el Tribunal de

| | |
|---|--|
| <p><i>Arbitramento, los efectos de la cláusula compromisoria serán extensivos a aquellas empresas, sociedades o personales (sic) naturales que hayan presentado conjuntamente la Oferta, en la medida que, dichos sujetos prestaron su consentimiento por referencia al momento de la presentación de la Oferta”.</i></p> | |
| <p>3.3.9. No habiéndose logrado un acuerdo concreto respecto del séptimo punto del numeral 1.1.3 del documento “Base de Conversaciones”, esto es, lo adeudado en virtud del “Tribunal de Arbitramento “Puentes” - Acta 35 del 11 de diciembre de 2007”, se acordó, en la cláusula décima del Otrosí del 30 de enero de 2014, “...activar el mecanismo de solución de controversias, Tribunal de Arbitramento, antes del 30 de marzo de 2014, y estarse a lo resuelto por el mismo”, todo de conformidad con las cláusulas décima, décima primera y el párrafo tercero de la cláusula segunda del Otrosí del 30 de enero de 2014, donde se estableció que “Es entendido por las partes que la presente compensación no incluye conceptos distintos a los aquí expresados y, por lo mismo, las partes podrán válidamente reclamar en sede administrativa o judicial el reconocimiento y pago de otros valores derivados de hechos y conceptos que no quedan comprendidos en los acuerdos consignados en el presente otrosí”.</p> | |
| <p>3.3.11. En cumplimiento de lo acordado con la ANI en el Otrosí del 30 de enero de 2014, el concesionario radicó cuatro demandas arbitrales el siete (7) de octubre y el diez (10) de diciembre de 2014, una de ellas con el objeto de obtener el pago del saldo adeudado por concepto de los intereses causados por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad contratante, derivadas del acuerdo</p> | |

| | |
|--|--|
| <p>conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007.</p> <p>Es de tener en cuenta en este punto que la controversia de las partes NO GIRA EN TORNO A LA DEUDA MISMA, sino en relación con el quantum o cantidad debida por concepto del saldo insoluto, y al modo como la misma debía ser cancelada. Se definió por ellas la liquidación del monto en controversia a la decisión de un Tribunal de arbitramento.</p> | |
| <p>3.3.12. Interpuesto el Tribunal de Arbitramiento (sic) con el propósito de obtener el pago de la obligación adeudada, la que para ese momento ascendía a la suma de VEINTICINCO MIL OCHOCIENTOS UN MILLONES NOVECIENTOS VEINTISIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$25.801.927.979), tanto ANI como Concesionario se sentaron nuevamente a dialogar sobre la manera de lograr un acuerdo sobre esas controversias.</p> | |
| <p>3.3.13. Como resultado de este nuevo proceso, las Partes suscribieron el Acuerdo Conciliatorio sobre las controversias suscitadas en el marco del contrato de concesión No. 0849 de 1995 con fecha 22 de mayo de 2015. Incluyendo un acuerdo relativo al reconocimiento del saldo adeudado por concepto de la controversia que es materia de esta demanda arbitral, la cual se ajustó a \$20.966.979.377, liquidado a 30 de abril de 2015.</p> | |
| <p>3.3.14. Como se puede apreciar de la lectura de los “Considerandos” del acuerdo conciliatorio firmado el 22 de mayo de 2014, numeral 9, “<i>Las Partes, en aras de llegar a un acuerdo por las controversias que se presentaron en las cuatro (4) demandas arbitrales, así como la demanda de Reconvención planteada por la ANI, se reunieron y adelantaron mesas de trabajo que se realizaron los días</i></p> | |

| | |
|--|--|
| <p>17, 24, 27 y 31 de marzo de 2015, según consta en las actas que hacen parte de este documento”.</p> | |
| <p>3.3.15. En dichas actas se hace constar los debates sostenidos por las Partes para lograr los acuerdos a que se llegaron y en los que activamente, y ante el llamado de la propia entidad, participó el Concesionario haciendo valer los derechos que le correspondían sobre las obligaciones adeudadas en el marco del contrato de Concesión No. 0849 de 1.995.</p> | |
| <p>3.3.16. Expresamente, en el numeral 11 de los Considerandos del acuerdo conciliatorio, se dijo “<i>Después de este trabajo conjunto, las Partes han llegado a un ACUERDO CONCILIATORIO respecto de tres (3) de los cuatros (sic) (4) Tribunales de Arbitramento instaurados por CSS CONSTRUCTORES S.A. en contra de la ANI.</i>”</p> | |
| <p>3.3.17. Es así cómo, la entidad decidió libremente, exenta de toda coacción, honrando la buena fe negocial, en virtud de las obligaciones que tenía con el concesionario por la ejecución del contrato, <u>sustituir la obligación original por la de someter a la definición de un Tribunal de Arbitramento el monto adeudado por concepto del saldo insoluto</u>, voluntad que ratificó con su compromiso de pagar un nuevo valor, CONCILIANDO aquellos aspectos que eran objeto de controversia no sólo por cuenta de los Tribunales que se encontraban en curso, sino por el hecho cierto de que dichos acuerdos derivaron de la obligación originaria que se tenía con el Concesionario, en un todo de acuerdo con los documentos “<i>Base de Conversaciones</i>”, el Otrosí del 30 de enero de 2014, las conversaciones con posterioridad a ello durante el mes de marzo de 2015, y por supuesto, el contrato de concesión. (Se subraya fuera de texto)</p> | |

3.3.18. Resulta evidente que desde septiembre de 2013 –lo que confirmaba en este momento del contrato- la Entidad decidió novar el pago de la obligación que tenía pendiente con el contratista concesionario, sustituyendo una obligación nueva (el sometimiento a un panel arbitral de la definición del monto del saldo insoluto, ratificado con el acuerdo conciliatorio del 22 de mayo de 2015) por otra anterior, siendo esta última el saldo del monto acordado en el acuerdo conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, aprobado por el Tribunal de Arbitramento mediante auto del 11 de diciembre de 2007. (Resalta el Tribunal)

3.3.19. Sin duda, tan fue novada esta obligación, por virtud del acuerdo de voluntades surtido entre los mismos sujetos, acreedor y deudor, de la obligación primitiva de conformidad con el artículo 1689 del Código Civil, que el Concesionario aceptó –en el marco de la conciliación que se adelantaba en el Tribunal de Arbitramento convocado al efecto y en cumplimiento de la novación operada en el Otrosí del 30 de enero de 2014- reducir el monto debido, en más de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000,00), pasando de \$25.801.927.979 a \$20.966.979.377, sin considerar las fechas de liquidación, todo en aras de lograr un acuerdo definitivo con la ANI, entidad que aceptó expresamente ese convenio mediante la firma del acuerdo conciliatorio que si bien se sometía a consideración del Tribunal que en ese momento estaba conociendo del asunto, tal como la ley procesal lo ordena, lo cierto es que contenía la voluntad expresa de las partes de renegociar y modificar en todos sus términos, una obligación efectivamente debida, cuya existencia **NUNCA FUE OBJETO DE CONTROVERSIA**, y de definir por la vía conciliatoria **EL MONTO DE LA MISMA**, que por tanto tiempo las

| | |
|---|--|
| <p>tuvo enfrentadas. (Las subrayas son del Tribunal)</p> | |
| <p>3.3.20. En ese sentido, la ANI decidió, acogiendo la normatividad transcrita en los considerandos 14 a 19 del acuerdo conciliatorio de 22 de mayo de 2015, así como con fundamento en los conceptos de la Interventoría y de las distintas dependencias de esa entidad, entre ellos la aprobación del comité competente, CONCILIAR el valor a reconocer al Concesionario, así:</p> <p><i>“PRIMERO: En el Tribunal Arbitral que tiene por objeto resolver la reclamación por concepto del “Saldo Tribunal de Puentes”, el cual, para dirimirlo, se integró por los doctores LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN, MANUEL URUETA AYOLA y JESÚS MARÍA CARRILLO, <u>las partes acuerdan que</u> respecto del valor del capital reclamado por CSS CONSTRUCTORES S.A., se le reconocerá una tasa de interés del IPC + 12%, de tal forma que el valor a pagar liquidado a 30 de abril de 2015 asciende a la suma de VEINTE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$20.966.979.377), los cuales la ANI pagará al Concesionario con TES. La ANI efectuará el pago señalado dentro de los diez (10) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de la providencia que apruebe la conciliación, durante los cuales se generan intereses a la tasa del DTF (artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) sólo a partir del momento en que el Concesionario acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para efectuar el pago, los cuales están contenidos en la Circular 7 del 23 de diciembre de 1997 y sus modificaciones. Vencido este plazo sin que</i></p> | |

| | |
|--|--|
| <p><i>se efectuó el pago, se aplicará lo previsto en el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.</i></p> | |
| <p>3.3.21. Así mismo, en el numeral séptimo del Acuerdo Conciliatorio en cita, decidieron las partes poner fin a esa diferencia que estaban renegociando, en los siguientes términos:</p> <p>“SEPTIMO: DESISTIMIENTOS Y CONCILIACIÓN: <i>Las Partes presentarán este acuerdo por el cual se solucionan las controversias planteadas en tres (3) de los cuatro (4) Tribunales identificados anteriormente, para la correspondiente aprobación de los árbitros que los integran, inmediatamente después de su suscripción, mediante la vía procesal idónea y una vez haya surtido los trámites internos que correspondan a cada una de las partes.</i></p> <p><i>Surtido el trámite señalado, las Partes renuncian expresa, incondicional e irrevocablemente a cualquier derecho a que hubiere lugar con respecto a cualquiera de las pretensiones, las reclamaciones o los argumentos jurídicos presentados por ellas en los tres (3) Tribunales de Arbitramento, y se liberan mutuamente de cualquier responsabilidad, y absuelven definitivamente a la otra Parte.</i></p> <p><i>Asimismo, surtido el trámite señalado, las Partes se obligan a no presentar demanda, petición o reclamación alguna por los mismos hechos y/o circunstancias que motivaron las demandas</i></p> | |

| | |
|---|--|
| <p><i>arbitrales presentadas, ya sea ante el Tribunal Arbitral o ante otro tribunal de este tipo, o ante cualquier otra autoridad jurisdiccional”.</i></p> | |
| <p>3.3.22. En efecto, ese acuerdo fue puesto en consideración del Tribunal integrado para el efecto por los señores LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN, MANUEL URUETA AYOLA y JESÚS MARÍA CARRILLO, quienes mediante Acta 10 y Auto 13 del 30 de septiembre de 2015, decidieron i) “Improbar el acuerdo conciliatorio sometido a su control de legalidad”, y ii) “Declarar terminado el trámite arbitral por carecer de competencia”. Interpuesto el recurso el Tribunal confirmó su decisión.</p> | |
| <p>3.3.23. Desconoció el Tribunal el acuerdo conciliatorio logrado entre la entidad y el concesionario el 22 de mayo de 2015, así como todo aquello que se ha relatado en los hechos precedentes, y que se concretaron en el Otrosí del 30 de enero de 2014, las conversaciones posteriores a él, para concluir en la improbación de la conciliación <u>ante la innegable renegociación</u> de lo adeudado por la ANI al Concesionario del contrato 0849 de 1.995, y los esfuerzos y actuaciones que en el desarrollo del contrato realizaron las partes a fin de concertar el monto debido y el modo como debía reconocerse y pagarse. (Destaca el Tribunal)</p> | |
| <p>3.3.24. El 4 de septiembre de 2014, en cumplimiento de lo previsto en el otrosí del 30 de enero de 2014, CSS S.A. radicó una convocatoria arbitral encaminada al reconocimiento y pago de los costos de financiación de las ordenes (sic) de pago autorizadas dentro del alcance complementario, por concepto de las actividades y obras complementarias ejecutadas por el Concesionario.</p> | |

Las pretensiones de la convocatoria arbitral, solicitando el reconocimiento y pago de los costos de financiación por ordenes (sic) de pago, se formularon así:

"Como pretensiones principales declarativas en el presente trámite, solicito al Tribunal:

"PRIMERA.- Declarar que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, en virtud de la subrogación del Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, sus adicionales y modificatorios, y de la cesión a título gratuito que le hiciera el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, asumió integralmente la posición contractual de entidad contratante en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995.

SEGUNDA.- Declarar que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, en su condición de entidad contratante en el contrato de concesión No. 0849 de 1995, es la única titular de los derechos y obligaciones derivados de tal condición en el contrato de concesión No. 0849 de 1995.

TERCERA.- Declarar que el Tribunal de Arbitramento instaurado por el contratista concesionario del Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, mediante convocatoria arbitral del 22 de mayo de 2003 para dirimir las controversias surgidas entre las partes con ocasión de la ejecución del Contrato, finalizó con el Acuerdo Conciliatorio celebrado por las partes el 3 de mayo de 2005 y aprobado por el Tribunal mediante Auto del 26 de mayo de 2005 (Acta No. 32 del trámite arbitral).

CUARTA.- *Que como consecuencia de la anterior declaración, se declare que el Acuerdo Conciliatorio del 3 de mayo de 2005, aprobado por el Tribunal de Arbitramento mediante Auto del 26 de mayo de 2005 (Acta N° 32 del trámite arbitral), hizo tránsito a cosa juzgada.*

QUINTA.- *Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, en su condición de entidad contratante en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, incumplió las obligaciones a su cargo en tal condición, surgidas del Acuerdo Conciliatorio del 3 de mayo de 2005, celebrado entre las partes del Contrato de Concesión 0849 de 1995, en el curso de un proceso arbitral y aprobado por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto, mediante auto del 26 de mayo de 2005 (Acta N° 32 del trámite arbitral), según se pruebe en este proceso.*

SEXTA.- *Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI en su condición de entidad contratante, debe responder por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo surgidas del acuerdo conciliatorio del 3 de mayo de 2005, celebrado entre las partes en el curso de un proceso arbitral y aprobado por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto, mediante auto del 26 de mayo de 2005 (Acta N° 32 del trámite arbitral), según se pruebe en este proceso.*

SÉPTIMA.- *Declarar que CSS CONSTRUCTORES S.A., en virtud del documento firmado el 29 de enero de 2014, asumió la posición contractual de contratista concesionario en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, que se*

encontraba en cabeza del Consorcio Luis Héctor Solarte Solarte y Carlos Alberto Solarte Solarte.

OCTAVA.- Declarar que **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, en su condición de contratista concesionario en el contrato de concesión No. 0849 de 1995, es la única titular de los derechos y obligaciones derivados de tal condición en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995.

NOVENA.- Declarar que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** incumplió el Acuerdo Conciliatorio del 3 de mayo de 2005, aprobado por el Tribunal de Arbitramento mediante auto del 26 de mayo de 2005 (Acta No. 32 del trámite arbitral), en cuanto hace al saldo causado y no cancelado a la fecha de interposición de esta demanda, de las obligaciones de pago asumidas por la entidad contratante en el Acuerdo Conciliatorio del 3 de mayo de 2005 de los costos de financiación en que incurrió el Concesionario respecto de las órdenes de pago autorizadas dentro del alcance complementario, según se pruebe en este proceso, por concepto de las actividades y obras complementarias ejecutadas por el Concesionario.

DÉCIMA.- Declarar que en virtud del incumplimiento del acuerdo conciliatorio del 3 de mayo de 2005, aprobado por el Tribunal de Arbitramento mediante Auto del 26 de mayo de 2005 (Acta N° 32 del trámite arbitral), en cuanto hace al saldo causado y no cancelado a la fecha de interposición de esta demanda, de las obligaciones de pago asumidas por la entidad contratante en el Acuerdo

*Conciliatorio del 3 de mayo de 2005 de los costos de financiación en que incurrió el Concesionario respecto de las órdenes de pago autorizadas dentro del alcance complementario, según se pruebe en este proceso, por concepto de las actividades y obras complementarias ejecutadas por el Concesionario, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** deberá reconocer y cancelar a la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, la suma de **NOVENTA MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS SETENTA PESOS M/CTE (\$90.787.778.570)**, teniendo en cuenta la obligación causada y no cancelada por la entidad, así como los pagos abonados por la entidad demanda, según lo probado en este proceso.*

DÉCIMA PRIMERA.- *Declarar que la pretensión décima anterior, no está cobijada por la cosa juzgada derivada del acuerdo conciliatorio del 3 de mayo de 2005, aprobado por el Tribunal de Arbitramento mediante Auto del 26 de mayo de 2005 (Acta N° 32 del trámite arbitral).*

El resultado de la anterior comparación fáctica se ve igualmente reflejado en materia de pretensiones. En efecto, realizado el cotejo respectivo, encuentra el Tribunal que, con excepción de aquellas alusivas de manera clara y directa a la novación invocada, hay varias pretensiones formuladas en la reforma integral de la demanda presentada por CSS CONSTRUCTORES contra la ANI el día 25 de noviembre de 2016 (que dio lugar al presente caso arbitral -No. 4576-) cuyo contenido, a partir de un marco fáctico que, según se vio, resulta común en buena medida, plantea de nuevo ante la jurisdicción arbitral asuntos que fueron ya excluidos de la competencia arbitral mediante proveído en firme⁴⁹, lo que impone, ante la extinción legal de los efectos de la correlativa cláusula compromisoria

⁴⁹ El citado Auto No. 12 de 30 de septiembre de 2014 proferido por el Tribunal Arbitral conformado por los árbitros Lucía Arbeláez de Tobón, Manuel Urueta Ayola y Jesús María Carrillo, y confirmado mediante No. 13 de la misma fecha (Acta No. 10 del expediente arbitral No. 3567).

para tales aspectos concretos y específicos, la carencia de competencia del presente Tribunal para pronunciarse sobre ellas.

Como se observa en el siguiente cuadro comparativo, también visualizado a doble columna, algunas de tales pretensiones presentan muy similar, o incluso, idéntica enunciación en ambos casos arbitrales, mientras que en relación con otras, con una variante en su presentación que no altera el núcleo de lo debatido, simplemente se formulan en la reforma integral de la demanda como pretensión declarativa lo que en el caso arbitral No. 3567 estaba planteado como hechos propios de la *litis*, quedando clara, en todo caso, la identificación de los asuntos que habiendo sido parte de la controversia arbitral anterior, que resultó fallida por la declaratoria de falta de competencia, de nuevo son propuestos por la misma vía en este trámite arbitral:

| CASO ARBITRAL NO. 4574 | CASO ARBITRAL NO. 3567 |
|---|--|
| REFORMA DE LA DEMANDA | DEMANDA SUPLENATORIA |
| PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES | PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES Y DERECHOS DE SUSTENTO |
| PRIMERA: Que se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI , en virtud de la subrogación del Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, sus adicionales y modificatorios, y de la cesión a título gratuito que le hiciera el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, asumió integralmente la posición contractual de entidad contratante en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995. | PRIMERA.- Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI , en virtud de la subrogación del Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, sus adicionales y modificatorios, y de la cesión a título gratuito que le hiciera el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, asumió integralmente la posición contractual de entidad contratante en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995. |
| SEGUNDA: Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI , en su condición de entidad contratante en el contrato de concesión No. 0849 de 1995, es la única titular de los derechos y obligaciones derivados de tal condición en el contrato de concesión No. 0849 de 1995. | SEGUNDA.- Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI , en su condición de entidad contratante en el contrato de concesión No. 0849 de 1995, es la única titular de los derechos y obligaciones derivados de tal condición en el contrato de concesión No. 0849 de 1995. |
| TERCERA: Declarar que CSS CONSTRUCTORES S.A. , en virtud del documento de cesión firmado el 29 de enero de 2014, asumió la posición contractual de contratista concesionario en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995. | SÉPTIMA.- Declarar que CSS CONSTRUCTORES S.A. , en virtud del documento firmado el 29 de enero de 2014, asumió la posición contractual de contratista concesionario en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, que se encontraba en |

| | |
|--|---|
| | cabeza del Consorcio Luis Héctor Solarte Solarte y Carlos Alberto Solarte Solarte. |
| CUARTA: Declarar que CSS CONSTRUCTORES S.A. , en su condición de contratista concesionario en el contrato de concesión No. 0849 de 1995, es la única titular de los derechos y obligaciones derivados de tal condición en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995. | OCTAVA.- Declarar que CSS CONSTRUCTORES S.A. , en su condición de contratista concesionario en el contrato de concesión No. 0849 de 1995, es la única titular de los derechos y obligaciones derivados de tal condición en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995. |
| QUINTA: Declarar que el 28 de noviembre de 2007, el Instituto Nacional de Concesiones –INCO (hoy ANI) y el Concesionario (hoy CSS CONSTRUCTORES S.A.) celebraron un acuerdo para conciliar las diferencias derivadas de la ejecución del contrato de Concesión, que habían sido sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento integrado por los doctores: Juan de Dios Montes, Cesar Hoyos Salazar y Germán Alonso Gómez y que consistió en resolver la controversia contractual referente al pago de las obras correspondientes a la rehabilitación, ampliación y reforzamiento de los puentes existentes en el corredor concesionado. | TERCERA.- Declarar que el Tribunal de Arbitramento instaurado por el contratista concesionario del Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, mediante convocatoria arbitral de 4 de junio de 2004 para dirimir las controversias surgidas entre las partes con ocasión de la ejecución del Contrato, finalizó con el Acuerdo Conciliatorio celebrado por las partes el 28 de noviembre de 2007, aprobado por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto, mediante Auto del 11 de diciembre de 2007 (Acta No. 35 del trámite arbitral). |
| SEXTA: Declarar que el acuerdo conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones –INCO (hoy ANI) y el Concesionario (hoy CSS CONSTRUCTORES S.A.), fue aprobado por el Tribunal de Arbitramento, mediante Auto del 11 de diciembre de 2007 (Acta N° 35). | |
| | Hecho 4.12. Durante el trámite arbitral, una vez practicadas las pruebas y habiéndose rendido el dictamen pericial respectivo, las partes suscribieron Acuerdo Conciliatorio el 28 de noviembre de 2007, a través del cual se conciliaron, en forma definitiva, las controversias que dieron origen al Tribunal de Arbitramento, conviniendo el valor del reconocimiento y pago, estableciendo las condiciones de pago y pactando plazos e |

SÉPTIMA: Declarar que en cumplimiento con lo dispuesto en la cláusula cuarta del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007, el Instituto Nacional de Concesiones –INCO (hoy ANI) y el Concesionario (hoy CSS CONSTRUCTORES S.A.) acordaron convenir el valor de las obras a reconocer por concepto de las obras complementarias relativas a las actividades de ampliación, rehabilitación y reforzamiento de los puentes existente del proyecto vial del contrato de concesión No. 0849 de 1995, en **CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (\$4.245.307.453,66)** en pesos de septiembre de 1994.

OCTAVA: Declarar que en la cláusula quinta del acuerdo conciliatorio suscrito el 29 de noviembre de 2007, el Instituto

intereses de mora, de los valores determinados en el documento de conciliación aprobado por el Tribunal, a cargo del INCO y a favor del Concesionario.

En este sentido, en el Acuerdo Conciliatorio, artículos cuarto, quinto, sexto y séptimo, se estableció lo siguiente:

“...CUARTO.- Determinar, para tal fin, que las obras complementarias a reconocer por el INCO es a precios del contrato de concesión, esto es, en pesos del mes de septiembre del año 1994 la suma de **CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (\$4'245.307.453,66)** en precios del contrato de concesión, esto es, en pesos del mes de septiembre del año 1994. Este valor, actualizado hasta el 31 de Octubre de 2007, conforme con la metodología establecida en el contrato y convenida entre las partes, esto es, con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor –IPC- para la actualización del valor en el tiempo y la Tasa Interna de Retorno –TIR- pactada en el Contrato de Concesión No.0849 de 1995 para el reconocimiento de la rentabilidad de las inversiones efectuadas por **EL CONCESIONARIO**, asciende a la suma de **TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS CATORCE MILLONES CIENTO SESENTA Y TRES MIL TRECIENTOS CUARENTA Y UN PESOS M/CTE (\$33.314.163.341,00)**, suma esta que el INCO pagará a **EL CONCESIONARIO** en los términos establecidos en los artículos siguientes.”

“QUINTO.- Acordar que el **INCO** realizará todos los esfuerzos administrativos y presupuestales que

| | |
|---|--|
| <p>Nacional de Concesiones –INCO (hoy ANI) y el Concesionario (hoy CSS CONSTRUCTORES S.A.) pactaron un plazo de seis (6) meses para el pago de los CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (\$4.245.307.453,66) en pesos de septiembre de 1994.</p> | <p><i>correspondan para pagar en su totalidad a EL CONCESIONARIO la suma objeto del presente Acuerdo Conciliatorio a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del Auto aprobatorio del presente acuerdo conciliatorio. Para tal fin, el INCO se compromete a realizar los trámites pertinentes ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y a obtener para el pago, de forma alternativa o compuesta, recursos del presupuesto General de la Nación y Títulos de Tesorería –TES–"</i></p> |
| <p>NOVENA: Declarar que en la cláusula sexta del acuerdo conciliatorio suscrito el 29 de noviembre de 2007, el Instituto Nacional de Concesiones –INCO (hoy ANI) y el Concesionario (hoy CSS CONSTRUCTORES S.A.) pactaron que durante el periodo comprendido entre la ejecutoria del auto aprobatorio de la conciliación y el vencimiento de los seis (6) meses pactados para el pago, se causarían intereses de mora a un tasa anual equivalente al Índice de precios al Consumidor (IPC) más el 6% efectivo anual a favor del Concesionario (hoy CSS CONSTRUCTORES S.A.)</p> | <p><i>“SEXTO.- Pactar que durante el periodo comprendido entre la ejecutoria del auto aprobatorio de la presente Conciliación y el vencimiento del plazo a que se refiere el numeral anterior, se causarían intereses de plazo sobre la cifra total acordada por las partes, a una tasa anual equivalente al IPC más 6% EA. A partir del vencimiento del plazo establecido anteriormente, se causarían intereses de mora a la tasa anual establecida en el numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, es decir IPC más 12% EA.”</i></p> |
| <p>DÉCIMA: Declarar que en la cláusula sexta inciso segundo del acuerdo conciliatorio suscrito el 29 de noviembre de 2007, el Instituto Nacional de Concesiones –INCO (hoy ANI) y el Concesionario (hoy CSS CONSTRUCTORES S.A.) pactaron que a partir del vencimiento del periodo identificado en la pretensión anterior, se causarían intereses de mora equivalentes a una tasa anual del Índice de precios al Consumidor (IPC) más el 12% efectivo anual.</p> | |
| <p>DÉCIMA PRIMERA: Declarar que los reconocimientos hechos en el acuerdo conciliatorio del 28 de noviembre de 2007 respecto de las obras a reconocer por</p> | |

| | |
|---|--|
| <p>concepto de las obras complementarias relativas a las actividades de ampliación, rehabilitación y reforzamiento de los puentes existente (sic) del proyecto vial del contrato de concesión No. 0849 de 1995 y las obligaciones de pago consecuentes se incorporaron al contrato de concesión No. 0849 de 1995 como obligaciones a cargo de la entidad concedente, esto es el Instituto Nacional de Concesiones –INCO (hoy ANI).</p> | |
| <p>DÉCIMA SEGUNDA: Declarar que el Instituto Nacional de Concesiones –INCO (hoy ANI) en su condición de entidad contratante, realizó los siguientes pagos, en cumplimiento con el acuerdo conciliatorio del 28 de noviembre de 2007:</p> <ul style="list-style-type: none"> • El 30 de abril de 2009, el Instituto Nacional de Concesiones –INCO (hoy ANI) realizó un primer abono a la deuda adquirida con el Concesionario, a través del pago de \$8.388'995.466,00. • El 29 de mayo de 2009, el Instituto Nacional de Concesiones –INCO (hoy ANI) realizó un segundo abono a la deuda, mediante el pago al Concesionario de \$8.261'004.534, 00. • El 27 de mayo de 2010, el Instituto Nacional de Concesiones –INCO (hoy ANI) realizó un tercer abono a la deuda, a través del pago al Concesionario de \$16.650'000.000, 00. | <p>Hecho 4.15. Como resultado de las gestiones adelantadas por la entidad para dar cumplimiento a lo conciliado, en el documento CONPES 3535 del 18 de julio de 2008, se incluyó, como parte del Plan de Inversiones, el desembolso de dos (2) partidas por las sumas de \$16.650 millones cada una, correspondiente a las vigencias de los años 2009 y 2010. En ese sentido, el INCO hizo los siguientes desembolsos al concesionario:</p> <ul style="list-style-type: none"> • El 30 de abril de 2009 realizó un primer abono a la deuda, pagando al Concesionario la suma de \$8.388'995.466,00. • El 29 de mayo de 2009, realizó un segundo abono a la deuda, pagando al Concesionario el valor de \$8.261'004.534,00. • El 27 de mayo de 2010, realizó un tercer abono a la deuda, pagando al Concesionario la suma de \$16.650'000.000,00. |
| <p>DÉCIMA TERCERA: Declarar que el Instituto Nacional de Concesiones –INCO (hoy ANI), a la fecha, no ha pagado la totalidad del capital y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de</p> | <p>QUINTA.- Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, en su condición de entidad contratante en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, incumplió las obligaciones a su cargo en tal condición, surgidas del Acuerdo Conciliatorio del 28 de noviembre</p> |

| | |
|---|--|
| 2007. | de 2007, celebrado entre las partes del Contrato de Concesión 0849 de 1995, en el curso de un proceso arbitral y aprobado por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto, mediante Auto del 11 de diciembre de 2007 (Acta No. 35 del trámite arbitral), según se pruebe en este proceso. |
| <p>DÉCIMA CUARTA: Declarar que el saldo del capital, correspondiente a la suma de mil cinco millones quinientos veintinueve mil novecientos noventa y cuatro pesos (\$1.005'529.994), expresado en pesos constantes de septiembre de 1994, no ha sido cancelado oportunamente por el Instituto Nacional de Concesiones –INCO (hoy ANI), o aquel valor que resulte probado dentro del proceso.</p> | <p>SEXTA.- Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, en su condición de entidad contratante, debe responder por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo surgidas del Acuerdo Conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, celebrado entre las partes del Contrato de Concesión 0849 de 1995, en el curso de un proceso arbitral y aprobado por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto, mediante Auto del 11 de diciembre de 2007 (Acta No. 35 del trámite arbitral), según se pruebe en este proceso.</p> <p>NOVENA.- Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI incumplió el Acuerdo Conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, celebrado entre las partes del Contrato de Concesión 0849 de 1995, en el curso de un proceso arbitral y aprobado por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto, mediante Auto del 11 de diciembre de 2007 (Acta No. 35 del trámite arbitral), en cuanto hace al saldo causado y no cancelado a la fecha de interposición de esta demanda, de las obligaciones de pago asumidas por la entidad contratante en el mencionado Acuerdo Conciliatorio del 28 de noviembre de 2007.</p> |
| <p>DÉCIMA QUINTA: Declarar que el saldo del capital por la suma de mil cinco millones quinientos veintinueve mil novecientos noventa y cuatro pesos (\$1.005'529.994), expresado en pesos constantes de septiembre de 1994, actualizado a la fecha de liquidación de la deuda, que para este caso es marzo de 2016, asciende a treinta y cuatro mil quinientos</p> | <p>DÉCIMA.- Declarar que en virtud del incumplimiento del Acuerdo Conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, celebrado entre las partes del Contrato de Concesión 0849 de 1995, en el curso de un proceso arbitral y aprobado por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto, mediante Auto del 11 de diciembre de 2007 (Acta No. 35 del trámite</p> |

| | |
|--|--|
| <p>ochenta y tres millones novecientos ochenta y un mil seiscientos ochenta y cuatro pesos (\$34.583.981.684), correspondiente al efecto financiero causado por la aplicación a este valor de la TIR contractual, incluyendo su actualización.</p> <p>DÉCIMA SEXTA: Declarar que, como consecuencia de las declaraciones solicitadas en las pretensiones novena y décima anteriores, el saldo de la deuda liquidado a 31 de marzo de 2016, correspondiente a la suma de treinta y cuatro mil quinientos ochenta y tres millones novecientos ochenta y un mil seiscientos ochenta y cuatro pesos (\$34.583.981.684) a 31 de marzo de 2016, o aquel valor que resulte probado dentro del proceso no ha sido cancelado oportunamente por el Instituto Nacional de Concesiones –INCO (hoy ANI).</p> | <p>arbitral), en cuanto hace al saldo causado y no cancelado a la fecha de interposición de esta demanda, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI deberá reconocer y cancelar a la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A., la suma de VEINTICINCO MIL OCHOCIENTOS UN MILLONES NOVECIENTOS VEINTISIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$25.801.927.979), teniendo en cuenta la obligación causada y no cancelada por la entidad, según lo probado en este proceso.</p> |
| <p>DÉCIMA SÉPTIMA: Declarar que desde el 22 de febrero de 2013 hasta el 20 de septiembre de 2013, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI y el concesionario (CSS Constructores S.A.) sostuvieron conversaciones para definir el saldo pendiente de pago por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, al concesionario por concepto del capital dejado de pagar y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad contratante, derivadas del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007.</p> <p>DÉCIMA OCTAVA: Declarar que el 20 de septiembre de 2013, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI y el concesionario (CSS Constructores S.A.) suscribieron el documento denominado “<i>Bases de Conversaciones</i>” con el fin de revisar las controversias vigentes entre LAS PARTES del Contrato de Concesión 0849 de 1995,</p> | <p>Hecho 4.32. Como resultado del interés de la ANI y de la Interventoría por revisar los temas aplazados dentro de la concesión Neiva Espinal Girardot, el 20 de septiembre de 2013, la ANI y el Concesionario suscribieron un documento denominado “<i>Bases de Conversaciones</i>” que permitiría llegar a unos eventuales acuerdos, estableciendo para el efecto iniciar unas</p> |

| | |
|---|---|
| <p>entre ellas, la determinación del saldo pendiente de pago por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, al concesionario por concepto del capital faltante y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad contratante, derivadas del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007.</p> | <p>Mesas de Trabajo con el fin de analizar las principales controversias contractuales existentes, planteando tratar los temas allí enunciados, incluyendo, dentro de las pretensiones de reconocimientos económicos del Concesionario, el tema referente al <i>“Tribunal de Arbitramento ‘Puentes’ – Acta 35 del 11 de Diciembre de 2007”</i>.</p> |
| <p>DÉCIMA NOVENA: Declarar que como resultado de las mesas de trabajo instauradas en cumplimiento del documento denominado “Bases de Conversaciones”, LAS PARTES del contrato de Concesión 0849 de 1995; suscribieron el Otrosí del 30 de enero de 2014.</p> | <p>Hecho 4.34. Como resultado de las mesas de trabajo aludidas, la ANI y el Concesionario suscribieron el <i>“Otrosí del 30 de enero de 2014 al contrato de concesión No. 0849 de 1995 celebrado entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la sociedad ‘CSS Constructores S.A.’, a través del cual, entre otros, convinieron actualizar el modelo financiero, en los términos allí pactados, y acordaron un cruce de saldos y pago, plazo de obras en ejecución, entre otros aspectos que involucraron los conceptos relacionados en el mencionado documento.</i></p> |
| <p>VIGÉSIMA: Declarar que en la cláusula décima, “Controversias Pendientes”, del otrosí suscrito el 30 de enero de 2014, LAS PARTES del Contrato de Concesión 0849 de 1995, acordaron someter a decisión de un tribunal de arbitramento las controversias vigentes entre LAS PARTES del Contrato de Concesión 0849 de 1995, entre ellas, la determinación del saldo pendiente de pago por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, al concesionario por concepto del capital faltante y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad contratante, derivadas del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007.</p> <p>VIGÉSIMA PRIMERA: Declarar que en virtud del acuerdo contenido en la cláusula décima, “Controversias Pendientes”, del</p> | <p>Hecho 4.35. En la cláusula décima del Otrosí del 30 de enero de 2014, se estableció la posición de las partes en cuanto a las <i>“Controversias pendientes”</i>, y en lo que tiene que ver <i>“con las pretensiones económicas que no han sido acordadas en este documento y que serán reclamadas a través del mecanismo de solución de controversias...”</i>, entre ellas el valor de la deuda relacionada en el Acuerdo Conciliatorio aprobado por el Tribunal de Arbitramento el once (11) de diciembre de 2007, descontando los abonos que hasta la fecha realizó la entidad, mencionados en el numeral 4.15 de este capítulo, empleando para efectos de cálculo, la metodología señalada en este escrito, con corte a julio 30 de 2014, dicho valor asciende a la suma de VEINTICINCO MIL OCHOCIENTOS UN MILLONES NOVECIENTOS VEINTISIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS M/CTE</p> |

| | |
|---|---|
| <p>otrosí suscrito el 30 de enero de 2014, LAS PARTES del Contrato de Concesión 0849 de 1995 reconocen:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. que existe una obligación pendiente a cargo de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, b. que la controversia existente entre LAS PARTES relacionadas con el monto de esa obligación sería resuelta por un Tribunal de Arbitramento, y c. que en consecuencia, en virtud del pacto contenido en la cláusula décima del Otrosí del 30 de enero de 2014, LAS PARTES renunciaron a otra jurisdicción para dirimir las controversias allí referidas, entendiéndose, en los términos del considerando 11 de dicho Otrosí, que éstas corresponden a aquéllas revisadas en desarrollo de las mesas de trabajo previstas en el documento Bases de Conversaciones de fecha 20 de septiembre de 2013, para el caso de los temas en los que, como ocurre en este asunto, se mantuvieron los desacuerdos que han dado lugar a las controversias contractuales. | <p>(\$25.801.927.979).</p> |
| <p>VIGÉSIMA OCTAVA: Declarar que a la fecha de presentación de esta demanda la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, debe al Concesionario (CSS CONSTRUCTORES S.A.) la suma de TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y ÚN MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$34.583.981.684) o la que resulte probada en este proceso por concepto del capital restante y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad contratante, derivadas del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007.</p> | <p>DÉCIMA.- Declarar que en virtud del incumplimiento del Acuerdo Conciliatorio Acuerdo Conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, celebrado entre las partes del Contrato de Concesión 0849 de 1995, en el curso de un proceso arbitral y aprobado por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto, mediante Auto del 11 de diciembre de 2007 (Acta No. 35 del trámite arbitral), en cuanto hace al saldo causado y no cancelado a la fecha de interposición de esta demanda, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI deberá reconocer y cancelar a la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A., la suma de VEINTICINCO MIL OCHOCIENTOS UN MILLONES NOVECIENTOS VEINTISIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS M/CTE</p> |

| | |
|---|--|
| | (\$25.801.927.979), teniendo en cuenta la obligación causada y no cancelada por la entidad, según lo probado en este proceso. |
| PRETENSIONES DE CONDENA | PRETENSIONES DE CONDENA |
| <p>PRIMERA: Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI a pagar a la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A., la suma de TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y ÚN MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$34.583.981.684) a pesos de marzo de 2016, o la que resulte probada en este proceso, por concepto del capital restante y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad contratante, derivadas del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007.</p> | <p>PRIMERA.- Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI a pagar a la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A., la suma de VEINTICINCO MIL OCHOCIENTOS UN MILLONES NOVECIENTOS VEINTISIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$25.801.927.979), valor resultante del saldo causado y no cancelado como consecuencia del Acuerdo Conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, celebrado entre las partes del Contrato de Concesión 0849 de 1995, en el curso de un proceso arbitral y aprobado por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto, mediante Auto del 11 de diciembre de 2007 (Acta No. 35 del trámite arbitral), liquidado a julio 30 de 2014, en cuanto hace al saldo causado y no cancelado a la fecha de interposición de esta demanda, de las obligaciones de pago asumidas por la entidad contratante en el mencionado Acuerdo Conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, según se pruebe en este proceso.</p> |
| <p>SEGUNDA: Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI a pagar las sumas que resulten de la pretensión primera de condena debidamente actualizadas de conformidad con lo dispuesto en la cláusula trigésima sexta del contrato de Concesión No. 849 de 1995, modificada por la cláusula décima cuarta del Documento Modificatorio del 6 de abril de 1999.</p> <p>PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA: Que en subsidio a la pretensión anterior, se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI a pagar las sumas que resulten de la pretensión primera</p> | <p>SEGUNDA.- Que las sumas que resulten de la pretensión primera de condena se actualicen debidamente, mediante la aplicación del IPC vigente a la fecha de la expedición del Laudo Arbitral que ponga fin al proceso, certificado por el DANE.</p> |

| | |
|--|---|
| de condena actualizadas debidamente, mediante la aplicación del IPC vigente a la fecha de la expedición del Laudo Arbitral que ponga fin al proceso, certificado por el DANE de conformidad con lo dispuesto con el artículo 4º Numeral 8 de la Ley 80 de 1993. | |
| TERCERA: Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI a pagar, respecto de cualquier suma de dinero debidamente actualizada que resulte en favor de CSS CONSTRUCTORES S.A. , los intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada por la ley comercial colombiana. | TERCERA.- Que, igualmente, respecto de cualquier suma de dinero debidamente actualizada que resulte en favor de CSS CONSTRUCTORES S.A. se liquiden intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada por la ley comercial colombiana. |
| PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL DE CONDENA. Que, igualmente, respecto de cualquier suma de dinero debidamente actualizada que resulte en favor de CSS CONSTRUCTORES S.A. , se liquiden intereses comerciales moratorios a la tasa definida por el Tribunal de Arbitramento, aplicando los criterios de ley establecidos a este efecto (artículo 4, numeral 8, Ley 80 de 1993). | PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL DE CONDENA. Que, igualmente, respecto de cualquier suma de dinero debidamente actualizada que resulte en favor de CSS CONSTRUCTORES S.A. , se liquiden intereses comerciales moratorios a la tasa prevista en el artículo 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993. |

Como bien lo resume la Convocante en su escrito de alegaciones de conclusión⁵⁰, en la demanda arbitral reformada que dio origen al presente trámite hay, por así decirlo, tres grupos de pretensiones formuladas: (i) *“algunas que tienen por objeto declarar que la ANI asumió íntegramente la posición contractual del Contratante en el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, que es la única titular de los derechos y obligaciones derivadas de tal condición, que el Concesionario, asumió, desde el 29 de enero del 2014, la posición de contratista, que es el titular único de los derechos y obligaciones derivadas de tal condición”*; (ii) *“así como de la existencia de una novación”*; y (iii) *“De igual manera, se plantearon en la demanda un grupo de pretensiones que tiene como propósito la declaración de responsabilidad por incumplimiento de un Acuerdo de naturaleza contractual, como lo es el suscrito el 28 de noviembre de 2007(...)”*. Conforme se constató en los anteriores cuadros comparativos, las pretensiones correspondientes a los grupos (i) y

⁵⁰ Páginas 19 y 20.

(iii) intentan plantear de nuevo ante la presente jurisdicción arbitral asuntos temáticos que ya habían sido formulados en oportunidad previa, y sobre los cuales la misma jurisdicción –en cabeza del panel entonces designado para el efecto- descartó, a través de pronunciamientos en firme, su competencia para conocerlos. No así en relación con las pretensiones relativas a la alegada existencia de una novación y sus efectos -grupo (ii)-, las que, con ese particular enfoque, no fueron presentadas en el caso arbitral No. 3567.

En consecuencia, por razón de la extinción de los efectos de la cláusula compromisoria contenida en la estipulación trigésima novena del Contrato de Concesión, originada en la falta de competencia declarada en el caso arbitral No. 3567, con el alcance dispuesto en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, el presente Tribunal, conforme a lo que viene de explicarse, carece de competencia para resolver las pretensiones declarativas PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA, CUARTA, QUINTA, SEXTA, SÉPTIMA, OCTAVA, NOVENA, DÉCIMA, DÉCIMA PRIMERA, DÉCIMA SEGUNDA, DÉCIMA TERCERA, DÉCIMA CUARTA, DÉCIMA QUINTA, DÉCIMA SEXTA, DÉCIMA SÉPTIMA, DÉCIMA OCTAVA, DÉCIMA NOVENA, VIGÉSIMA, VIGÉSIMA PRIMERA Y VIGÉSIMA OCTAVA, formuladas en la reforma integral de la demanda presentada por CSS CONSTRUCTORES, así como la PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE CONDENA, y sus consecuenciales en materia de actualización monetaria e intereses contenidas en la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE CONDENA, la PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA, la TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE CONDENA y la PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL DE CONDENA.

3.3.2.3. Pretensiones de la reforma de la demanda que no resultan afectadas por la falta de competencia declarada en el Proceso Arbitral No. 3567

No ocurre lo mismo con las pretensiones declarativas VIGÉSIMA SEGUNDA, VIGÉSIMA TERCERA, VIGÉSIMA CUARTA, VIGÉSIMA QUINTA, VIGÉSIMA SEXTA, VIGÉSIMA SÉPTIMA y PRIMERA SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA OCTAVA, y con la PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRIMERA DE CONDENA de la reforma de la demanda, en las cuales se solicita:

***“VIGÉSIMA SEGUNDA:** Declarar que mediante la suscripción del otrosí suscrito el 30 de enero de 2014, operó la novación de la obligación de pago contenida en el acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007 en los términos previstos en el artículo 1687 del Código Civil.*

***VIGÉSIMA TERCERA:** Declarar que la novación de la obligación de pago contenida en el acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007 es*

válida en concordancia con lo previsto en los artículos 1687, 1689, 1690 numeral 1, y 1693 del Código Civil.

VIGÉSIMA CUARTA: Declarar que la novación se efectuó en los términos del artículo 1690 numeral 1 del Código Civil, toda vez que se substituyó la obligación de pago del saldo adeudado por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI) al Concesionario derivada del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007 aprobado mediante auto N° 37, incluido en el Acta N° 35 del once (11) de diciembre de 2007 del Tribunal de Arbitramento que conoció de la misma en su momento, a cargo del Instituto Nacional de Concesiones –INCO (hoy ANI), por la obligación mutua y consensuada de someter a decisión de un tribunal de arbitramento la determinación del saldo pendiente de pago por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI al Concesionario (CSS Constructores S.A.) por concepto del capital faltante y los intereses de mora correspondientes, derivados del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007, como consecuencia de la ejecución por el Concesionario de obras complementarias en desarrollo del contrato de concesión No. 0849 de 1995.

VIGÉSIMA QUINTA: Declarar que en cumplimiento del acuerdo consignado en el otrosí suscrito el 30 de enero de 2014, el Concesionario (CSS Constructores S.A.) el 4 de septiembre de 2014 presentó convocatoria arbitral contra la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, solicitando la definición y reconocimiento del capital faltante y los intereses de mora correspondientes, derivados del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007, ratificando con ello la novación de la obligación, realizada en el Otrosí del 30 de enero del 2014.

VIGÉSIMA SEXTA: Declarar que en desarrollo del trámite arbitral iniciado el 4 de septiembre de 2014 por el Concesionario (CSS Constructores S.A.), el 22 de mayo de 2015, se suscribió entre LAS PARTES del Contrato de Concesión 0849 de 1995, un acuerdo de conciliación, mediante el cual la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, reconoce expresamente como saldo adeudado al Concesionario (CSS Constructores S.A.), por concepto de saldo del capital e intereses de mora liquidados a 30 de abril de 2015 la suma de VEINTE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS

SETENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$20.966.979.377), a título de conciliación, para definir la controversia que sostenían en torno a esta deuda⁵¹.

VIGÉSIMA SÉPTIMA: *Declarar que el acuerdo conciliatorio celebrado entre LAS PARTES del Contrato de Concesión 0849 de 1995, el 22 de mayo de 2015 durante el trámite arbitral iniciado por el Concesionario (CSS Constructores S.A.) el 4 de septiembre de 2014, fue aceptado por el Concesionario y fue objeto de aprobación por el Comité de Conciliación de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, ratificando con ello la novación de la obligación, realizada en el Otrosí del 30 de enero del 2014.*

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA OCTAVA: *Declarar que a la fecha de presentación de esta demanda la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, debe al Concesionario (CSS CONSTRUCTORES S.A.) la suma de VEINTIDÓS MIL NOVECIENTOS SIETE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$22.907.962.842) o la que resulte probada en este proceso por concepto del capital restante y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de la obligación de pago a cargo de la entidad contratante, derivada del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007, la cual fue novada por Las Partes mediante otrosí suscrito el 30 de enero de 2014 y posteriormente cuantificada y establecida la forma de pago en el acuerdo conciliatorio del 22 de mayo de 2015”.*

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRIMERA DE CONDENA: *Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI a pagar a la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A., la suma de VEINTIDÓS MIL NOVECIENTOS SIETE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$22.907.962.842), liquidado a 31 de marzo de 2016, o la que resulte probada en este proceso, por concepto del capital restante y los intereses causados por la mora, según acuerdo conciliatorio del 22 de mayo de 2015”⁵² (las subrayas son del Tribunal).*

⁵¹ Aunque en su expresión literal no se alude a la novación, es evidente que esta pretensión debe considerarse en conjunto con la siguiente –la vigésima séptima–, que sin duda forma parte del planteamiento de la Convocante en relación con la existencia de dicha figura.

⁵² Esta pretensión tiene relación directa con la “primera subsidiaria de la declarativa vigésimo octava”, que involucra directamente la figura de la novación.

Según se advierte con claridad, en las anteriores pretensiones lo que se plantea⁵³, en concordancia con los fundamentos de hecho ya reseñados e invocados de manera principal en los numerales 3.1.19 a 3.1.25, 3.3.3 a 3.3.7, 3.3.9 a 3.3.16, y 3.3.20 a 3.3.21 de la demanda reformada, es la existencia de una novación contenida en el Otrosí formalizado el 30 de enero de 2014 en relación con el Contrato de Concesión No. 0849, aspecto jurídico que con esa precisa connotación y alcance no hizo parte del debate originado con ocasión de la demanda que dio lugar al trámite arbitral No. 3567. Así las cosas, el Tribunal tiene competencia para pronunciarse de fondo sobre tales pretensiones -de lo cual se ocupará en acápite posterior del Laudo-, con base en la cláusula compromisoria contenida en la estipulación trigésima novena del referenciado Contrato de Concesión, que fuera modificada en el mismo Otrosí del 30 de enero de 2014 (cláusula décima primera), la cual no resultó afectada para este nuevo aspecto específico de la controversia por cuenta de la declaratoria de falta de competencia pronunciada en el proceso arbitral No. 3567.

Lo mismo sucede, por supuesto, con las restantes pretensiones consecuenciales de condena en cuanto reclaman el reconocimiento de actualización monetaria e intereses comerciales de mora sobre la suma pedida en la primera pretensión subsidiaria a la primera pretensión principal de condena, esto es, con el alcance indicado, lo pedido al respecto en la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE CONDENA, la PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA, la TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE CONDENA, y la PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL DE CONDENA.

3.3.3. Pronunciamiento del Tribunal respecto a la excepción de falta de competencia alegada por la ANI y la ANDJE

Toda vez que el Tribunal, por las razones antes expuestas, arribó a la conclusión de que ante la declaratoria de falta de competencia decidida en el proceso arbitral No. 3567, carece a su vez de competencia para conocer de algunas pretensiones declarativas y de condena de la reforma integral de la demanda instaurada en el presente trámite -ya identificadas-, procede a continuación a pronunciarse sobre la excepción de falta de competencia propuesta por la Convocada, y acerca de los reparos señalados al respecto por la ANDJE, circunscribiendo su análisis sobre el particular, desde luego, solo en relación con aquel grupo restante de pretensiones frente al cual el Tribunal no encontró óbice para su conocimiento como consecuencia de la falta de competencia declarada en el referido proceso arbitral No. 3567, asociadas, como se indicó, a un planteamiento de novación obligacional formulado por la sociedad actora, las cuales, según quedó expresado, están contenidas en las pretensiones declarativas vigésima segunda, vigésima tercera, vigésima cuarta, vigésima quinta, vigésima sexta, vigésima séptima y primera subsidiaria a la

⁵³ De manera explícita en la mayoría de los casos, e implícita, pero evidente, en otros.

vigésima octava; y en lo concerniente a las pretensiones de condena, en la primera pretensión subsidiaria a la pretensión primera de condena, y en cuanto reclaman el reconocimiento de actualización monetaria e intereses comerciales de mora sobre la suma pedida en la anterior pretensión, en la segunda pretensión principal de condena, la primera subsidiaria a la segunda principal de condena, la tercera pretensión principal de condena y la primera subsidiaria de la pretensión tercera principal de condena.

Según ya se puso de presente, tanto para la ANI, como para la ANDJE, basadas en fundamentos similares, el Tribunal no es competente para conocer, en general, de las pretensiones formuladas por CSS CONSTRUCTORES en su demanda en virtud de configurarse –según su dicho–, de un lado, la cosa juzgada en relación con el Acuerdo Conciliatorio aprobado en el año 2007, y del otro, el fenómeno de la caducidad de la acción ejecutiva, que en su sentir es la que se está ejerciendo extemporáneamente en la presente reclamación arbitral.

3.3.3.1. Pronunciamiento del Tribunal respecto a la alegación de falta de competencia por configurarse la cosa juzgada

Como bien lo ha expresado la Corte Constitucional, la institución de la cosa juzgada “[...] *está llamada a garantizar la efectiva aplicación de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados, pues a través de ella se obliga a los jueces a ser consistentes con las decisiones que adoptan, impidiendo que un mismo asunto sea estudiado y fallado nuevamente por la autoridad judicial, en oportunidad diferente y de distinta manera*”⁵⁴.

En virtud de la cosa juzgada ciertas sentencias, y algunas otras providencias a las que la ley les reconoce esa virtualidad (como, por ejemplo, los autos aprobatorios de una conciliación acordada en el marco de un proceso arbitral, según lo dispone el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012), resultan inmutables e intangibles. Por ello, como lo ha reconocido la jurisprudencia nacional, la cosa juzgada está llamada a cumplir dos funciones principales: una de carácter positivo, dirigida a que el operador judicial acate el pronunciamiento anterior, blindando de seguridad jurídica los conflictos interpersonales resueltos; y la otra de carácter negativo, imponiendo a los funcionarios judiciales, como justificado patrón de conducta, abstenerse de fallar lo ya fallado para evitar, de paso, eventuales decisiones contradictorias.

⁵⁴ Sentencia C-622/07. En el mismo sentido, el Consejo de Estado (Sentencia de 12 de diciembre de 2014. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección b. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Radicación número: 11001-03-26-000-2008-0111-00(36251), y la Corte Suprema de Justicia (Sentencia 7325 de 12 de agosto de 2003. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, reiterada en sentencia de 5 de julio de 2005 (Radicación 1999-01493), en sentencia de 18 de diciembre de 2009 (Radicación 2005-00058-01), y más recientemente, en sentencia de 16 de mayo de 2016 (SC 6267-2016).

Aunque los requisitos que deben concurrir para que se configure el fenómeno de la cosa juzgada suelen estar incorporados en los diferentes códigos procesales alusivos a las distintas temáticas normativas (civil, contencioso administrativo, penal, etc), el actual artículo 303 del Código General del Proceso se erige en el criterio rector en la materia toda vez que resulta aplicable, según lo precisa el artículo 1 de esta codificación, no sólo en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios, sino, también, *“a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes”*.

Según el artículo 303 del CGP, *“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes. Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos (...)”*.

Reiterando, en esencia, los mismos elementos, el artículo 189 del CPACA señala para los eventos de controversias contractuales, que *“[...] La sentencia dictada en procesos relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento, producirá efectos de cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes”*.

De manera, pues, que la configuración de los efectos de cosa juzgada requiere la concurrencia de tres elementos básicos: (i) identidad de objeto; (ii) identidad de causa; e (iii) identidad de partes.

La **identidad de objeto** alude, de manera general, a la coincidencia en aquello sobre lo que se litiga, esto es, acorde con la jurisprudencia patria, cuando la demanda que se examina versa sobre la misma pretensión material o inmaterial y acerca de lo decidido en relación con éstas en la providencia previa que hizo tránsito a cosa juzgada⁵⁵.

⁵⁵ Así se expresa, entre otras, en las sentencias de la Corte Constitucional T-048 de 1999 y T-534 de 2015, y C-774 de 2001, C-622 de 2007, T-441 de 2010, T-218 de 2012, T-380 de 2013, T-951 de 2013 y T-534 de 2015, entre otros pronunciamientos; en las sentencias de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 1 de noviembre de 2012 (25000-23-26-000-1999-0002-04(AG)); de 12 de diciembre de 2014 (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección b. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Radicación número: 11001-03-26-000-2008-0111-00(36251); y 29 de septiembre de 2015 (Radicación número: 25000-23-25-000-2000-09014-05(AG)); y en las sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia 6999 de 30 de octubre 30 de 2002, 7325 de 12 de agosto de 2003 y SC6267 de mayo 16 de 2016.

La **identidad de causa**, en cambio, se estructura a partir de los motivos o fundamentaciones de carácter fáctico que invoca el accionante al formular las pretensiones de la demanda⁵⁶. Como bien lo ha precisado la Corte Constitucional, la *causa petendi* incluye un componente fáctico y uno jurídico. El primero viene dado por los hechos específicos que sirven de fundamento de la demanda; el segundo, por la calificación jurídica que de tales hechos plantea la parte interesada. Entonces, “(...) *es posible afirmar que la causa petendi es aquel grupo de hechos jurídicamente calificados de los cuales se busca extraer una concreta consecuencia jurídica*”⁵⁷. Coherente con el criterio expuesto, el máximo tribunal constitucional ha entendido que no hay identidad en la causa cuando los hechos alegados en uno y otro proceso no son los mismos por no haber ocurrido en el mismo período de tiempo⁵⁸.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que la causa consiste en “(...) *el motivo o fundamento inmediato del cual una parte deriva su pretensión deducida en el proceso*”⁵⁹, siendo especialmente relevante de cara a la cosa juzgada, según lo recordó en oportunidad reciente⁶⁰, verificar las causas próximas -no las remotas- del derecho que se reclama:

“(...) Ahora bien, el segundo requisito para la configuración de la cosa juzgada, consiste en que la causa jurídica de la acción o de la excepción sea la misma en los dos juicios.

Por causa jurídica según se ha dicho en repetidas oportunidades, debe entenderse el hecho generador que el actor hace valer en su demanda como fundamento de la acción o de la excepción, valga decir, el principio que origina el pretendido derecho.

Sin embargo, cabe distinguir entre la causa remota y la próxima del derecho que se reclama, pues solo esta última es la verdadera causa de pedir, al paso que la remota o lejana es intrascendente para los efectos de la cosa juzgada, la cual se configura cuando hay identidad en la causa próxima entre el primero y el segundo proceso.

⁵⁶ C-774 de 2001, C-622 de 2007, T-441 de 2010, T-218 de 2012, T-380 de 2013, T-951 de 2013 y T-534 de 2015, entre otros pronunciamientos.

⁵⁷ Sentencia T-162 de 1998, reiterada en sentencias T-048 de 1999 y T-534 de 2015. En la misma línea se ha pronunciado el Consejo de Estado (sentencias ya citadas de 12 de diciembre de 2014 y 26 de julio de 2012).

⁵⁸ Sentencia T-534 de 2015.

⁵⁹ CLXXVI, Pág. 153, reiterada en sentencia de casación civil 24 de julio de 2001 (exp. 6448) y 12 de agosto de 2003 (sentencia 7325).

⁶⁰ Sentencia de 8 de febrero de 2016, SC1175-2016, Rad. 73411-31-84-001-2010-00308-01.

Entonces, el objetivo perseguido a través de la inmutabilidad e irrevocabilidad de las sentencias en las que se determinaron los derechos del actor y del demandado, no puede generar consecuencias absurdas o ilógicas, al extremo de que aspectos no decididos en el proceso inicial, no puedan ser definidos en un juicio posterior, so pretexto de vulnerar el principio de la cosa juzgada”.

Finalmente, para que se configure la cosa juzgada es menester la **identidad de partes**. La identidad requerida no es física sino jurídica, lo que supone que ella se presenta cuando no hay alteración jurídica de las partes, así haya habido alguna modificación personal o física en alguno de los extremos de la contienda litigiosa, como sucede, según lo indica de manera expresa el artículo 303 del C.G.P., *“cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos (...)”*.

Dada la íntima conexión existente entre el objeto y la causa de pedir, la jurisprudencia nacional ha insistido en que la tarea de verificación de estos elementos debe llevarse a cabo en forma integrada, *“como si se tratara de una unidad, para determinar de esa forma en todo el conjunto de la res iudicim deductae tanto la identidad del objeto como la identidad de causa, sobre qué se litiga y por qué se litiga”*⁶¹.

Pues bien, efectuada la respectiva labor de verificación en forma integral, siguiendo los parámetros de análisis recién señalados, en el asunto específico bajo estudio el Tribunal advierte, inequívocamente, que frente a las pretensiones declarativas y de condena de la reforma de la demanda que tienen soporte en la novación alegada -sobre las que versa el presente análisis⁶²-, miradas en conjunto con las bases fácticas que les sirven de fundamento y, adicionalmente, atendiendo a la calificación jurídica que de ellos se hace por la actora, también reseñadas con antelación (principalmente, en los numerales 3.1.19 a 3.1.25, 3.3.3 a 3.3.7, 3.3.9 a 3.3.16, y 3.3.20 a 3.3.21), no se presenta identidad de objeto ni de causa en relación con la demanda que dio lugar al proceso arbitral en cuyo trámite se consideró y aprobó el Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007, cuya causa y objeto también tienen especificidad propia.

⁶¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 29 de septiembre de 2015 (Radicación número: 25000-23-25-000-2000-09014-05(AG)). En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (sentencia 6999 de 30 de octubre de 2002 y 7325 de 12 de agosto de 2003, reiteradas en la reciente sentencia de 16 de mayo de 2016 (SC 6267-2016)).

⁶² Pretensiones Vigésima Segunda, Vigésima Tercera, Vigésima Cuarta, Vigésima Quinta, Vigésima Sexta, Vigésima Séptima, Primera Subsidiaria a la Vigésima Octava, Primera Subsidiaria a la Pretensión Primera de Condena; y en cuanto reclaman el reconocimiento de actualización monetaria e intereses comerciales de mora sobre la suma pedida en la última pretensión citada, la segunda pretensión principal de condena, la primera subsidiaria a la segunda principal de condena, la tercera pretensión principal de condena y la primera subsidiaria de la pretensión tercera principal de condena.

En efecto, el objeto del Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007, como consta de manera clara en su texto⁶³, fue conciliar de manera definitiva las controversias surgidas con ocasión de la ejecución del Contrato de Concesión No. 0849 de 1995 que fueron sometidas al conocimiento de un tribunal arbitral por razón de la solicitud de convocatoria de 2 de junio de 2004, referidas, de manera especial, al reconocimiento y pago de las obras y actividades ejecutadas dentro del alcance complementario del Contrato para la ampliación, rehabilitación y refuerzo de los puentes existentes en el proyecto vial, habiéndose llegado a un acuerdo sobre una suma dineraria por tal concepto⁶⁴, con ciertos parámetros en materia de actualización monetaria⁶⁵ y reconocimiento de intereses de plazo y moratorios⁶⁶. Con contenido jurídico sustancialmente distinto, lo perseguido en el presente proceso arbitral a través del grupo de pretensiones aludido, según quedó evidenciado, gira en torno a la declaratoria de una novación de la obligación dineraria contenida en el referido Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007, en virtud de lo pactado en el Otrosí de 30 de enero de 2014, asociado al referido Contrato de Concesión. Es, precisamente, a partir de hechos acaecidos con posterioridad a la celebración del Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007, calificados jurídicamente en este proceso por la Convocante como configuradores de novación obligacional, que se plantean las pretensiones de la reforma de la demanda en cuestión.

Por consiguiente, es claro para el Tribunal, no sólo que lo que se pretende en este proceso con las pretensiones reseñadas es diferente a lo que fue objeto de conciliación en el año 2007, sino que los hechos relevantes en que se basan tales pretensiones corresponden a un período temporalmente posterior a dicho acuerdo conciliatorio, y, adicionalmente, que la causa jurídica próxima e inmediata que fundamenta las referidas pretensiones (la novación de la obligación dineraria contenida en el citado Acuerdo) es igualmente distinta de la que motivó la primera demanda arbitral, que concluyó con la referida conciliación aprobada ese mismo noviembre de 2007.

Como lo puntualiza, con acierto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia reciente ya reseñada, apoyándose en la doctrina autorizada⁶⁷:

“En tal sentido la necesidad social de que las sentencias ejecutoriadas adquieran firmeza e irrevocabilidad, para impedir que juicios sobre las mismas cuestiones sean indefinidos, en aras de amparar la seguridad de las relaciones jurídicas, el orden social y económico quedan a salvo, cuando en el segundo

⁶³ Folio 023 a 044 del Cuaderno de Pruebas No.1.

⁶⁴ Acuerdo Tercero y Cuarto (folios 40 y 41 del Cuaderno de Pruebas No.1).

⁶⁵ Acuerdo Cuarto (folio 41 del Cuaderno de Pruebas No.1).

⁶⁶ Acuerdo Sexto (folio 42 del Cuaderno de Pruebas No.1).

⁶⁷ Sentencia de 8 de febrero de 2016, SC1175-2016 (Rad. 73411-31-84-001-2010-00308-01).

proceso se invoca una causa próxima distinta del asunto anteriormente juzgado, a pesar de que la causa remota sea similar.

Esa teoría la acogió nuestro Código de Procedimiento Civil en el artículo 305, al establecer que:

'La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.'

Entonces, es claro que el legislador quiso que la sentencia resuelva solo sobre los aspectos en debate, de ahí que no sea procedente extender lo decidido en el fallo a tópicos no sometidos al conocimiento del juez.

Esa tesis fue acogida por esta corporación que definió:

'No es dable confundir las causas próximas con las remotas. Es posible en verdad que enlazando unas y otras, la simiente lejana de dos o más juicios hallen alguna convergencia o incluso una total coincidencia. Empero, las que en definitiva determinan si en un caso dado se está atentando contra lo ejecutoriado, son las causas próximas, o sea las que sirven de fundamento directo al juicio respectivo, de tal suerte que si la que fue invocada entonces difiere de la del nuevo proceso, no hay razón para concluir en la cosa juzgada'. (CSJ SC, 22 SEP. 2005, Rad. 2000-00430).

También ha establecido la doctrina:

'En consecuencia, según la teoría que distingue entre causa remota y causa próxima, hay identidad de causa de pedir cuando entre la primera y la segunda demanda la causa próxima del derecho deducido en el juicio es la misma, aunque la causa lejana sea distinta.

Si en un pleito se ha invocado el error como causa de nulidad, toda la controversia judicial se desenvolvió en torno a este vicio; si existieron otros, no fueron discutidos. Absurdo es, entonces, que si más tarde se entabla otro juicio basado en el dolo o la fuerza, se oponga la cosa juzgada dimanante de la

*sentencia de primer pleito por la sola circunstancia de haberse tratado en éste también de un vicio del consentimiento. La cosa juzgada debe existir respecto de los puntos juzgados y no de otros que ni siquiera tuvieran mención en el juicio primitivo*⁶⁸” (las subrayas son del Tribunal).

En el *sub-lite*, si bien se invocan como causas remotas el Contrato de Concesión, el reconocimiento de las obras realizadas dentro del alcance complementario del mismo para la ampliación, rehabilitación y refuerzo de los puentes existentes en el proyecto, y el Acuerdo Conciliatorio aprobado en el año 2007 -junto con su incumplimiento por parte de la ANI-, clara e indiscutiblemente la novación alegada se erige como la causa próxima y directa de lo perseguido en el grupo de pretensiones bajo estudio, la cual, desde luego, reviste entidad jurídica propia y diferente, y supone una calificación normativa distinta de los hechos en que se sustenta, así varios de ellos resulten parcialmente comunes con los que dieron lugar al Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007.

De otra parte, tampoco puede derivarse el efecto de cosa juzgada a partir de lo ocurrido en el varias veces citado proceso arbitral No. 3567, tramitado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá con ocasión de la demanda presentada el 4 de septiembre de 2014 por CSS CONSTRUCTORES contra la ANI, no solo por cuanto, en lo concerniente a la novación alegada en el presente asunto, no hay identidad ni de objeto ni de causa con aquél, según análisis que con detenimiento ya quedó expuesto, sino, además, en atención a que los autos que no aprueban un acuerdo conciliatorio (judicial o extrajudicial) no están reconocidos en la ley con la virtualidad de generar los efectos de cosa juzgada, como sí lo están las providencias que los aprueban. Así lo precisó en oportunidad reciente el Consejo de Estado, corrigiendo, de paso, una postura anterior *obiter dictum* de la misma Corporación en sentido diverso⁶⁹.

En consecuencia, frente al grupo de pretensiones declarativas y de condena formuladas por CSS CONSTRUCTORES contra la ANI con fundamento en la novación aludida, el

⁶⁸ Alessandri R. Arturo. Tratado de Derecho Civil. T.I., Editorial Jurídica de Chile, páginas 144 y 145.

⁶⁹ En efecto, en sentencia de 26 de agosto de 2015 (SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON (E). Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01401-01(32786), se afirmó: “Al respecto resulta pertinente, sin embargo, señalar que no le asistió razón al Tribunal a quo al declarar la cosa juzgada respecto de los costos de bodegaje en que incurrió la sociedad demandante entre 1994 y el 9 de febrero de 1998, por las siguientes razones: i) el pronunciamiento jurisprudencial transcrito no es aplicable en el caso concreto a título de precedente, en la medida en que se trata simplemente de un *obiter dictum* incluido en dicha providencia a título meramente ilustrativo; lo anterior, por cuanto ii) la disposición normativa vigente al momento de la presentación de la demanda – artículo 72 de la Ley 446 de 1998- que ahora se decide en segunda instancia era clara en determinar que “[e]l acta de acuerdo conciliatorio y el auto aprobatorio debidamente ejecutoriado prestarán mérito ejecutivo y tendrán efectos de cosa juzgada” (subrayas fuera del texto), en esta perspectiva normativa y ante la claridad del legislador, toda interpretación en el sentido de darle efectos al acuerdo improbatorio de la conciliación resultaría contrario al tenor literal de la norma...” (La subraya es del texto original).

Tribunal advierte que no existe cosa juzgada, como lo pregonan la ANI y la ANDJE, por virtud del Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007 que recibiera en su momento aprobación arbitral, ni con ocasión de la demanda arbitral de 4 de septiembre de 2014 cuyo trámite (No. 3567) terminó con el auto que no aprobó la Conciliación de 22 de mayo de 2015 y declaró la falta de competencia para conocer de la controversia planteada.

Así las cosas, la no verificación de las exigencias relativas a identidad de objeto e identidad de causa conducen, inexorablemente y sin más consideraciones, a la no configuración de la cosa juzgada pregonada como soporte de la alegación de una falta de competencia que por esa vía no se estructura, de modo que la excepción en ese sentido formulada se ha de desestimar⁷⁰.

3.3.3.2. Pronunciamiento del Tribunal respecto a la alegación de falta de competencia por configurarse la caducidad de la acción

Como ya se reseñó, tanto para la ANI, como para la ANDJE, la acción ejercida por CSS CONSTRUCTORES en el presente trámite arbitral reviste la connotación de una acción ejecutiva, pues, en su sentir, lo que persigue es el cobro o pago del Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007 que, por disposición legal, y así haberlo señalado la autoridad arbitral en el auto a través del cual impartió su aprobación⁷¹, prestaba mérito ejecutivo, habiendo caducado la correspondiente acción ejecutiva el 11 de diciembre de 2012 cuando vencieron los 5 años del término legal respectivo.

Como es bien sabido, el proceso ejecutivo pretende el cumplimiento forzado de una obligación clara, expresa, y actualmente exigible; esto es, parte de la certeza acerca de la existencia del derecho que se reclama y de su titular. Por ello, como al unísono lo exige la jurisprudencia y la doctrina, con apoyo en la ley⁷², para acudir a este medio procesal es menester acreditar la existencia de un documento que en sí mismo considerado -o de varios que en conjunto así lo refleje- brinde certeza sobre la existencia del derecho de crédito cuya satisfacción persigue el accionante; se trata del conocido título ejecutivo, simple o complejo. Por el contrario, cuando dicha certidumbre no se evidencia, y se requiere, por

⁷⁰ Conviene señalar que la inexistencia de cosa juzgada, tal como la ha descrito el Tribunal, configura un escenario jurídico diferente al considerado en la Sentencia T-288 de 2013 de la Corte Constitucional, invocada por la ANI en el recurso de reposición que en su momento interpuso contra el auto que declaró la competencia en la Primera Audiencia de Trámite.

⁷¹ El ya citado Auto No. 37 contenido en el Acta No. 35 de 11 de diciembre de 2007 (Folios 045 a 074 del Cuaderno de Pruebas No. 1).

⁷² De manera principal, el artículo 422 del Código General del Proceso establece que “*Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184.*”

tanto, adelantar un proceso que contando con la contradicción del presunto obligado propenda por la demostración del derecho reclamado y la obtención de su reconocimiento en la sentencia o laudo que le ponga fin, las pretensiones que con tal objetivo se formulan no son de carácter ejecutivo, sino de conocimiento, cualquiera que sea la modalidad utilizada en su presentación, bien sea simplemente declarativas de certeza, constitutivas, o de condena. En reciente pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia recordó sobre el particular⁷³:

“(…) Pues bien, aunque el concepto de proceso judicial, en términos generales, hace referencia a una serie de actos coordinados y preestablecidos en el ordenamiento jurídico, dirigidos a obtener un pronunciamiento de fondo, con el cual se resuelva la controversia de intereses suscitada y sometida a la jurisdicción del Estado, existen diferencias entre el que busca concretar un derecho hipotético y aquel por medio del cual se pretende hacer efectivo un derecho cierto o formalmente probado. El primer evento alude al proceso declarativo y el segundo, al ejecutivo.

Aquel, por tanto, tiene como finalidad que se declare la existencia de un derecho subjetivo carente de certeza, se modifique o extinga una relación jurídica presente y de ser el caso, se imparta orden al deudor para que satisfaga una determinada prestación.

Éste, por su parte, se encamina a lograr el cumplimiento coactivo de una obligación expresa, clara y exigible contenida en documento que constituya plena prueba de ella, a cargo del deudor”.

Es absolutamente claro para el Tribunal que el grupo de pretensiones de la reforma de la demanda en ciernes⁷⁴, muy lejos de perseguir el cobro ejecutivo de obligación alguna, lo que busca, fundamentalmente, es que se declare que entre las partes de este proceso, en virtud del Otrosí de 30 de enero de 2014 celebrado entre ellas, se verificó una novación, con la consecuente extinción de la obligación dineraria contenida en el Acuerdo Conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, y a partir de dicho reconocimiento arbitral previo e indispensable mediante la correspondiente declaración, obtener una condena

⁷³ Sentencia de casación civil de 22 de septiembre de 2017 (SC15032-2017). M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

⁷⁴ Como ya se advirtió, el Tribunal está haciendo referencia a las pretensiones vigésima segunda, vigésima tercera, vigésima cuarta, vigésima quinta, vigésima sexta, vigésima séptima, primera subsidiaria a la vigésima octava y primera subsidiaria a la pretensión primera de condena; y en cuanto reclaman el reconocimiento de actualización monetaria e intereses comerciales de mora sobre la suma pedida en la última pretensión citada, se incluyen, también, la segunda pretensión principal de condena, la primera subsidiaria a la segunda principal de condena, la tercera pretensión principal de condena y la primera subsidiaria de la pretensión tercera principal de condena.

dineraria a favor de la sociedad Convocante derivada de la presunta obligación reemplazante o sustituyente.

Que haya existido en realidad la novación alegada por la Convocante, y como consecuencia de ello, haya lugar a imponer una condena a cargo de la accionada, es, desde luego, una situación incierta cuya declaración y reconocimiento en el Laudo dependerá, precisamente, de la demostración probatoria que en el plenario se haya recaudado acerca de la concurrencia de los requisitos legales exigidos para tal efecto.

El conjunto de pretensiones bajo estudio no está, pues, reclamando el cobro ejecutivo de la obligación dineraria acordada en el Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007; lo que en esencia persigue el *petitum*, configurando una situación sustancial y procesalmente distinta, es la declaratoria de extinción –por novación– de dicha obligación, y su reemplazo por otra nueva –de hacer–, consistente en someter la definición de lo adeudado a la decisión de un tribunal arbitral. Cuestión distinta, por supuesto, es si a la Convocante le asiste, o no, razón en su planteamiento, estudio del que pronto se ocupará el Tribunal.

Por tanto, al tratarse de unas pretensiones de contenido simplemente declarativo y de condena, fundadas, acorde con el planteamiento de la Convocante, en el acuerdo contenido en el Otrosí de 30 enero de 2014, con alcance de novación en su sentir, se está en frente, en lo concerniente a tales pretensiones, a una típica controversia de carácter contractual (art. 141 del CPACA), que queda comprendida dentro del amplio espectro material fijado en el pacto arbitral incluido en la cláusula trigésima novena del Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, que fuera modificada en el mismo Otrosí del 30 de enero de 2014 (cláusula décima primera), en cuya virtud, *"Cualquier divergencia que surja entre las Partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este Contrato, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento Nacional de conformidad con la ley 1563 de 2012 y las reglas que a continuación se establecen (...)"*.

Así las cosas, en relación con el grupo de pretensiones alusivas a la novación que se alega con ocasión de la celebración del Otrosí contractual de enero de 2014, el análisis de la caducidad respectiva no puede girar en torno de la que es propia de las acciones ejecutivas, sino de las relativas a contratos, y, en particular, sujeta a las reglas especiales previstas por el legislador en esta materia en el artículo 164 del CPACA para los contratos estatales que requieren liquidación -como sucede con el contrato de concesión a la luz de lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y la cláusula trigésima quinta del Contrato de Concesión No. 0849 de 1995⁷⁵-, según las cuales, en ningún caso, el punto de inicio para el cómputo

⁷⁵ Reza la cláusula trigésima quinta del Contrato de Concesión: *"LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO: Con aplicación del procedimiento y demás requisitos consagrados en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 se procederá a la liquidación del contrato de común acuerdo entre el representante legal del INSTITUTO*

del término respectivo de 2 años comienza antes del día siguiente a la terminación del contrato por cualquier causa (numeral ii del literal j) del artículo 60 recién citado). Según la distinción establecida por el legislador, en los contratos que requieran de liquidación, y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, el término de caducidad corre desde el día siguiente al de la firma del acta (numeral iii del mismo literal); en los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe (numeral iv); y en los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga (numeral v).

En este sentido, las referencias temporales de las que da evidencia el expediente arbitral muestran que la demanda del 22 de abril de 2016, que dio origen al presente trámite, fue presentada oportunamente, toda vez que, de una parte, la Convocante plantea dentro de sus fundamentos fácticos y sustanciales que la novación contenida en el Otrosí de 30 de enero de 2014 fue ratificada, y la obligación respectiva vino a ser cuantificada, en el Acuerdo Conciliatorio de 22 de mayo de 2015, y de otra parte, que de conformidad con lo establecido en el referido Otrosí de 2014 (Cláusula Sexta), *"En la fecha en que se cumpla la TIR pactada según lo establecido en la Cláusula Primera del presente acuerdo, y una vez se paguen y crucen la totalidad de las deudas a que hace referencia la cláusula segunda de este acuerdo, se dará por terminada la concesión objeto del Contrato de Concesión 849 de fecha 19 de julio de 1995"*, y según el "Acta mensual de seguimiento al modelo financiero para la obtención de la TIR contractual" correspondiente al mes de octubre del año 2015, suscrita por las partes el 25 de noviembre de ese año⁷⁶, la TIR contractual se alcanzó el 25 de octubre de 2015⁷⁷.

Respecto de la controversia bajo examen, tal como fue planteada por la Demandante, referente al que debe ceñirse el Tribunal, no se configura la caducidad que se invoca en apoyo de la alegación de una falta de competencia que, por lo tanto, tampoco se estructura, lo que conduce a la desestimación de la excepción formulada bajo esa consideración.

NACIONAL DE VÍAS o por quien haya sido delegado mediante resolución, y EL CONCESIONARIO, dentro de los tres meses siguientes a la finalización del plazo del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación o a la fecha del acuerdo que la disponga. PARÁGRAFO. Si no se llega a un acuerdo sobre el contenido de la liquidación o si el CONCESIONARIO no se presenta a la liquidación, la misma será practicada directa y unilateralmente, por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, y se expedirá mediante acto administrativo susceptible de recurso de reposición".

⁷⁶ Folios 433 a 436 del Cuaderno de pruebas 3.

⁷⁷ Numeral 4 de la citada Acta.

3.4. Conclusiones del Tribunal en materia de competencia

De conformidad con las motivaciones que, a espacio, quedaron expuestas con antelación, en lo concerniente a la competencia del Tribunal para conocer de la presente controversia arbitral, se concluye lo siguiente:

- (i) En virtud de la falta de competencia declarada en el caso arbitral No. 3567 mediante providencia en firme, y, por ende, en razón a la extinción de los efectos de la cláusula compromisoria contenida en la estipulación trigésima novena del Contrato de Concesión No. 0849 de 1995 para el caso en concreto, con el alcance dispuesto en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, el presente Tribunal carece de competencia, y así se declarará en la parte resolutive del Laudo, para resolver sobre las siguientes pretensiones declarativas de la reforma integral de la demanda presentada por CSS CONSTRUCTORES contra la ANI: PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA, CUARTA, QUINTA, SEXTA, SÉPTIMA, OCTAVA, NOVENA, DÉCIMA, DÉCIMA PRIMERA, DÉCIMA SEGUNDA, DÉCIMA TERCERA, DÉCIMA CUARTA, DÉCIMA QUINTA, DÉCIMA SEXTA, DÉCIMA SÉPTIMA, DÉCIMA OCTAVA, DÉCIMA NOVENA, VIGÉSIMA, VIGÉSIMA PRIMERA Y VIGÉSIMA OCTAVA; y de las siguientes pretensiones de condena: PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE CONDENA, y sus consecuenciales en materia de actualización monetaria e intereses solicitadas en la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE CONDENA, PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA, TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE CONDENA y PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL DE CONDENA.
- (ii) Por el contrario, el Tribunal es competente para resolver -de lo que ocupará en el acápite siguiente de este Laudo- el grupo de pretensiones declarativas y de condena formuladas por la Convocante en el escrito de reforma integral de la demanda con sustento en la alegada novación de la obligación contenida en el Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007, que en su sentir se habría producido con ocasión del Otrosí de 30 de enero de 2014 al Contrato de Concesión –y ratificada posteriormente-, esto es, en lo que respecta a las pretensiones declarativas, la VIGÉSIMA SEGUNDA, VIGÉSIMA TERCERA, VIGÉSIMA CUARTA, VIGÉSIMA QUINTA, VIGÉSIMA SEXTA, VIGÉSIMA SÉPTIMA y PRIMERA SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA OCTAVA; y en lo que concierne a las pretensiones de condena, la PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRIMERA DE CONDENA, y sus solicitudes consecuenciales en materia de actualización monetaria e intereses de mora contenidas en la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE CONDENA, PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA, TERCERA PRETENSIÓN

PRINCIPAL DE CONDENA, y PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN
TERCERA PRINCIPAL DE CONDENA.

- (iii) En cuanto al anterior grupo de pretensiones de la reforma de la demanda fundadas en la figura jurídica de la novación, por las razones ya suficientemente reseñadas, no está llamada a prosperar la excepción de falta de competencia propuesta por la Convocada -y alegada por la ANDJE-, por no encontrarse configuradas ni la cosa juzgada, ni la caducidad de la acción, fenómenos jurídicos invocados como fundamento del medio defensivo propuesto.

4. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA REFORMA INTEGRAL DE LA DEMANDA RESPECTO DE LAS CUALES TIENE COMPETENCIA

4.1. La novación planteada por la Convocante

Como ya se puso de presente, un grupo central de las pretensiones formuladas por la Convocante en su escrito de reforma integral de la demanda, tanto de orden declarativo, como de condena, se estructuran en función de la aspiración de reconocimiento, en el asunto *sub-lite*, del fenómeno jurídico de la novación.

En ese sentido, como pretensiones declarativas CSS CONSTRUCTORES formula las siguientes, que es útil recordar una vez más:

***“VIGÉSIMA SEGUNDA:** Declarar que mediante la suscripción del otrosí suscrito el 30 de enero de 2014, operó la novación de la obligación de pago contenida en el acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007 en los términos previstos en el artículo 1687 del Código Civil.*

***VIGÉSIMA TERCERA:** Declarar que la novación de la obligación de pago contenida en el acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007 es válida en concordancia con lo previsto en los artículos 1687, 1689, 1690 numeral 1, y 1693 del Código Civil.*

***VIGÉSIMA CUARTA:** Declarar que la novación se efectuó en los términos del artículo 1690 numeral 1 del Código Civil, toda vez que se sustituyó la obligación de pago del saldo adeudado por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI) al Concesionario derivada del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007 aprobado mediante auto N° 37, incluido en el Acta N° 35 del once (11) de diciembre de 2007 del Tribunal de Arbitramento que conoció de la misma en su momento, a cargo del Instituto*

Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI), por la obligación mutua y consensuada de someter a decisión de un tribunal de arbitramento la determinación del saldo pendiente de pago por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI al Concesionario (CSS Constructores S.A.) por concepto del capital faltante y los intereses de mora correspondientes, derivados del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007, como consecuencia de la ejecución por el Concesionario de obras complementarias en desarrollo del contrato de concesión No. 0849 de 1995.

***VIGÉSIMA QUINTA:** Declarar que en cumplimiento del acuerdo consignado en el otrosí suscrito el 30 de enero de 2014, el Concesionario (CSS Constructores S.A.) el 4 de septiembre de 2014 presentó convocatoria arbitral contra la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, solicitando la definición y reconocimiento del capital faltante y los intereses de mora correspondientes, derivados del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007, ratificando con ello la novación de la obligación, realizada en el Otrosí del 30 de enero del 2014.*

***VIGÉSIMA SEXTA:** Declarar que en desarrollo del trámite arbitral iniciado el 4 de septiembre de 2014 por el Concesionario (CSS Constructores S.A.), el 22 de mayo de 2015, se suscribió entre LAS PARTES del Contrato de Concesión 0849 de 1995, un acuerdo de conciliación, mediante el cual la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, reconoce expresamente como saldo adeudado al Concesionario (CSS Constructores S.A.), por concepto de saldo del capital e intereses de mora liquidados a 30 de abril de 2015 la suma de VEINTE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$20.966.979.377), a título de conciliación, para definir la controversia que sostenían en torno a esta deuda.*

***VIGÉSIMA SÉPTIMA:** Declarar que el acuerdo conciliatorio celebrado entre LAS PARTES del Contrato de Concesión 0849 de 1995, el 22 de mayo de 2015 durante el trámite arbitral iniciado por el Concesionario (CSS Constructores S.A.) el 4 de septiembre de 2014, fue aceptado por el Concesionario y fue objeto de aprobación por el Comité de Conciliación de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, ratificando con ello la novación de la obligación, realizada en el Otrosí del 30 de enero del 2014.*

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA OCTAVA: Declarar que a la fecha de presentación de esta demanda la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, debe al Concesionario (**CSS CONSTRUCTORES S.A.**) la suma de **VEINTIDÓS MIL NOVECIENTOS SIETE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$22.907.962.842)** o la que resulte probada en este proceso por concepto del capital restante y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de la obligación de pago a cargo de la entidad contratante, derivada del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007, la cual fue novada por Las Partes mediante otro sí suscrito el 30 de enero de 2014 y posteriormente cuantificada y establecida la forma de pago en el acuerdo conciliatorio del 22 de mayo de 2015”.

En concordancia con las anteriores pretensiones declarativas, la sociedad Convocante -- formula las siguientes peticiones de condena:

“PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRIMERA DE CONDENA: Que se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** a pagar a la sociedad **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, la suma de **VEINTIDÓS MIL NOVECIENTOS SIETE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$22.907.962.842)**, liquidado a 31 de marzo de 2016, o la que resulte probada en este proceso, por concepto del capital restante y los intereses causados por la mora, según acuerdo conciliatorio del 22 de mayo de 2015.

SEGUNDA: Que se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** a pagar las sumas que resulten de la pretensión primera de condena debidamente actualizadas de conformidad con lo dispuesto en la cláusula trigésima sexta del contrato de Concesión No. 849 de 1995, modificada por la cláusula décima cuarta del Documento Modificatorio del 6 de abril de 1999.

PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA: Que en subsidio a la pretensión anterior, se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** a pagar las sumas que resulten de la pretensión primera de condena actualizadas debidamente, mediante la aplicación del IPC vigente a la fecha de la expedición del Laudo Arbitral que ponga fin al proceso, certificado por el DANE de conformidad con lo dispuesto con el artículo 4º Numeral 8 de la Ley 80 de 1993.

TERCERA: *Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI a pagar, respecto de cualquier suma de dinero debidamente actualizada que resulte en favor de CSS CONSTRUCTORES S.A., los intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada por la ley comercial colombiana.*

PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL DE CONDENA. *Que, igualmente, respecto de cualquier suma de dinero debidamente actualizada que resulte en favor de CSS CONSTRUCTORES S.A., se liquiden intereses comerciales moratorios a la tasa definida por el Tribunal de Arbitramento, aplicando los criterios de ley establecidos a este efecto (artículo 4, numeral 8, Ley 80 de 1993)”.*

Como sustento fáctico de la novación alegada, en el escrito de reforma integral de la demanda se hace alusión cronológica a diversos hechos contenidos principalmente en los “ANTECEDENTES GENERALES” y en los “ANTECEDENTES CONCRETOS DE LA DEMANDA”, dentro de los cuales se resaltan los siguientes alusivos en forma específica al planteado fenómeno de la novación:

- (i) En el **hecho 3.1.19.** se afirma que *“Como resultado de las mesas de trabajo instauradas en cumplimiento del documento denominado ‘Bases de Conversaciones’, LAS PARTES del contrato de Concesión No. 0849 de 1995, suscribieron el Otrosí del 30 de enero de 2014, y novaron la obligación discutida: Acordaron las partes en dicho documento someter a decisión de un tribunal de arbitramento las controversias vigentes, entre ellas, la determinación del saldo pendiente de pago por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, al concesionario por concepto del capital faltante y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad contratante, derivadas del acuerdo conciliatorio suscrito el 28 de noviembre de 2007”.*
- (ii) En el **hecho 3.1.20.** se señala que *“En cumplimiento de la obligación asumida por el Concesionario, en virtud de la novación realizada en el Otrosí del 30 de enero de 2014, el Concesionario (CSS Constructores S.A.), el 4 de septiembre de 2014, presentó demanda arbitral solicitando el reconocimiento y pago del saldo adeudado por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA del acuerdo conciliatorio del 28 de noviembre de 2007”.*
- (iii) A continuación, en el **hecho 3.1.21.,** se agrega que *“En desarrollo del trámite*

arbitral referido en el numeral 3.1.20 anterior, el 22 de mayo de 2015, se suscribió entre LAS PARTES del Contrato de Concesión 0849 de 1995, un acuerdo de conciliación, mediante el cual la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI, reconoce expresamente como saldo adeudado al Concesionario (CSS Constructores S.A.), por concepto de saldo del capital e intereses de mora liquidados a 30 de abril de 2015 la suma de VEINTE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$20.966.979.377), a título de conciliación, para definir la controversia que habían sometido al conocimiento de un Tribunal de Arbitramento en cumplimiento de lo pactado en el Otrosí del 30 de enero de 2014”.

- (iv) Según se indica en el **hecho 3.1.25** de la demanda integrada, *“Al actualizar a la fecha de liquidación señalada, a saber 31 de marzo de 2016, el cálculo, a través de la aplicación de esta metodología (se refiere a la señalada en el hecho 3.1.22.), se determina que el valor final asciende, con esa fecha de corte, a la suma de VEINTIDÓS MIL NOVECIENTOS SIETE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$22.907.962.842), petición subsidiaria incluida en esta demanda”.*
- (v) Luego de aludir en los **hechos 3.3.3 a 3.3.7** al interés de las partes en el documento contentivo de las “bases de conversación” suscrito el 20 de septiembre de 2013; a la inclusión en la mesa de trabajo financiera-jurídica del tema relativo al “*Tribunal de Arbitramento ‘Puentes’ - Acta 35 del 11 de diciembre de 2007*”; al período de tiempo transcurrido con plurales sesiones de trabajo con la participación de diferentes dependencias de la ANI, la firma Interventora y el Concesionario, hasta concluir en la firma del Otrosí del 30 de enero de 2014, sin llegar a un acuerdo en lo referente al pago del saldo adeudado por concepto del acuerdo conciliatorio aprobado por el Tribunal de Arbitramento “Puentes”; y dado que las partes determinaron que tal aspecto sería resuelto de conformidad con lo pactado en la cláusula décima sobre “controversias pendientes”, la sociedad Convocante asevera en el aparte final del **hecho 3.3.7** que *“De esta manera, LAS PARTES, de común acuerdo novaron la obligación de pago a cargo de la ANI del saldo del crédito surgido a favor del concesionario en el Acuerdo Conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, aprobado por el Tribunal de Arbitramento que entonces conocía de la controversia en diciembre de 2007, por el sometimiento de su cuantía a la definición de un Tribunal de Arbitramento, en los términos y con las consecuencias jurídicas dispuestas en los artículos 1687 y 1689 del Código Civil”* (resaltado por el Tribunal).

- (vi) Haciendo referencia fáctica, de nuevo, al Otrosí del 30 de enero de 2014, a las demandas arbitrales instauradas por CONSTRUCTORA CSS el 4 de septiembre de ese año en desarrollo de lo pactado en ese Otrosí, al acuerdo conciliatorio de 22 de mayo de 2015 suscrito entre las partes, y sus mesas de trabajo previas del 17, 24, 27 y 31 de marzo de 2015 (**hechos 3.3.9 a 3.3.16, y 3.3.20 y 3.3.21**), la Convocante asevera, en el **hecho 3.3.17**, que *“Es así cómo, la entidad decidió libremente, exenta de toda coacción, honrando la buena fe negocial, en virtud de las obligaciones que tenía con el concesionario por la ejecución del contrato, sustituir la obligación original por la de someter a la definición de un Tribunal de Arbitramento el monto adeudado por concepto del saldo insoluto, voluntad que ratificó con su compromiso de pagar un nuevo valor, **CONCILLANDO** aquellos aspectos que eran objeto de controversia no sólo por cuenta de los Tribunales que se encontraban en curso, sino por el hecho cierto de que dichos acuerdos derivaron de la obligación originaria que se tenía con el Concesionario, en un todo de acuerdo con los documentos ‘Base de Conversaciones’, el Otrosí del 30 de enero de 2014, las conversaciones con posterioridad a ello durante el mes de marzo de 2015, y por supuesto, el contrato de concesión”*.
- (vii) En la misma línea, la Convocante reitera que la ANI *“decidió novar el pago de la obligación que tenía pendiente con el contratista concesionario, sustituyendo una obligación nueva (el sometimiento a un panel arbitral de la definición del monto del saldo insoluto, ratificado con el acuerdo conciliatorio del 22 de mayo de 2015) por otra anterior, siendo esta última el saldo del monto acordado en el acuerdo conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, aprobado por el Tribunal de Arbitramento mediante auto del 11 de diciembre de 2007” (hecho 3.3.18)*, a lo que agrega que *“Sin duda, tan fue novada esta obligación, por virtud del acuerdo de voluntades surtido entre los mismos sujetos, acreedor y deudor, de la obligación primitiva de conformidad con el artículo 1689 del Código Civil, que el Concesionario aceptó –en el marco de la conciliación que se adelantaba en el Tribunal de Arbitramento convocado al efecto y en cumplimiento de la novación operada en el Otrosí del 30 de enero de 2014- reducir el monto debido, en más de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000,00), pasando de \$25.801.927.979 a \$20.966.979.377, sin considerar las fechas de liquidación, todo en aras de lograr un acuerdo definitivo con la ANI, entidad que aceptó expresamente ese convenio mediante la firma del acuerdo conciliatorio que si bien se sometía a consideración del Tribunal que en ese momento estaba conociendo del asunto, tal como la ley procesal lo ordena, lo cierto es que contenía la voluntad expresa de las partes de renegociar y modificar en todos sus términos, una obligación efectivamente debida, cuya existencia NUNCA FUE OBJETO DE CONTROVERSIA, y de definir por la vía conciliatoria EL MONTO DE LA MISMA, que por tanto tiempo las tuvo*

enfrentadas” (hecho 3.3.19).

Por consiguiente, el planteamiento central de la Demandante en este frente del pleito arbitral descansa en una consideración principal según el cual, en virtud del Otrosí de 30 de enero de 2014 al Contrato de Concesión No. 849 de 1995 suscrito por las partes, se configuró el fenómeno jurídico de la novación de la obligación de pago contenida en el Acuerdo Conciliatorio firmado por los contratantes el 28 de noviembre de 2007, que fuera aprobado por la autoridad arbitral del momento, por la obligación de someter a decisión de un tribunal de arbitraje la determinación del saldo pendiente a cargo de la ANI por concepto del capital impagado y los intereses de mora derivados de la referida conciliación; novación que, en sentir de la Demandante, fue ratificada con la presentación de la demanda arbitral del 4 de septiembre de 2014 en que la Convocante solicitó el reconocimiento y pago del saldo adeudado por la ANI del acuerdo conciliatorio del 28 de noviembre de 2007 y, luego, con el Acuerdo Conciliatorio del 22 de mayo de 2015, en el que se acordó por ese concepto la suma de veinte mil novecientos sesenta y seis millones novecientos setenta y nueve mil trescientos setenta y siete pesos (\$20.966.979.377). En sustento jurídico de su planteamiento, en la reforma de la demanda se invocan de manera particular los artículos 1687, 1689, 1690 –numeral 1- y 1693 del Código Civil.

Reiterando en lo fundamental su planteamiento, en los alegatos de conclusión la Convocante afirma que se produjo la novación de una obligación primitiva que consistía en “dar” una suma de dinero, en las condiciones del Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007, la cual quedó extinguida en su objeto, por una nueva obligación “de hacer”, consistente en la convocatoria de un tribunal arbitral que defina la forma de pago de lo adeudado.

Bajo la advertencia de que la intención de novar no necesita de una formalidad expresa sino que basta con una intención tácita, según considera la Convocante, conforme al contenido del Otrosí de 30 de enero de 2014 y del Acuerdo Conciliatorio de 22 de mayo de 2015 -este último en que se reconoció por las partes que la ANI pagaría la suma de \$20.966.979.377-, resulta palmario el “*animus novandi*” de quienes intervinieron en la discusión y redacción de tales documentos. De no reconocerse la obligación novada, asevera la sociedad Convocante, se configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de la ANI.

Finalmente, en cuanto a la cuantía del saldo de capital e intereses debidos, la Convocante en sus alegaciones finales alude, de una parte, a ciertos oficios de la interventoría⁷⁸ que a 30 de abril de 2015 la estiman en \$20.966.979.377, y de otra, al dictamen pericial rendido

⁷⁸ CIV BIL 1752 1094, con radicado ANI No.2013-4090187492 del 17 de mayo de 2013, y CIV BIL-1752-2247-2 de 21 de mayo de 2015 con radicado ANI No. 2015-409-029393-2 (páginas 46 y 47 de los alegatos escritos).

en el proceso, que actualiza la anterior cifra hasta el 31 de agosto de 2017 en la suma de \$33.566.421.414.

4.2. La oposición de la Convocada y de la ANDJE en punto a la novación

La ANI, desde su escrito de contestación a la demanda inicial, y luego a la reforma integral de aquélla, ha expresado su oposición a la novación alegada por la sociedad convocante.

En lo que concierne de manera específica a este aspecto de la controversia arbitral, el rechazo de la entidad convocada se apoya, como se advierte en la respuesta a los hechos de la demanda alusivos al tema, y en la excepción propuesta bajo el rótulo de “LA SUSCRIPCIÓN DEL OTROSÍ DE 2014 JAMÁS NOVÓ OBLIGACIONES NI REVIVió TÉRMINOS DE CADUCIDAD”, en los siguientes puntos principales:

- (i) No hubo novación de la obligación originada en el Acta No. 35 del Tribunal Arbitral “de Puentes”. Para la ANI no es cierto que las partes hubieran decidido en el Otrosí del 30 de enero de 2014 que lo referente al pago del supuesto saldo por concepto del Acuerdo Conciliatorio de 2007 se resolviera a través de un tribunal arbitral, y menos aún que por esa vía se revivan términos de caducidad y asuntos que ya habían hecho tránsito a cosa juzgada al haber sido conciliados en el pasado.
- (ii) La ANI jamás consintió en una novación de la citada obligación, lo cual habría requerido haberse hecho de manera expresa conforme lo señala el artículo 1693 del C.C.
- (iii) En cuanto al Acuerdo Conciliatorio de 22 de mayo de 2015, alega que se condicionó su cumplimiento al concepto favorable del Ministerio Público y a la aprobación del Tribunal Arbitral, lo que no ocurrió. Por tanto, para la Convocada, dicho Acuerdo Conciliatorio no produjo efecto alguno.

En los alegatos de conclusión, la ANI reafirma su oposición a la novación alegada por la Convocante, haciendo alusión, en esencia, a los mismos puntos esbozados en el escrito de contestación a la reforma de la demanda, para concluir, de una parte, que la ANI no aceptó en el Otrosí de 2014 que se sometiera al conocimiento de un tribunal arbitral los asuntos que ya habían sido conciliados en noviembre de 2007, y de la otra, que en el Acuerdo Conciliatorio del año 2015 no se efectuó ninguna ratificación a la supuesta novación de la conciliación del 2007, pues la negociación se hizo sobre la misma obligación con la condición de que fuera aprobada por el respectivo tribunal de arbitramento, lo que no sucedió mediante decisión que hizo tránsito a cosa juzgada.

Por su parte, la ANDJE, en la misma línea argumentativa de la ANI, señala en sus alegaciones finales⁷⁹ que el Otrosí de 30 de enero de 2014 no tuvo la virtualidad jurídica de novar la obligación de pago contenida en el Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007, no habiéndose probado que hubiese tenido lugar lo exigido en el artículo 1693 del C.C. para efectos de operar la novación, y que aunque las partes firmaron el citado otrosí de 2014, la ANI no hizo ningún reconocimiento que permita inferir su intención de revivir términos caducos o de novar la obligación.

4.3. El concepto del Ministerio Público en materia de novación

En cuanto a la novación alegada por la sociedad actora, el Agente del Ministerio Público llega a la conclusión de que *“no logró acreditarse con plena certeza y suficiencia, los elementos sustanciales y probatorios que permitan determinar que con los documentos suscritos entre las partes, denominados Otrosí, del 30 de enero de 2014, y el Acuerdo Conciliatorio del 22 de mayo de 2015, improbad por un Tribunal de Arbitramento, se produjo las (sic) novación de la obligación contenida en el acta aprobatoria del acuerdo conciliatorio del 28 de noviembre de 2007.”*⁸⁰ (La negrilla es del texto original).

El Agente del Ministerio Público arriba a la anterior conclusión, con base en las siguientes consideraciones centrales:

- (i) Con base en la regulación legal del Código Civil sobre la novación (artículo 1687 y siguientes), y con apoyo en cierta jurisprudencia⁸¹ y doctrina⁸² que trae a colación, señala que son varios los requisitos necesarios para que se presente la novación, resaltando de manera principal que exista el *animus novandi*, el cual no se presume. Adicionalmente, se requiere la inclusión de un elemento estructural o factor nuevo.
- (ii) Esos requisitos no se cumplen u observan en los documentos invocados por la actora como sustento de la novación, esto es, ni el Otrosí del 30 de enero de 2014, ni el acuerdo conciliatorio de 22 de mayo de 2015. En ninguno de estos documentos, según el Ministerio Público, hay una declaración expresa de las partes que indique que se están novando las obligaciones contenidas en la conciliación de noviembre de 2007, como tampoco aparece en dichos documentos *“indudablemente que su intención ha sido novar la obligación”*.
- (iii) En cuanto al Acuerdo Conciliatorio de 22 de mayo de 2015, agrega que el mismo

⁷⁹ Página 17 del escrito de alegatos de conclusión.

⁸⁰ Página 59 del escrito contentivo del “Concepto de fondo” del Procurador 135 Judicial II para Asuntos Administrativos, de fecha 20 de noviembre de 2017 -Cuaderno Principal No.3-.

⁸¹ Del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia.

⁸² Se cita a Fernando Hinestrosa en su Tratado de Obligaciones.

carece de validez ante la condición resolutoria establecida de la necesaria aprobación por parte del tribunal de arbitramento y el concepto favorable del Ministerio Público. Aún en el evento que se quisiera buscar la intención de las partes en su celebración, para el Agente del Ministerio Público no se podría deducir nada más que el posible reconocimiento del saldo de la deuda originada en el Acuerdo Conciliatorio del 2007, pero no la novación de esa obligación por otra.

- (iv) En adición, para el Agente del Ministerio Público, en ninguno de los citados documentos se evidencia la presencia de un elemento estructural nuevo, como el cambio de uno de sus sujetos, del objeto o de la causa.

4.4. Las consideraciones sustanciales del Tribunal en torno a la novación

Ninguna duda jurídica ofrece que el Contrato de Concesión No. 0849 de 1995 es de naturaleza estatal, de conformidad con lo establecido en el artículo 32, en concordancia con el numeral 1 del artículo 2, ambos de la Ley 80 de 1993; como tampoco, según lo pregona con claridad el artículo 13 de la misma Ley, que los contratos estatales se rigen por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en el Estatuto General de Contratación Estatal.

Toda vez que la novación no encuentra regulación particular en el Estatuto General de Contratación Estatal, ni en sus disposiciones modificatorias y reglamentarias, es menester acudir al régimen sustancial contenido en el derecho privado, de manera especial en el Código Civil, que ciertamente se ocupa de fijar los contornos fundamentales de esta figura jurídica, inspirados, sin lugar a duda, en enseñanzas que se remontan al derecho romano⁸³.

De entrada, debe resaltarse la connotación evidente que la novación tiene en nuestro ordenamiento jurídico como un modo de extinción de las obligaciones. Así lo precisa con absoluta claridad el numeral 2º del artículo 1625 del C.C. al señalar que, además de otras causas posibles de extinción, las obligaciones fenecen en todo o en parte por novación. El efecto extintivo de una obligación es, por tanto, un elemento esencial de la novación.

Este modo de extinción de las obligaciones, según lo precisa el artículo 1687 del C.C., consiste en *“la sustitución de una obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida”*. Esto es, la novación extingue una obligación mediante la creación de otra nueva llamada a sustituirla o reemplazarla. Como lo ha expresado, de antaño, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, *“En virtud de esta figura la relación jurídica antigua se*

⁸³ Según se recopila en el Digesto (46.2.1), los romanos ya aludían a la *“novatio”* como *“una transfusión y traslación de una deuda anterior a otra obligación, o civil o natural, esto es, cuando por virtud de otra causa precedente se constituye una nueva, de modo que se extinga la primera; porque la novación recibió su nombre de la palabra ‘nueva’, y de obligación ‘nueva’”*.

*extingue por el nacimiento de otra que ocupa su lugar; una obligación reemplaza a la otra*⁸⁴. O, en palabras del Consejo de Estado, siguiendo la misma línea conceptual, *“La novación como medio de extinguir las obligaciones, es entendida como la obligación modificada o renovada por voluntad de las partes, quienes buscan producir el efecto de reemplazar la obligación primitiva por otra nueva y distinta; en otros términos, sustituyen la antigua obligación por una nueva (art. 1.625, num. 2 del C. C.)*⁸⁵.

La novación, entonces, supone un acuerdo de voluntades entre el acreedor y el deudor (el artículo 1689 C.C. habla del “contrato de novación”) que evidencia una dimensión bifronte e inseparable en materia de efectos: se extingue una obligación primigenia, y, al mismo tiempo, se da nacimiento a una nueva, sin que pueda escindirse un aspecto del otro, pues ambos van juntos, cogidos de la mano, y unidos en una recíproca relación de causalidad.

Conforme lo precisa el legislador (artículo 1690 C.C.), la novación puede efectuarse de tres modos: (i) sustituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor; (ii) contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, quedando en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor; y (iii) sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda liberado. En el primer evento se habla de una novación “objetiva” (no hay modificación en los sujetos), mientras que en los dos restantes, de una novación “subjettiva” (hay modificación en los sujetos), bien por cambio de acreedor, ora del deudor, o de ambos. Como bien ha tenido ocasión de precisar la Corte Suprema de Justicia:

*“La novación es un modo de extinción de las obligaciones (artículo 1625 del C.C.), consistente en la sustitución de una por otra de ellas, en virtud de lo cual la primitiva queda extinguida (artículo 1687 C.C.). Al tenor del artículo 1690 del C.C., la novación reviste dos modalidades: subjettiva u objetiva, según que el cambio de la obligación esté determinado por el reemplazo del acreedor o del deudor, o bien por el objeto de la misma”*⁸⁶.

Ahora bien, a partir de las previsiones fijadas en la ley (principalmente en los artículos 1688 a 1694 C.C.), la doctrina y la jurisprudencia, al unísono, aunque no siempre presentados de la misma manera, coinciden en identificar cuáles son los requisitos que deben concurrir para que se verifique la novación en cualquiera de sus modalidades. En este sentido, haciendo abstracción de las distintas opciones de presentación del tema, se suelen señalar las siguientes exigencias: (i) El reemplazo o la sustitución de una obligación

⁸⁴ Sentencia de Casación Civil de mayo 31 de 1940. M.P. Liborio Escallón.

⁸⁵ Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Sección Tercera, expediente 25000-23-26-000-2000-02043-01(24414), reiterado en sentencia de 29 de mayo de 2014, Sección Tercera, Subsección A, Radicación: 25000-23-26-000-2001-00071-01(27563).

⁸⁶ Sentencia de Casación Civil No. 007 de 23 de enero de 1992. M.P. Eduardo García Sarmiento.

preexistente válida que se extingue por una nueva, también válida; (ii) La existencia de un elemento diferencial entre ambas (*aliquid novi*); (iii) La intención o voluntad de novar (*animus novandi*), y (iv) la capacidad de las partes para novar.

Es evidente, en primer lugar, que para que haya novación, debe existir **una obligación primitiva** –que es la que se extingue- y **una obligación nueva** –que es la que nace en sustitución de la primera-, sin importar si se trata de obligaciones civiles –que es lo que suele ocurrir en la práctica negocial- o meramente naturales –lo que es excepcional-, siempre y cuando sean válidas. Dice, al respecto, el artículo 1689 del C.C. que “*Para que sea válida la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación, sean válidos, a lo menos naturalmente*”. Resulta de la mayor obviedad que no puede extinguirse por novación una obligación que no existe o la que no tiene validez legal, como tampoco se configura novación si no hay lugar al nacimiento de una obligación nueva que reemplaza o sustituye a aquélla.

En segundo término, debe haber **una diferencia entre ambas obligaciones**, la primitiva y la nueva. Desde luego, si ambas obligaciones son iguales entre sí, no habrá novación. Se requiere, entonces, la presencia de un elemento nuevo o novedoso (*aliquid novi*). La novedad, como lo ilustra el legislador en el artículo 1690 del C.C. ya citado, puede girar alrededor de algunos de los elementos de la obligación, bien sea el sujeto activo, el sujeto pasivo, el objeto, o el vínculo, dando lugar a las distintas modalidades de novación antes reseñadas, bajo el entendido, por supuesto, conforme el legislador se encarga de indicarlo, que no toda modificación supone de manera automática la existencia de novación (artículos 1705 a 1709 del C.C.).

En tercer lugar, como exigencia de significativa relevancia, se impone la existencia de *animus novandi*, es decir, de una clara e inequívoca voluntad o intención de las partes de novar una obligación por otra. En voces del legislador, “*Para que haya novación es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua*” (artículo 1693, inciso primero, del C.C.).

Como se desprende con claridad del texto legal recién transcrito, el *animus novandi* puede reflejarse de manera expresa o tácita, siempre y cuando, en uno u otro evento, sea inequívoca la existencia de una voluntad e intención novatoria de las partes. En el primer caso, se está ante una declaración explícita de los interesados en el sentido de extinguir una obligación, para sustituirla por una nueva; la voluntad de novar se hace manifiesta de manera expresa en el acuerdo de novación. En el segundo caso, aunque no hay declaración explícita de las partes, la voluntad e intención de novar, con el alcance que tal mecanismo

jurídico comporta, se evidencia de modo patente; o como lo ilustra el legislador, aparece “*indudablemente que su intención ha sido novar*”.

En el desarrollo de la vida negocial puede ocurrir, pues desde la óptica jurídica nada se opone a ello, que entre las mismas partes coexistan dos obligaciones (una nueva y otra antigua), sin que la una suponga la extinción de la otra, o sin que opere una necesaria sustitución obligacional entre ambas, así haya alguna relación o conexión entre ellas. De ahí la importancia, si de lo que se trata es de realmente novar una obligación por otra, de que el ánimo o intención en ese sentido se evidencie en forma diáfana e incontrastable, sea en forma expresa, ora tácitamente. De no constar en forma fehaciente el *animus novandi*, si no aparece la intención inequívoca de novar -en forma expresa o de manera tácita según lo recién puntualizado-, se abre paso a la hipótesis según la cual, conforme lo precisa con absoluta claridad el mismo legislador, “*se mirarán las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera*” (artículo 1693, inciso segundo, del C.C.).

Así las cosas, ante la ausencia de una declaración expresa del ánimo novatorio, para que este último pueda ser reconocido por el operador judicial –arbitral en este caso-, debe reflejarse tal intención de las partes de manera clara, categórica, sin asomo de duda, y sin que haya, por lo mismo, lugar a presumirla (*novatio non praesumitur*). Así lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, de distintas maneras.

En efecto, de tiempo atrás la Corte Suprema de Justicia ha enfatizado que “*Por lo que respecta a la novación objetiva, que es la que interesa considerar, ella se surte mediante acuerdo de voluntades entre los mismos sujetos acreedor y deudor de la obligación primitiva (el llamado contrato de novación a que alude el artículo 1689 del Código Civil), acuerdo de voluntades en virtud del cual estos dan por extinguida dicha obligación primitiva, pero reemplazándola por otra nueva que difiere de aquella por el aspecto real de su estructura, dejando de esa manera el deudor de serlo respecto de la primera obligación, para pasar a serlo únicamente de la segunda. Siendo entendido que estos efectos simultáneos: extintivo, de un lado, y constitutivo de otro, deben aparecer claramente queridos por las partes (‘animus novandi’), ya porque así lo declaren expresamente, ya porque del acto se deduzca indudablemente que su intención ha sido esa. El animus novandi, pues, no se presume (artículo 1693 C. C.)*”⁸⁷.

En el mismo sentido, en oportunidad posterior, la misma Corte señaló que “*Querer los efectos de la nueva obligación es, entonces, condición fundamental de la novación, ya*

⁸⁷ Sentencia de Casación Civil de 10 de abril de 1970. M.P. César Gómez.

*subjetiva ora objetiva, bien sea porque así lo declaren expresamente las partes o porque sea circunstancia claramente deducible de la intención de las mismas*⁸⁸, lo que fue reiterado por esa Alta Corporación como juez de tutela en pronunciamiento reciente⁸⁹, en el cual, con apoyo de la doctrina, y avalando un aparte de una aclaración de voto pretérita⁹⁰, manifestó adicionalmente:

“(…) Sobre el particular ha corroborado la doctrina, que ‘para que la extinción –por novación– se produzca y para que la sustitución sea plenamente derogatoria, es necesario, o bien una expresa cláusula derogatoria, o bien una objetiva incompatibilidad o contradicción entre ambas reglamentaciones o sistemas de organización de intereses’. ‘Y por lo mismo, el Juzgador no podrá aceptar la presencia de novación sino delante de una expresión liberatoria de parte del acreedor. Allí no cabe inferir el animus novandi, o liberandi de indicios ...’” (La subraya es del original).

El Consejo de Estado, por su parte, acogiendo el mismo criterio, exige de igual manera el *animus novandi*, recalcando también que no es viable presumir su existencia. Así, refiriéndose a la novación, ha dicho:

“Está definida en el Código Civil como la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida (art. 1687), de tal suerte que la sola modificación de la obligación primitiva no constituye novación. Se caracteriza por los siguientes presupuestos de existencia:

*a) Intención: Según lo preceptuado en el artículo 1693 ibidem, esa intención debe ser expresa por declaración de las partes o tácita de carácter indudable, no se presume, tanto así que: ‘si no aparece la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera’”*⁹¹.

Es viable, entonces, que el *animus novandi* aflore por una manifestación expresa de las partes en ese sentido, evento en el cual la declaración explícita de novar permite, en lo que a este requisito respecta, tener por establecida su presencia; pero también es factible llegar a

⁸⁸ Sentencia de Casación Civil de 23 de enero de 1992 ya citada.

⁸⁹ Sentencia de 27 de septiembre de 2013, Expediente: 1100102 03 000 2013 02171-00, M.P. Margarita Cabello.

⁹⁰ Sentencia de Casación Civil de 12 de agosto de 2003. Exp. 7304.

⁹¹ Sentencia ya citada del 29 de noviembre de 2006. Sección Tercera, expediente 25000-23-26-000-2000-02043-01(24414), lo que fue reiterado en sentencia de 29 de mayo de 2014, Sección Tercera, Subsección A, Radicación: 25000-23-26-000-2001-00071-01(27563).

su reconocimiento, aún a falta de esa declaración manifiesta, por la vía de constatar la existencia de una voluntad tácita que denote, eso sí de manera certera y terminante, dicha intención. Como ya se acotó, con base en lo señalado en la ley (principalmente en el artículo 1693 del C.C.), la jurisprudencia⁹² y la doctrina nacional⁹³ han aceptado como criterio guía de análisis que la voluntad tácita de novar se puede derivar del carácter incompatible, contradictorio o excluyente que se evidencie entre ambas obligaciones, la primitiva y la nueva, tal y como es reconocido, como parámetro legal expreso, en otras latitudes⁹⁴. Desde luego, de no acreditarse la existencia de esa intención de novar, expresa o tácita, cuya carga de la prueba reposa en quien la alega (artículo 167 del CGP), no tiene lugar el reconocimiento judicial del fenómeno novatorio.

Como bien lo ha recordado la Corte en oportunidad reciente⁹⁵, *“Dentro de los criterios tendientes a buscar la común intención de las partes al celebrar el contrato (artículo 1618 del Código Civil: ‘conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras’), el dato primario con el que cuenta quien se entrega a esa tarea lo aporta el texto del mismo, si está escrito, dado que allí se manifiesta el negocio jurídico. Pero también es de valía echar mano de otras pautas, como por ejemplo, el examen de los aspectos fácticos espacio-temporales que rodearon la conclusión y perfeccionamiento del acuerdo que se escruta; el desarrollo e interpretación auténtica que el mismo ha tenido entre las partes, dada su conducta y exégesis en anteriores contratos similares; el contexto en el que está inmersa la cláusula ambigua; la personalidad o preparación misma de los contratantes sobre todo cuando estos han redactado el texto contractual; la buena fe, en fin, directrices de variada estirpe que apuntan en últimas a indagar por la intención genuina de los contratantes”* (resalta el Tribunal). Por consiguiente, como todo negocio jurídico proveniente de la voluntad conjunta de las partes, es posible que la intención inequívoca de novar se encuentre en la propia literalidad del texto que la recoge, o su existencia irrefutable se derive, entre otras

⁹² Sentencia citada de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de 27 de septiembre de 2013, acogiendo la aclaración de voto a la sentencia de 12 de agosto de 2003.

⁹³ En palabras de la profesora MARCELA CASTRO DE CIFUENTES, *“El animus novandi puede manifestarse de dos formas, sea que las partes manifiesten expresamente en la convención su deseo de novar la antigua obligación o que la obligación que se genera implique inevitablemente la extinción de la antigua, por el carácter excluyente de ellas. La primera modalidad de animus novandi da lugar a la denominada novación expresa, que no necesariamente es solemne; mientras que la segunda implica una novación tácita. En otras palabras: el animus novandi puede ser expreso o tácito, permitiéndose así la novación cuando la obligación nueva que nace del negocio novatorio es, por su naturaleza misma, incompatible con la obligación primitiva que pasa a subrogar”*. Derecho de las Obligaciones. Tomo II. Volumen 2, pág. 286.

⁹⁴ Por ejemplo, según el artículo 1204 del Código Civil Español, *“[p]ara que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles”*.

⁹⁵ Sala de Casación Civil. Sentencia SC1212 de 9 de septiembre de 2014. Rad.: 11001-31-03-042-2009-00347-01. M.P. Jesús Vall de Rutén.

posibilidades, de las circunstancias antecedentes, concomitantes o posteriores que acompañan al acto respectivo.

Por último, en lo que atañe a los requisitos de la novación, como todo acto jurídico de carácter dispositivo que es, fruto de un acuerdo de voluntades, se requiere que las partes que deciden novar una obligación tengan la **capacidad jurídica** para ello (artículo 1502 del C.C.).

4.5. Análisis de la configuración –o no- de la novación en el asunto en concreto

Conforme tuvo oportunidad de reseñarlo el Tribunal, CSS CONSTRUCTORES alega que mediante el Otrosí al Contrato de Concesión No. 849 de 1995, suscrito por las partes el 30 de enero de 2014, se materializó una novación en virtud de la cual la obligación consistente en el pago del saldo de la suma de dinero contenida en el Acuerdo Conciliatorio firmado por los contratantes el 28 de noviembre de 2007, que fuera aprobado por el juez arbitral que conoció del asunto (Acta 35 del 11 de Diciembre de 2007)⁹⁶, fue sustituida o reemplazada por otra consistente en la obligación de someter a decisión de un tribunal de arbitraje la determinación del saldo pendiente a cargo de la ANI por concepto del capital impagado, junto con los intereses de mora derivados del referido Acuerdo Conciliatorio.

Según la Convocante⁹⁷, entonces, se trató de una novación “objetiva”, por cambio de la prestación debida, en los términos del numeral 1 del artículo 1690 del C.C.: la obligación de dar una suma de dinero fruto de una conciliación aprobada, habría sido reemplazada por la obligación de hacer (*facere*) consistente en el sometimiento de las partes a la definición de un tribunal arbitral sobre el monto adeudado por concepto del saldo insoluto (capital e intereses) del referido Acuerdo Conciliatorio. Para la Demandante, en refuerzo de su tesis, la presentación de la demanda arbitral del 4 de septiembre de 2014, y el Acuerdo Conciliatorio a que posteriormente –el 22 de mayo de 2015- llegaron las partes por ese concepto, en el marco del proceso arbitral iniciado en virtud de dicha demanda, ratifican o corroboran la novación alegada como eje de la reclamación arbitral que en esta providencia se decide.

La configuración de la novación, como ya lo precisó el Tribunal, requiere la concurrencia de varios requisitos legalmente exigidos, dentro los cuales se resalta, la necesaria e imprescindible existencia de la inequívoca intención de novar (*animus novandi*) una obligación, que se extingue, reemplazándola por otra nueva que nace en sustitución de aquélla, en el entendido de que, como también se indicó, la voluntad de novar puede constar de manera expresa en el acto respectivo, o advertirse en forma tácita, siempre y cuando aparezca “*indudablemente*”, tal como lo exige el artículo 1693 del Código Civil.

⁹⁶ Folios 045 a 074 del Cuaderno de pruebas 1.

⁹⁷ Página 37 de los alegatos finales.

Corresponde, por tanto, revisar con detenimiento el Otrosí de 30 de enero de 2014, ya reseñado con anterioridad, el cual, según el planteamiento de la Demandante, es el que contiene el “contrato de novación” (si se utiliza la expresión del artículo 1689 del C.C.), con el fin de verificar si, en efecto, allí consta la novación alegada en el presente proceso.

Resulta imperativo, entonces, volver sobre el contenido del citado Otrosí de 30 de enero de 2014 al Contrato de Concesión No. 849 de 1995⁹⁸, que fue suscrito entre CSS CONSTRUCTORES y la ANI, para recordar que señala, entre sus consideraciones previas a los acuerdos incorporados en su texto, las que a continuación se extractan, en función de lo que resulta relevante de cara al tema en cuestión:

“(..).10. Que el 20 de septiembre de 2013, las partes suscribieron un documento en donde establecieron unas BASES DE CONVERSACIONES que permitirían llegar a unos eventuales acuerdos. Allí se planteó la instalación de unas Mesas de Trabajo para analizar las principales controversias contractuales, según los términos señalados en el citado documento.

11. Que, como resultado del desarrollo de las Mesas de Trabajo enunciadas, las partes alcanzaron acuerdos con relación a algunos de los temas relacionados en el documento de 20 de septiembre de 2013, acuerdos que se formalizan a través de la suscripción del presente Otrosí, mientras que otros asuntos se mantuvieron los desacuerdos que han dado lugar a las controversias contractuales, temas éstos para los cuales se aplicarán los mecanismos de solución de controversias definidos contractualmente.

12. Que dentro de los temas objeto de acuerdo se incluye la revisión y actualización de la ingeniería financiera, considerando las circunstancias de orden técnico, financiero y jurídico sobre las cuales existió acuerdo para su actualización, tales como las fechas reales de inicio y terminación de cada una de las etapas del proyecto, los costos reales pagados por concepto de interventoría, los ingresos reales recibidos por el recaudo de peajes, el efecto económico de los desplazamientos de inversión generados por la iniciación de las obras previstas, entre otros.

13. Que las partes han acordado y determinado el valor de las deudas mutuas aceptadas y por reconocer, según las cifras debidamente auditadas y certificadas por la Interventoría del Contrato hasta la fecha, sin perjuicio de las diferencias conceptuales con incidencia financiera que se relacionan en el

⁹⁸ Obrante a folios 126 a 160 del Cuaderno de pruebas No.1.

presente acuerdo, a las cuales las partes no renuncian y en ese sentido serán objeto de debate y definición en las instancias contempladas por el contrato 0849 de 1995 en el parágrafo de la cláusula trigésima novena para la solución de conflictos”.

Efectuadas las consideraciones que se estimaron pertinentes, como las recién anotadas, el Otrosí de 30 de enero de 2014 plasma a continuación los distintos acuerdos a que llegaron las partes en distintos frentes: en materia de actualización del modelo financiero del Contrato de Concesión No. 849 de 1995 (cláusula primera); de cruce de cuentas y pagos acordados (cláusula segunda) -sin que ninguno esté referido al tema del saldo derivado del Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007, y dejando a salvo (en el parágrafo tercero de esa cláusula segunda) que las partes podrán reclamar en sede administrativa o judicial el reconocimiento y pago de otros valores derivados de hechos y conceptos que no quedan comprendidos en el acuerdo del Otrosí-; de plazos de obras en ejecución y operación de peajes (cláusula tercera); de cambio de vallas (cláusula cuarta); de actividades necesarias para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las licencias ambientales (cláusula quinta); de mecanismo para la cancelación de saldos que llegaren a originarse en el proyecto (cláusula sexta); de garantías (cláusula séptima); de riesgos (cláusula octava); y de cláusulas sustituidas y modificadas (cláusula novena) -ninguna de la cuales hace alusión o referencia a la obligación contenida en el Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007-.

En lo que respecta a las “controversias pendientes” y la “cláusula compromisoria”, en las cláusulas décima y décima primera del Otrosí bajo examen, se convino:

“CLÁUSULA DÉCIMA.- CONTROVERSIAS PENDIENTES: *Las partes declaran que el presente Otrosí no modifica ni finiquita las controversias que existen entre la Agencia Nacional de Infraestructura y el Concesionario, en relación con el término o Plazo de la Concesión, respecto de lo cual la ANI considera que el mismo se encuentra determinado por el término que se requiera para la amortización de las inversiones efectuadas y la obtención de la TIR pactada; tampoco se entienden renunciadas ni transadas las controversias que existen en relación con los demás conceptos que han sido objeto de solicitud de reconocimiento por el Concesionario y que no han sido aceptados por la ANI, entre otros, lo relativo al stand by de los recursos del Concesionario, ni los sobrecostos asociados a la mayor permanencia en obra, mayores costos de los insumos e ineficiencias en el desarrollo constructivo, los cuales serán resueltos a través de los mecanismos de solución de controversias pactados contractualmente. Lo anterior sin perjuicio de las compensaciones relacionadas con las pretensiones económicas que no han sido acordadas en*

este documento y que serán reclamadas a través del mecanismo de solución de controversias previsto en el parágrafo de la cláusula trigésima novena del contrato de concesión.

Por lo tanto, las partes procurarán, sin perjuicio de los términos previstos en la ley, activar el mecanismo de solución de controversias, Tribunal de Arbitramento, antes del 30 de marzo de 2014, y estarse a lo resuelto en el mismo.

PARÁGRAFO: *Como quiera que la decisión que sobre el particular adopte el Tribunal de Arbitramento incide en los resultados de la ingeniería financiera del contrato, en el evento en que la decisión de la justicia arbitral resulte favorable a las pretensiones de la ANI y esto conlleve al reconocimiento de parte del Concesionario de mayores valores a los expuestos en el presente documento, el Concesionario deberá depositar las sumas correspondientes a los excedentes del recaudo de peajes que efectúe hasta junio de 2016, en el patrimonio autónomo de la nueva concesión o el que le indique la entidad para garantizar su utilización en los términos del artículo 33 de la Ley 105 de 1993”.*

“CLÁUSULA DÉCIMO PRIMERA. MODIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA. *Se acuerda modificar la cláusula 64 (sic) SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, del contrato de concesión, la cual quedará así:*

‘CLÁUSULA TRIGÉSIMA NOVENA.- MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: *(a) Cualquier divergencia que surja entre las Partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este Contrato, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento Nacional de conformidad con la ley 1563 de 2012 y las reglas que a continuación se establecen. (b) El arbitraje se desarrollará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá o en el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición del Sector Infraestructura y Transporte según el Centro de Arbitraje que haya escogido el Concesionario al momento de presentar su Oferta. (c) 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 reconocida experiencia acreditada en concesiones de infraestructura. En caso de no llegarse a un acuerdo el Centro de Arbitraje, designará los árbitros por sorteo. (d) Los árbitros decidirán en derecho. (e) Los honorarios de los árbitros se limitarán según el valor de las pretensiones y en todo caso no superarán un máximo de TRESCIENTOS MILLONES DE*

PESOS COLOMBIANOS (\$300.000.000) del mes de referencia, por cada árbitro, valor que se actualizará año por año por IPC. Las Partes, podrán de común acuerdo aumentar el valor de los honorarios de los árbitros a sugerencia del Tribunal o del Centro, teniendo en cuenta la magnitud, complejidad u otras circunstancias del caso, tales como la existencia o no de una demanda de reconvención. (f) Los árbitros designados harán una declaración de independencia e imparcialidad respecto de las Partes al momento de aceptar la designación. (h) El término del proceso arbitral así como las suspensiones del proceso se regirán por lo establecido en los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012 o las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan. (i) 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 empresas, sociedades o personas naturales que hayan presentado conjuntamente la Oferta, en la medida que; dichos sujetos prestaron su consentimiento por referencia al momento de la presentación de la Oferta”.

Por consiguiente, el contenido del Otrosí de 30 de enero de 2014, compendiado en sus lineamientos fundamentales como quedó expresado, permite extraer varias conclusiones relevantes de cara a la novación alegada por la Convocante, conforme se pasa a puntualizar.

En el Otrosí se hacen constar los acuerdos a que llegaron la ANI y CSS CONSTRUCTORES en distintos temas relacionados con el Contrato de Concesión (cláusulas primera a novena), ninguno de lo cuales está referido a la obligación derivada del Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007, que fuera aprobado por el Tribunal Arbitral del momento (Tribunal “Puentes”), según consta en la mencionada Acta No. 35 del 11 de Diciembre de 2007.

Las partes declaran en forma expresa (cláusula décima) que el Otrosí no modifica ni finiquita las controversias que existen entre la ANI y el Concesionario en relación con el término o plazo de la Concesión. De igual manera (en la misma cláusula décima) manifiestan que no se entienden renunciadas ni transadas las controversias que existen en relación con los demás conceptos que han sido objeto de solicitud de reconocimiento por el Concesionario y que no han sido aceptados por la ANI, entre los cuales hacen alusión explícita a unos en particular (lo relativo al stand by de los recursos del Concesionario, los sobrecostos asociados a la mayor permanencia en obra y los mayores costos de los insumos e ineficiencias en el desarrollo constructivo), frente a los que se indica que serán resueltos a través de los mecanismos de solución de controversias pactados contractualmente. Lo anterior (se aclara en la misma cláusula décima), sin perjuicio de las

compensaciones relacionadas con las pretensiones económicas que no han sido acordadas en el Otrosí y que serán reclamadas a través del mecanismo de solución de controversias previsto en el parágrafo de la cláusula trigésima novena del Contrato de Concesión.

En el sentir del Tribunal, las anteriores declaraciones de voluntad de las partes, por su clara y evidente conexión, deben ser entendidas en consonancia con las manifestaciones que previamente se expresaron en las “consideraciones” del texto contractual plasmado en el Otrosí, de manera principal en los numerales 10 y 11, en los cuales se precisó, valga repetir: “10. *Que el 20 de septiembre de 2013, las partes suscribieron un documento en donde establecieron unas BASES DE CONVERSACIONES que permitirían llegar a unos eventuales acuerdos. Allí se planteó la instalación de unas Mesas de Trabajo para analizar las principales controversias contractuales, según los términos señalados en el citado documento*”, y “11: *Que, como resultado del desarrollo de las Mesas de Trabajo enunciadas, las partes alcanzaron acuerdos con relación a algunos de los temas relacionados en el documento de 20 de septiembre de 2013, acuerdos que se formalizan a través de la suscripción del presente Otrosí, mientras que otros asuntos se mantuvieron los desacuerdos que han dado lugar a las controversias contractuales, temas éstos para los cuales se aplicarán los mecanismos de solución de controversias definidos contractualmente*”.

Concordante con lo anterior, en el documento de “BASES DE CONVERSACIONES” del 20 de septiembre de 2013⁹⁹, se había manifestado que “*Las partes, acuerdan instalar las siguientes Mesas de Trabajo en las que se analizarán las principales controversias contractuales existentes, entre ellas, las que se señalan a continuación, a fin de intentar lograr llegar a un acuerdo total o parcial (...)*”. En la Mesa Financiera-Jurídica, entre otros varios asuntos, se incluyó el tema del “*Tribunal de Arbitramento ‘Puentes’ – Acta 35 del 11 de Diciembre de 2007*”. Y más adelante, en el mismo documento (numeral 2.), se expresa que “*Los asuntos objeto de las mesas de trabajo sobre los cuales las partes lleguen a eventuales acuerdos, parcial o totalmente, deberán constar por escrito y serán aprobados bien sea mediante los mecanismos de solución de controversias que definan las partes, o, los previstos en el contrato de concesión, según corresponda. En cualquier caso, el mecanismo definido a este efecto, tendrá en sus resultados, fuerza vinculante para las partes*”, bajo el entendido, como también se dejó la salvedad correspondiente en la “Nota 1” del texto, que “*Las BASES DE CONVERSACIONES no implican ninguna renuncia a las posiciones jurídicas, económicas o técnicas de las partes*”.

Así las cosas, resulta absolutamente claro para el Tribunal, que en ninguna parte del Otrosí de 30 de enero de 2014 -ni de su principal antecedente negocial contenido en el acuerdo de “BASES DE CONVERSACIONES” de 20 de septiembre de 2013-, se advierte la

⁹⁹ Folios 169 a 171 del Cuaderno de pruebas 1.

existencia de una declaración expresa de los contratantes en el sentido de llevar a cabo una novación de la obligación dineraria derivada del Acuerdo Conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, que condujera a tener ésta por extinguida, para ser reemplazada o sustituida por otra nueva consistente en someter la definición del monto adeudado a un tribunal arbitral. Para el Tribunal, la ausencia de una manifestación expresa de novar la obligación dineraria, con el alcance planteado en la demanda arbitral, es evidente. Y tampoco encuentra el Tribunal, de otro lado, que tal voluntad o intención novatoria se pueda desprender “indudablemente” de dichos documentos contractuales, como una forma tácita de reconocimiento del *animus novandi* exigido en el artículo 1693 del Código Civil.

Algunas precisiones adicionales cabe agregar a este respecto, que confirman la conclusión a la que ha llegado el Tribunal:

- (i) Según lo que se ha dejado expuesto, un efecto esencial de la novación es la extinción de la obligación primitiva, y de manera simultánea, el nacimiento de una nueva que la sustituye. Ambos elementos guardan clara interdependencia entre sí, sin que puedan escindirse, de manera tal que la obligación nueva nace, precisamente, dando extinción correlativa a la primera; o si quiere expresar de modo inverso, la obligación original se extingue en razón de su reemplazo por otra nueva. No cabe separar el efecto creador y extintor de la novación.

El contenido del Otrosí de 30 de enero de 2014, a lo sumo, lo que permite extraer como sustrato esencial de lo convenido en torno al saldo de la obligación derivada del Acuerdo Conciliatorio del 28 de noviembre de 2007 que fuera aprobado en el Tribunal “Puentes” (Acta No. 35 de 11 de diciembre de 2007), es que, en atención a que fue uno de los asuntos controvertidos que incluido de manera expresa en las “BASES DE CONVERSACIONES” del 20 de septiembre de 2103, sobre el mismo no se llegó a ningún acuerdo en el referido Otrosí, y quedaba su definición sujeta a la aplicación del mecanismo arbitral de solución de controversias previsto en el Contrato de Concesión, conforme a los lineamientos expresados sobre el particular, inicialmente en el mismo documento de “BASES DE CONVERSACIONES”, y luego en el Otrosí de 30 enero de 2014. Empero, lo que no consta de manera expresa, ni en forma tácita con la inequívoca claridad y contundencia que exige la ley, es la voluntad e intención de las partes de extinguir, con la firma del Otrosí, la obligación relativa al Acuerdo Conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, y menos aún, como un supuesto efecto o consecuencia de su sustitución o reemplazo por una

obligación nueva consistente en someter la determinación del saldo a una instancia arbitral¹⁰⁰.

- (ii) El Tribunal, no solo no advierte una declaración expresa o tácita de novación, sino que encuentra en el Otrosí de 30 de enero de 2014 algunos elementos que, con elocuencia, apuntan en el sentido contrario. En efecto, que las partes hayan manifestado que respecto de unas determinadas controversias pendientes, sobre las que no se logró acuerdo, es procedente acudir al mecanismo de solución de controversias contractuales previsto, no traduce en manera alguna una voluntad encaminada a que las obligaciones y derechos en que se fundan tales controversias se extinguen, siendo reemplazadas por la obligación de acudir a la justicia arbitral. En ese sentido, las partes, de manera expresa, en la citada cláusula décima del Otrosí manifiestan que éste *“no modifica ni finiquita las controversias que existen entre la Agencia Nacional de Infraestructura y el Concesionario, en relación con el término o Plazo de la Concesión (...) tampoco se entienden renunciadas ni transadas las controversias que existen en relación con los demás conceptos que han sido objeto de solicitud de reconocimiento por el Concesionario y que no han sido aceptados por la ANI (...) Lo anterior, sin perjuicio de las compensaciones relacionadas con las pretensiones económicas que no han sido acordadas en este documento y que serán reclamadas a través del mecanismo de solución de controversias previsto en el parágrafo de la cláusula trigésima novena del contrato de concesión”* (resalta el Tribunal).

Las manifestaciones explícitas en cuanto a que las controversias pendientes no se entendían modificadas, finiquitadas, renunciadas, ni transadas, y que las pretensiones económicas no acordadas en el Otrosí eran reclamables en el escenario de solución de controversias convenido, son claramente indicativas del querer de las partes de mantener el *status* de las obligaciones discutidas, sin suponer, en ningún caso, su extinción en virtud del citado adendo contractual.

Hacia la misma dirección apunta lo manifestado por las partes en el parágrafo tercero de la cláusula segunda del Otrosí de 30 de enero de 2014, ya referenciado,

¹⁰⁰ Dejando de lado, por un momento, la ausencia del *animus novandi*, el Tribunal hace notar las dificultades jurídicas asociadas a la supuesta “nueva obligación”, consistente en someter la determinación del saldo a una instancia arbitral, pues se estaría en presencia, si de hacer el ejercicio jurídico se tratara, de una obligación en la que las dos partes serían recíprocamente “deudoras” y “acreedoras” de la “prestación”, que en últimas no sería tal, pues acudir a la instancia arbitral convenida en el Contrato de Concesión comporta –según la óptica con que se le mire– el derecho y/o el deber de los contratantes de acudir a esa modalidad excepcional de jurisdicción, sin constituir propiamente una “obligación” en el sentido jurídico puro de la expresión. Y si se supusiera por un momento la existencia de la novación pregonada, la presunta nueva obligación, que lo sería “de hacer” según el dicho de la Convocante, habría que entenderla “cumplida” con los actos procesales que trabaron el litigio arbitral promovido en el año 2014, independientemente de su resultado. Pero lo cierto, huelga insistir, es que a juicio del Tribunal, la alegada novación nunca se configuró.

cuando, luego de hacer constar los acuerdos logrados en materia de cruce de cuentas, indica que *“Es entendido por las partes que la presente compensación no incluye conceptos distintos a los aquí expresados y, por lo mismo, las partes podrán válidamente reclamar en sede administrativa o judicial el reconocimiento y pago de otros valores derivados de hechos y conceptos que no quedan comprendidos en los acuerdos consignados en el presente otrosí”* (La negrilla es del Tribunal). Es claro para el Tribunal que cuando las partes declaran que respecto de una determinada obligación, sobre la cual puede subsistir algún desacuerdo después de un intento conjunto por superarlo, está abierta la posibilidad para el presunto acreedor de reclamar su reconocimiento y pago por las vías jurídicas que corresponda, ello, de por sí, aleja por completo cualquier posibilidad de deducir de allí una intención extintiva de la misma por novación.

Para la sociedad actora, algunas actuaciones surtidas con posterioridad a la suscripción del Otrosí de 30 de enero de 2014, como lo son, la presentación de la demanda de 4 septiembre de 2014 que dio lugar al proceso arbitral No. 3567 del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y el acuerdo conciliatorio logrado en el curso de dicho proceso, ratifican o corroboran la novación realizada en el Otrosí de 30 de enero de 2014.

Si bien es cierto, como ya lo acotó el Tribunal, que es jurídicamente posible establecer o confirmar la existencia del *animus novandi* a través de la auscultación de actos posteriores al supuesto contrato novatorio, ello supone, de manera indispensable, que tales actuaciones ulteriores reflejen, en forma diáfana, la intención conjunta o voluntad común de las partes en ese sentido.

Pues bien: la revisión de las actuaciones señaladas por la Convocante no arroja al Tribunal elementos objetivos que permitan visualizar el pregonado efecto ratificatorio de la novación que invoca y, por el contrario, da muestra de ciertos indicadores que apuntan hacia una conclusión jurídica diferente y opuesta:

- (i) Según CSS CONSTRUCTORES¹⁰¹, el 4 de septiembre de 2014 presentó convocatoria arbitral contra la ANI, solicitando la definición y reconocimiento del capital faltante y los intereses de mora correspondientes, derivados del Acuerdo Conciliatorio del 28 de noviembre de 2007, ratificando con ello la novación de la obligación realizada en el Otrosí del 30 de enero del 2014.

¹⁰¹ Pretensión vigésima quinta de la demanda, en concordancia con lo señalado en el hecho No. 3.1.20.

Empero, la demanda arbitral en cuestión¹⁰² muestra con claridad que lo perseguido con ella fue el reconocimiento y pago por parte de la ANI del saldo dinerario causado y no cancelado de la obligación derivada del Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007, aprobado en otra instancia arbitral anterior (en la pluricitada Acta No. 35 del 11 de Diciembre de 2007¹⁰³), lo que deja al descubierto un actuar que resulta en principio excluyente con una intencionalidad dirigida a haberle dado extinción previa a la referida obligación dineraria por novación.

En efecto, si, según lo alega la Demandante en este trámite arbitral, la obligación de pagar el saldo debido de la suma de dinero contenida en el Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007 fue novada por otra en virtud del Otrosí de 30 de enero de 2014, no se entiende cómo, o por qué, en la referida demanda arbitral de 4 de septiembre siguiente, sin aludir a su extinción, por el contrario se adelanta un acto procesal que invoca su existencia y pretende, precisamente, su reconocimiento y pago.

En consecuencia, estima el Tribunal que la presentación de la demanda arbitral del 4 de septiembre de 2014, amén de tratarse de un acto procesal y de carácter unilateral de la Convocante, no resulta ni mucho menos indicativa de la configuración de una novación previa y consentida de la obligación contenida en el Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007. En cambio, según se indicó, trasluce un entendimiento en sentido opuesto, por cuanto parte de la premisa de la existencia de la obligación reseñada, cuyo pago se demandó ante la jurisdicción arbitral.

- (ii) Para la sociedad actora¹⁰⁴, otra circunstancia *a posteriori* que en su sentir ratifica la novación realizada en el Otrosí de 30 de enero de 2014, se ubica en que las partes del Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, durante el trámite arbitral iniciado por el Concesionario el 4 de septiembre de 2014, suscribieron el 22 de mayo de 2015 un acuerdo conciliatorio mediante el cual la ANI reconoció expresamente como saldo adeudado por concepto de saldo del capital e intereses de mora liquidados a 30 de abril de 2015 la suma de VEINTE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$20.966.979.377), que, al

¹⁰² Folios 4 a 31 del Cuaderno de pruebas 2.

¹⁰³ Aunque la demanda arbitral, vista en su integridad, confirma el aserto, destáquese, en particular, lo consignado en las pretensiones declarativas tercera, quinta, sexta, novena y décima; y las pretensiones de condena primera, segunda y tercera.

¹⁰⁴ Según se advierte de lo consignado, principalmente, en las pretensiones declarativas vigésima sexta, vigésima séptima y la primera pretensión subsidiaria a la pretensión vigésima octava de la demanda; primera pretensión subsidiaria a la pretensión primera de condena; y lo manifestado en los hechos 3.1.21 y 3.3.13 a 3.3.23.

decir de la accionante, representa una disminución o descuento de la deuda en una suma superior a los cinco mil millones de pesos.

Al respecto, lo primero que debe destacarse, pues es un hecho que no puede pasar desapercibido, y sobre el cual obra la respectiva acreditación en el proceso, es que el Acuerdo Conciliatorio de 22 de mayo de 2015 no fue aprobado por el tribunal arbitral que tuvo a su cargo el conocimiento del trámite originado con la demanda de CSS CONSTRUCTORES contra la ANI de 4 de septiembre de 2014 (expediente No. 3567)¹⁰⁵, como tampoco contó con el aval del Ministerio Público¹⁰⁶. Y conforme fue previsto de manera expresa por las partes suscriptoras en el “Considerando” No. 12 del referido Acuerdo, *“Respecto del Tribunal denominado ‘Saldo Tribunal Puentes’, la ANI expresa su inquietud respecto del mecanismo de cobro utilizado por el Concesionario para reclamar estas obligaciones; por lo cual la decisión de conciliar está sometida al concepto favorable del Ministerio Público y a la aprobación del Tribunal de Arbitramento”*¹⁰⁷ (resalta el Tribunal), en concordancia con lo cual, más adelante, en el numeral Séptimo de los “Acuerdos”, las mismas partes manifiestan que *“presentarán este acuerdo por el cual se solucionan las controversias planteadas en tres (3) de los cuatro (4) Tribunales identificados anteriormente, para la correspondiente aprobación de los árbitros que los integran, inmediatamente después de su suscripción, mediante la vía procesal idónea y una vez haya surtido los trámites internos que correspondan a cada una de las partes”*¹⁰⁸ (de nuevo, la negrilla es del Tribunal).

En este sentido, cabe señalar, adicionalmente, que de conformidad con lo establecido en la ley de arbitraje nacional (artículo 24), *“Si las partes llegaren a una conciliación, el tribunal la aprobará mediante auto que hace tránsito a cosa juzgada y que, en caso de contener una obligación expresa, clara y exigible, prestará mérito ejecutivo”*.

En la misma línea, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado, de tiempo atrás, que la conciliación en materia contencioso administrativa no produce ningún efecto hasta tanto no se verifique la respectiva aprobación judicial. Así, a partir de lo establecido en su momento en la Ley 23 de 1991, indicó esa Alta Corporación:

¹⁰⁵ Así consta en el Acta 10 (Auto 12) del 30 de septiembre de 2015 del tribunal arbitral integrado por los árbitros LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN, MANUEL URUETA AYOLA y JESÚS MARÍA CARRILLO (Folios 376 a 403 del Cuaderno de Pruebas No.3).

¹⁰⁶ Mencionado en el Auto No. 12 de 30 de septiembre de 2015.

¹⁰⁷ Folio 305 del Cuaderno de pruebas 1.

¹⁰⁸ Folio 310 del Cuaderno de pruebas 1.

“(…) Los artículos 60 y 65 de la Ley 23 de 1991 señalaban que el juez al revisar el acuerdo conciliatorio debía verificar que esta no fuera lesiva para los intereses patrimoniales del Estado o que no se hallara viciada de nulidad absoluta.

Esto significa que hasta tanto el juez no apruebe u homologue el acuerdo conciliatorio, las partes pueden válidamente desistir del mismo cuando adviertan que el acuerdo logrado no resulta favorable o conveniente a sus intereses.

Reitera la Sala que en la medida en que la ley establece como requisito de validez y eficacia de la conciliación en asuntos administrativos la previa aprobación u homologación por parte del juez, hasta tanto no se produzca esa aprobación la conciliación no produce ningún efecto y por consiguiente las partes pueden desistir o retractarse del acuerdo logrado, no pudiendo por tanto el juez que la controla impartirle aprobación u homologarla cuando media manifestación expresa o tácita de las partes o de una de ellas en sentido contrario”.¹⁰⁹

De manera, pues, que ante la no verificación de las aprobaciones previstas por las propias partes como condición a la cual estaba sujeta la decisión de conciliar, de cara a la novación alegada –incluido el acto invocado como de “ratificación”–, no se puede derivar válidamente ningún efecto jurídico del acuerdo contenido en el escrito de 22 de mayo de 2015, el cual, ciertamente, no contiene manifestaciones de voluntad puras y simples, automáticamente vinculantes¹¹⁰.

Pero aún si se hiciera abstracción de lo expresado con anterioridad –que para el Tribunal resulta suficiente para descartar el supuesto carácter ratificatorio de la novación que para la accionante el citado Acuerdo Conciliatorio de 22 de mayo de 2015 reviste frente a lo pactado en el Otrosí de 30 de enero de 2014–, lo cierto es que su contenido, junto con el de las actas previas de concertación de las mesas de trabajo adelantadas por las partes¹¹¹, lo que hace es reafirmar, de un lado, que nunca hubo una declaración expresa de los contratantes encaminadas a extinguir, por novación, la obligación de pago del saldo derivado del Acuerdo Conciliatorio

¹⁰⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera, auto de 1 de julio de 1999, Exp. 15721, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹¹⁰ Recuérdese que en las consideraciones del Acuerdo Conciliatorio que se examina hay mención explícita acerca de que “la ANI expresa su inquietud respecto del mecanismo de cobro utilizado por el Concesionario para reclamar estas obligaciones, por lo cual la decisión de conciliar está sometida al concepto favorable del Ministerio Público y a la aprobación del Tribunal de Arbitramento”.

¹¹¹ Actas de las mesas de trabajo del 11, 17, 24, 26 y 27 de marzo de 2015, contenidas en el CD obrante a folio 476 del Cuaderno principal 2.

de 28 de noviembre de 2007, para ser sustituida por una obligación de sujetar la controversia en torno a dicho saldo a un tribunal arbitral, y del otro, que la alegada intención o voluntad ratificatoria de la novación tampoco se desprende tácitamente de lo consignado en tales documentos.

En efecto, según lo precisan las partes en el Considerando No. 5 del Acuerdo Conciliatorio de 22 de mayo de 2015, *“El 30 de enero de 2014, como resultado de las Mesas de Trabajo adelantadas desde el 20 de septiembre de 2013, las partes suscribieron un Otrosí al Contrato de Concesión No. 0849 de 1995, con el fin de zanjar algunas diferencias surgidas entre ellas durante la ejecución del contrato. Y en aquellos temas que hicieron parte del documento ‘Bases de Conversaciones’, tratados en las mesas de trabajo y que no pudieron ser objeto de arreglo directo por las partes, se dispuso en el documento contractual en cita, lo siguiente:...”, transcribiendo a continuación la cláusula décima del Otrosí sobre “Controversias Pendientes”.*

Lo expresado en el citado Acuerdo Conciliatorio de 22 de mayo de 2015 en cuanto al Otrosí de 30 de enero de 2014, confirma, entonces, el entendimiento que el Tribunal ya dejó plasmado en líneas anteriores sobre el alcance de dicho adendo contractual, el cual, lejos de exteriorizar un acuerdo novatorio encaminado a la extinción de la obligación de pago del saldo reconocido en el “Tribunal Puentes”, para ser reemplazada por la obligación de someter la definición de dicho saldo al mecanismo de solución de controversias establecida en el Contrato de Concesión No. 0849, lo que denota, como se hace explícito en el Considerando No. 5, es, simplemente, que en relación con la controversia vinculada al saldo pendiente de pago derivado de la conciliación aprobada en el 2007 -al igual que las demás controversias contenidas en las “BASES DE CONVERSACIONES” que no fueron objeto de arreglo en el Otrosí de enero de 2014-, quedaba abierta su definición a través del mecanismo arbitral previsto en el Contrato de Concesión, sin que se vislumbre, ni por asomo, de otro lado, una abierta e irresoluble incompatibilidad que permita deducir de tal circunstancia una intención tácita de novar.

De otra parte, no se puede perder de vista que aún en el evento en que el Acuerdo Conciliatorio de 22 de mayo de 2015 hubiese recibido las aprobaciones requeridas para su eficacia, su alcance no podría ser entendido, *per se*, como novatorio -o ratificatorio de la novación- de la obligación de pago del saldo derivado del Acuerdo Conciliatorio de 2007.

La conciliación, según lo ha precisado la Corte Constitucional, *“[...] desde sus orígenes ha tenido como finalidad especial y primordial servir de medio para*

superar situaciones de conflicto y ha sido empleada para que las controversias sean solucionadas pacíficamente por las mismas partes, quienes con la ayuda de un tercero plantean soluciones para superar las controversias presentadas".¹¹² Al tratarse la conciliación, así como la transacción, de mecanismos alternos de solución de conflictos que encuentran su sustrato en el acuerdo logrado por las partes en disputa para eliminar las diferencias existentes -en la conciliación con el concurso de un intermediario que es el conciliador, mientras que en la transacción de manera directa por los interesados-, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que ambas figuras comparten la misma naturaleza jurídica¹¹³, y en este sentido, como es bien sabido, pueden dar lugar a la extinción de obligaciones, como de manera expresa lo reconoce el legislador al estatuir la transacción como un modo posible, diverso a la novación, de poner fin a vínculos obligacionales (numeral 3 del artículo 1625 del C.C.).

De manera tal, que un acuerdo conciliatorio o de transacción no implica, *per se*, de manera necesaria, la existencia de una novación. Como bien lo enseña la doctrina nacional en referencia a la transacción, "[...] *del mismo modo que de los términos del arreglo puede seguirse la cancelación plena de todo nexo entre las partes, también puede resultar su reemplazo por otro nuevo, todo dentro del radio de acción de la autonomía privada. Así, teniendo siempre virtualidad extintiva, en algunos casos posee el carácter de novación*"¹¹⁴, bajo el entendido, como lo precisa autorizada opinión foránea, que "*Mediante la transacción se crea una nueva base de acción judicial; pero esto no significa extinción de la relación obligatoria preexistente y que una nueva venga a ocupar su lugar. Por lo tanto, la transacción no persigue -salvo que las partes lo hayan estipulado expresamente- una sustitución de deuda (novación), sino que permite la coexistencia de la relación jurídica preexistente, regulándola de nuevo tan sólo en aspectos particulares*"¹¹⁵.

En concordancia con lo dicho, si las partes, simplemente, llegan a un acuerdo sobre la cuantía discutida de una obligación crediticia existente entre ellas como fórmula para zanjar la controversia, ello no comporta por sí solo la novación de la deuda. En

¹¹² Sentencia T-288 de 20 de mayo de 2013.

¹¹³ Esta postura del Consejo de Estado se ha reiterado, entre otras, en sentencias de la Sección Tercera de las siguientes fechas: 4 de noviembre de 2004 (Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra); 3 de marzo de 2005 (Radicación: 73001-23-31-000-2002-00961-01(23875)-Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra); y 25 de junio de 2104 (Radicación: 500012331000199706419-01 (28067)- Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón).

¹¹⁴ HINESTROSA, Fernando. "Tratado de las Obligaciones". Tomo I. Universidad Externado de Colombia. 2002. Pág 733.

¹¹⁵ LARENZ, Karl. "Derecho de Obligaciones". Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. 1958. Pág 136.

palabras de la doctrina autorizada antes referida, *“De esa suerte, por ejemplo, en la hipótesis de distribución del bien litigioso entre las partes o de reducción de la cuantía de la pretensión crediticia, acompañada de su aceptación, la diferencia entre lo anterior y lo posterior estaría circunscrita a la certeza alcanzada y la consiguiente cancelación de la contienda. Nada de novación”*¹¹⁶. Recuérdese, en este sentido, según se infiere de lo establecido en el artículo 1706 del C.C, que no se configura en estricto sentido novación *“Cuando la segunda obligación consiste simplemente en añadir o quitar una especie, género o cantidad a la primera”*.

En conclusión, por las distintas razones esgrimidas en este capítulo del Laudo, el Tribunal negará las pretensiones declarativas VIGÉSIMA SEGUNDA, VIGÉSIMA TERCERA, VIGÉSIMA CUARTA, VIGÉSIMA QUINTA, VIGÉSIMA SEXTA, VIGÉSIMA SÉPTIMA y PRIMERA SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA OCTAVA, todas las cuales están asociadas a la aspiración de reconocimiento de la novación alegada, tanto en su supuesta configuración a partir de lo establecido en el Otrosí de 30 de enero de 2014, como en la también supuesta ratificación por los sucesos posteriores del trámite arbitral No. 3567, incluido el Acuerdo Conciliatorio de 22 de mayo de 2015, improbadado en esa sede jurisdiccional. Y ante el rechazo de las anteriores pretensiones declarativas, se negará también, en consecuencia, la PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRIMERA DE CONDENA, y las restantes pretensiones subsecuentes de condena por actualización monetaria e intereses moratorios de la suma que se reconociera en virtud de aquélla, vale decir, la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE CONDENA, la PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA, la TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE CONDENA y la PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL DE CONDENA de la reforma integral de la demanda, sobre las cuales el Tribunal confirmó su competencia para resolverlas de fondo.

El Tribunal estima conveniente precisar, en forma coherente con el alcance de las decisiones anunciadas en materia de falta de competencia para resolver sobre algunas de las pretensiones de la demanda –versión reformada-, y del pronunciamiento de fondo de aquellas otras respecto de las cuales el examen de competencia arrojó resultado positivo, que la desestimación del *petitum* asociado a la novación alegada por la Convocante conlleva la no extinción, por esa causal, de la obligación invocada como primitiva –la derivada del Acuerdo Conciliatorio de 28 de noviembre de 2007-, ni el nacimiento de la que, según la demanda, estaba llamada a sustituirla, sin hacer pronunciamiento alguno acerca del estado jurídico actual de dicha obligación primigenia, considerada a la luz de otras causales de extinción y/o de factores con efectos semejantes –por ejemplo pago¹¹⁷,

¹¹⁶ HINESTROSA, Fernando. *Ob. Cit.* Pág 733.

¹¹⁷ El dictamen pericial rendido dentro del proceso, no objetado por las Partes, contiene información sobre ejercicios numéricos asociados a la obligación dineraria inicial, involucrando los abonos realizados.

caducidad, prescripción, y cualesquiera otro legalmente aplicable-, cuestión que ciertamente no es del resorte de este Tribunal, conforme a los términos y límites del litigio sometido su consideración, y al ámbito definido sobre su competencia.

También se considera oportuno señalar que aunque en los alegatos de conclusión la Convocante alude a la eventual configuración de un enriquecimiento sin causa en caso de no reconocerse la obligación novada, es indiscutible que ningún pronunciamiento le es dable efectuar al Tribunal sobre el particular, toda vez que ninguna de las pretensiones de la demanda contiene una solicitud en ese sentido. El imperativo acatamiento del principio de congruencia de las decisiones judiciales, aplicable en las de esta stirpe, imponen ese comportamiento.

5. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL SOBRE LAS RESTANTES EXCEPCIONES DE MÉRITO

Ya tuvo ocasión el Tribunal, en acápite anterior, de pronunciarse -con alcance desestimatorio en los términos allí precisados- acerca de la excepción rotulada como “DE LA FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA CONOCER DEL PRESENTE ASUNTO”, formulada por la Convocada con la doble arista de “POR CONFIGURARSE LA COSA JUZGADA” y “POR CONFIGURARSE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN”.

Lo expuesto en esa oportunidad, que involucró directamente el examen del planteamiento sobre la naturaleza ejecutiva o declarativa de la acción ejercida en la demanda sobre la que versa el presente trámite, sirve de fundamento para la desestimación de la excepción que bajo el texto “DEL CARÁCTER MERAMENTE EJECUTIVO DEL PRESENTE ASUNTO”, también formulada por la ANI en la contestación de la demanda reformada.

De otra parte, ha concluido el Tribunal, de conformidad con el amplio análisis desplegado sobre el punto, que las pretensiones de la demanda relativas a la declaración de existencia de la novación pregonada por la Convocante está llamadas a fracasar, lo que se acompasa con lo que la ANI, por la vía de formulación de excepción, alega indicando que “LA SUSCRIPCIÓN DEL OTROSÍ DE 2014 JAMÁS NOVÓ OBLIGACIONES NI REVIVIÓ TÉRMINOS DE CADUCIDAD”. Sin embargo, en este tópico puntual conviene anotar, desde la óptica del tratamiento procesal de la cuestión, que cuando el operador judicial está en presencia de un escenario en el que no tienen verificación los supuestos requeridos para la prosperidad de las pretensiones, en estricto rigor no hay lugar a la consideración individual de los medios exceptivos propuestos, respecto de los cuales basta, simplemente, un pronunciamiento de ese talante, tal como lo ha sostenido en varias ocasiones la

jurisprudencia arbitral¹¹⁸, con apoyo en antiguo planteamiento doctrinal según el cual *“Salvo las del proceso ejecutivo, las excepciones se deciden en la sentencia final. Si el demandado las ha propuesto, el juez debe examinarlas en la parte motiva y decidir sobre ellas en la parte resolutive, siempre que encuentre acreditados los requisitos de la pretensión, pues en caso contrario absuelve al demandado por la ausencia de cualquiera de ellos (...)”. Sobre este punto dice la Corte: ‘El estudio y decisión de las excepciones no son pertinentes, por regla general, cuando se niegan las peticiones de la demanda, negativa que muchas veces proviene de la ineficacia de la acción (pretensión)’ (XLVII, 616)”. De ahí que, al amparo de esa línea de argumentación, cuando en la estructuración de la defensa el demandado plantea a manera de excepción lo que, en rigor, corresponde a la oposición o negación misma de la pretensión, y ésta no tiene vocación de éxito, es la desestimación del petitorio lo que realmente prevalece, más que la prosperidad del medio exceptivo propuesto, que, en consecuencia, se desestima bajo esa específica apreciación.*

Y la consideración recién traída a colación también resulta aplicable de cara a la excepción denominada “AUSENCIA DE PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DE LA ANI”, estructurada por la Convocada con la óptica de los parámetros reconocidos en la ley y jurisprudencia en materia de responsabilidad por incumplimiento contractual. En rigor, como se desprende de lo que se ha mencionado con reiteración a lo largo de esta providencia, la demanda arbitral sobre la que se decide en este Laudo no se ubica, preponderantemente, en el campo de la reclamación de un incumplimiento contractual del perfil tradicional, asociado a la desatención de obligaciones indiscutidas de esa estirpe generadoras de perjuicios, de modo que ante la desestimación de las pretensiones sobre la novación invocada, sustento de las aspiraciones de condena incoadas por la Convocante que abrirían la opción teórica, en caso de haber prosperado –lo que no ocurrió–, a considerar el escenario de incumplimiento reclamado –y de la excepción propuesta para confrontarlo–, el medio de defensa que se examina carece de virtualidad para ser declarado positivamente como excepción llamada a prosperar, a lo que habría que agregar lo ya dicho en fragmento anterior de este fallo sobre la imposibilidad de pronunciamiento del Tribunal acerca del estado jurídico actual de la obligación dineraria primitiva –pues debe limitarse a lo sometido a su consideración por la vía de la novación–, con lo que ello comporta en materia de no hacer calificación integral alguna de cumplimiento o incumplimiento –total o parcial– de dicha obligación.

¹¹⁸ Pueden citarse, por ejemplo, los Laudos de junio 8 de 1999 (caso INURBE vs FIDUAGRARIA), abril 11 de 2003 (caso BANCOLDEX vs SEGUROS ALFA y LIBERTY SEGUROS), mayo 10 de 2011 (caso INTERASEO y otros vs DISPAC) y octubre 26 de 2016 (casos AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN vs CARACOL TELEVISIÓN S.A. y AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN vs RCN TELEVISIÓN S.A.).

Por último, debe anotar el Tribunal que ante la desestimación del *petitum* de la demanda sobre el que versa el pronunciamiento arbitral, carece de relevancia la hipótesis de la excepción genérica, mencionada por la ANI en la contestación de la demanda.

6. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO

El juramento estimatorio está regulado en el artículo 206 del Código General del Proceso, cuyo tenor, con la modificación introducida por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, es el siguiente:

“Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) 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.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

PARÁGRAFO. También habrá lugar a la condena a 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.

La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”¹¹⁹.

De esta manera, la regulación procesal, que también se refiere al juramento estimatorio en el numeral 7. del artículo 82 del CGP, le otorga múltiples funciones: (i) como requisito formal de la demanda; (ii) como medio de prueba y (iii) como mecanismo sancionatorio.

Como requisito de la demanda, fue considerado en la calificación de admisibilidad de la misma, agotada en la etapa procesal correspondiente; como medio de prueba, tiene ese carácter en cuanto sirve para demostrar el monto o cuantía de la reclamación económica que se formula cuando, incorporado a la demanda como requisito que es según lo dicho, no es objetado por la parte contraria en el término de traslado¹²⁰; y como mecanismo sancionatorio, escenario que interesa en este acápite del Laudo, el precepto en cuestión trae distintos supuestos para la aplicación de las consecuencias de ese talante que allí se consagran, en términos que resulta conviene comentar.

En efecto, el inciso cuarto del artículo 206 consagra una sanción para el caso de la sobreestimación de la cuantía que se reclama, en el entendido que se considerará sobreestimada cuando la cantidad jurada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada en el proceso. Y el inciso primero del párrafo del mismo artículo en comento prevé la sanción para el caso en el cual la pretensión no prospere por falta de demostración de los perjuicios, evento en el cual la sanción será del 5% “del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas”, con la advertencia explícita en inciso siguiente de que “La aplicación de la sanción prevista en el presente

¹¹⁹ El segundo inciso del párrafo recoge lo que en su momento había expresado la sentencia C-157 de 2013 de la Corte Constitucional en relación con el texto del inciso primero del mismo aparte, en el que se agotaba el contenido de la versión inicial del artículo 206 del CGP.

¹²⁰ En este caso, la ANI objetó el juramento estimatorio efectuado por la Convocante.

parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.

Del contenido normativo así reseñado se puede entonces concluir que cuando la decisión de la controversia absuelva al demandado por circunstancias distintas a las mencionadas, como por ejemplo, por la inexistencia del derecho reclamado –y de la correlativa obligación–, no habrá lugar a sanción, al no configurarse ninguna de las hipótesis contenidas para el efecto en el mencionado artículo 206 del CGP.

En este orden de ideas, descendiendo al asunto *sub-lite*, la realidad procesal muestra que no han de prosperar las pretensiones económicas incoadas en la demanda instaurada por CSS CONSTRUCTORES, por las razones expresadas a espacio respecto de ellas –negación de la novación alegada como sustento del derecho sustancial invocado–, sin que, por lo demás, tenga lugar una calificación de actuar negligente o temerario de la Convocante –ni de la Convocada, desde luego–, de modo que no procede la imposición de la sanción a que se refiere la reseñada ley procesal.

III. CAPÍTULO: COSTAS

Es sabido que las costas del proceso están constituidas tanto por las expensas o gastos necesarios o útiles en que incurren las partes por la tramitación del proceso, incluidas las denominadas agencias en derecho, asociadas a la vocería judicial desplegada durante la actuación.

Esta materia se regula, en lo principal, por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011)¹²¹ y por el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

El artículo 188 del CPACA, respecto de las costas dispone:

“Condena en Costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirá por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Por su parte, el artículo 365 del Código General del Proceso prevé las reglas aplicables en la materia que ocupa la atención, entre las que se destacan, en lo pertinente por el perfil del asunto *sub-examine*, las siguientes:

¹²¹ La parte Convocada tiene naturaleza de entidad pública y esa caracterización acompaña al Contrato sobre el que versa el litigio.

“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 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 [laudo] o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

(...)

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”.

Entendido lo anterior, que muestra la prevalencia de un criterio objetivo en punto a la determinación en materia de costas, ha de tenerse en cuenta que en el presente caso, después de delimitado el ámbito de fondo de la controversia en función del examen de la competencia del Tribunal, no prosperan las pretensiones de la demanda, de modo que corresponde a la parte Demandante, CSS CONSTRUCTORES S.A., asumir el grueso de las expensas procesales, -incluidas las agencias en derecho- que se han de liquidar, con la sola morigeración que deriva de la circunstancia según la cual, en los términos indicados en los respectivos acápites de esta parte motiva, las excepciones propuestas por la ANI, en los términos y con el alcance integral en que fueron formuladas, no son despachadas favorablemente.

Así las cosas, considera el Tribunal que la parte Convocante debe asumir todas las costas por ella incurridas y, además, reconocer a la parte Convocada el 50% de las de su cargo,

incluyendo una partida de agencias en derecho, que se determina aplicando el mismo porcentaje referido a la suma de trescientos cincuenta millones de pesos (\$350'000.000), que corresponde al valor –sin IVA– de los honorarios que fueron fijados para un árbitro dentro de la presente actuación.

De acuerdo con lo anterior, la liquidación de la condena en costas a cargo de CSS CONSTRUCTORES y a favor de la ANI incluye los siguientes rubros:

- La suma de cuatrocientos diecisiete millones setecientos cincuenta mil pesos (\$417.750.000), que equivale al cincuenta por ciento (50%) de la partida de honorarios y gastos del proceso que era de cargo de la parte Convocada –incluidos los IVAs pertinentes–, de conformidad con lo dispuesto en la providencia que hizo la fijación correspondiente (Acta No. 10).
- La suma de siete millones cuatrocientos treinta y siete mil quinientos pesos (\$7.437.500), que corresponde al cincuenta por ciento (50%) del valor asumido por la parte Convocada en relación con los honorarios de la perito¹²².
- La suma de ciento setenta y cinco millones de pesos (\$175.000.000), por concepto de agencias en derecho.

El valor total de las costas (incluidas agencias en derecho) a cargo de CSS CONSTRUCTORES, en cuantía de seiscientos millones ciento ochenta y siete mil quinientos pesos (\$600.187.500), se reflejará como condena en la parte resolutive de esta providencia, sin perjuicio de advertir el Tribunal, de acuerdo con la información que reposa en el expediente, (i) que la partida de honorarios y gastos del proceso fue entregada al Presidente del Tribunal, en las oportunidades procesales pertinentes, en su totalidad por la Convocante CSS CONSTRUCTORES S.A. (incisos primero y segundo del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012; Acta No. 11); (ii) que no hubo expedición de certificación para cobro ejecutivo por la parte Convocante, según lo dispuesto en el mismo inciso segundo del artículo 27 recién mencionado; y (iii) que tampoco hay constancia de que hubiese existido reembolso, por parte de la ANI, de la partida a su cargo; sin que esté descartado que tal reembolso se hubiere eventualmente producido.

¹²² Los honorarios totales fijados para la perito fueron de veinticinco millones de pesos, suma a la que debió adicionarse el IVA por ser la perito sujeto de tal impuesto. Dicha suma se pagó por las partes en igual proporción, de modo que cada parte pagó catorce millones ochocientos setenta y cinco mil pesos (\$14.875.000). En vista de que se ha condenado a la Demandante al pago del cincuenta por ciento (50%) del valor que canceló la Demandada, tal porcentaje equivale a siete millones cuatrocientos treinta y siete mil quinientos pesos (\$7'437.500).

Así las cosas, en relación con la efectividad de la condena que se impone en materia de costas, las Partes tendrán en cuenta la existencia o no de reembolso, con aplicación de lo previsto en materia de intereses en el cuarto inciso del mencionado artículo 27 de la Ley 1563 de 2012.

IV. CAPÍTULO: PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir las controversias suscitadas entre **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, parte Demandante, y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, parte Demandada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y habilitación de las Partes,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar, en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva, que el Tribunal carece de competencia para resolver sobre las siguientes pretensiones de la reforma integral de la demanda presentada por **CSS CONSTRUCTORES S.A.**: las declarativas PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA, CUARTA, QUINTA, SEXTA, SÉPTIMA, OCTAVA, NOVENA, DÉCIMA, DÉCIMA PRIMERA, DÉCIMA SEGUNDA, DÉCIMA TERCERA, DÉCIMA CUARTA, DÉCIMA QUINTA, DÉCIMA SEXTA, DÉCIMA SÉPTIMA, DÉCIMA OCTAVA, DÉCIMA NOVENA, VIGÉSIMA, VIGÉSIMA PRIMERA Y VIGÉSIMA OCTAVA; y la de condena identificada como PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE CONDENA, y sus consecuenciales en materia de actualización monetaria e intereses solicitadas en la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE CONDENA, PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA, TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE CONDENA y PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL DE CONDENA.

SEGUNDO: Declarar, en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva, que el Tribunal es competente para resolver sobre las siguientes pretensiones de la reforma integral de la demanda presentada por **CSS CONSTRUCTORES S.A.**: las declarativas VIGÉSIMA SEGUNDA, VIGÉSIMA TERCERA, VIGÉSIMA CUARTA, VIGÉSIMA QUINTA, VIGÉSIMA SEXTA, VIGÉSIMA SÉPTIMA y PRIMERA SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA OCTAVA; y la de condena identificada como PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRIMERA DE CONDENA, junto con sus solicitudes consecuenciales en materia de actualización monetaria e intereses de mora contenidas en la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE CONDENA, PRIMERA SUBSIDIARIA A

LA SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA, TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE CONDENA, y PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL DE CONDENA.

TERCERO: Negar todas las pretensiones de la reforma integral de la demanda presentada por CSS CONSTRUCTORES S.A. respecto de las cuales el Tribunal declaró tener competencia, identificadas en el ordinal anterior de esta parte resolutive, en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva.

CUARTO: Desestimar, en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva, las excepciones formuladas por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI bajo los rúbricos de “1. DE LA FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA CONOCER DEL PRESENTE ASUNTO”: “1.1 POR CONFIGURARSE LA COSA JUZGADA” –y “1.2” POR CONFIGURARSE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN”; “2. LA SUSCRIPCIÓN DEL OTROSÍ DE 2014 JAMÁS NOVÓ OBLIGACIONES NI REVIVIÓ TÉRMINOS DE CADUCIDAD”; “3. DEL CARÁCTER MERAMENTE EJECUTIVO DEL PRESENTE ASUNTO”; “1. (sic) AUSENCIA DE PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DE LA ANI”; “2. (sic) EXCEPCIÓN GENÉRICA”.

QUINTO: Condenar a CSS CONSTRUCTORES S.A. a pagar a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI la suma de seiscientos millones ciento ochenta y siete mil quinientos pesos (\$600.187.500) por concepto de costas, de acuerdo con la liquidación y en los términos indicados en la parte motiva de este Laudo. Se niega, en consecuencia, la CUARTA PRETENSIÓN DE CONDENA de la demanda reformada.

SEXTO: Declarar causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1563 de 2012 y teniendo en cuenta la contribución especial arbitral establecida en el artículo 22 de la Ley 1743 de 2014 –modificado por el artículo 362 de la Ley 1819 de 2016-. La parte Convocante expedirá los certificados de retención correspondientes. En la oportunidad legal, el Presidente hará la liquidación final de gastos y, con la correspondiente cuenta razonada, devolverá, si a ello hubiere lugar, el saldo a las partes.

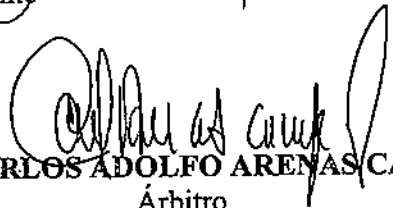
SÉPTIMO: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley, con destino a cada una de las Partes, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público.

OCTAVO: Disponer que el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El presente laudo queda notificado en audiencia.


JOSÉ ARMANDO BONIVENTO JIMÉNEZ
Presidente


MARCELA ROMERO DE SILVA
Árbitro


CARLOS ADOLFO ARENAS CAMPOS
Árbitro


ANNE MARIE MÜRRLE ROJAS
Secretaria

Tabla de contenido

| | |
|--|-----|
| I. CAPÍTULO : ANTECEDENTES..... | 1 |
| 1. SOLICITUD DE CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE Y PARTES DEL PROCESO | 1 |
| 2. EL PACTO ARBITRAL | 2 |
| 3. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA..... | 3 |
| 4. TRÁMITE INICIAL | 11 |
| 4.1. Nombramiento del Tribunal | 11 |
| 4.2. Instalación del Tribunal, admisión y traslado de la demanda..... | 11 |
| 4.3. Contestación de la demanda, excepciones y traslado de las mismas..... | 12 |
| 4.4. Audiencia de conciliación..... | 12 |
| 4.5. Honorarios y gastos del proceso..... | 13 |
| 5. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE | 13 |
| 6. INTERVENCIÓN DE LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO (ANDJE) | 14 |
| 7. LAS PRUEBAS DEL PROCESO | 14 |
| 8. ALEGACIONES DE LAS PARTES Y OTROS INTERVINIENTES | 16 |
| 9. TÉRMINO DEL PROCESO | 16 |
| II. CAPÍTULO : CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL | 18 |
| 1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES..... | 18 |
| 1.1. Demanda en forma | 18 |
| 1.2. Capacidad..... | 18 |
| 1.3. Competencia..... | 18 |
| 1.4. Legitimación..... | 18 |
| 2. DELIMITACIÓN DE LA CONTIENDA ARBITRAL Y METODOLOGÍA DEL TRIBUNAL PARA SU EXAMEN Y DECISIÓN | 19 |
| 3. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL | 20 |
| 3.1. La postura de las partes, la ANDJE y el Ministerio Público | 20 |
| 3.2. Pronunciamientos previos del Tribunal en cuanto a su competencia en este asunto | 25 |
| 3.3. Análisis de fondo sobre la competencia del Tribunal | 33 |
| 3.4. Conclusiones del Tribunal en materia de competencia | 117 |
| 4. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA REFORMA INTEGRAL DE LA DEMANDA RESPECTO DE LAS CUALES TIENE COMPETENCIA | 118 |
| 4.1. La novación planteada por la Convocante | 118 |
| 4.2. La oposición de la Convocada y de la ANDJE en punto a la novación..... | 125 |
| 4.3. El concepto del Ministerio Público en materia de novación..... | 126 |
| 4.4. Las consideraciones sustanciales del Tribunal en torno a la novación | 127 |
| 4.5. Análisis de la configuración –o no- de la novación en el asunto en concreto | 133 |
| 5. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL SOBRE LAS RESTANTES EXCEPCIONES DE MÉRITO | 148 |
| 6. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO..... | 150 |

| | |
|---------------------------------------|-----|
| III. CAPÍTULO : COSTAS..... | 152 |
| IV. CAPÍTULO : PARTE RESOLUTIVA | 155 |