

Cartagena de Indias, 30 de enero de 2019

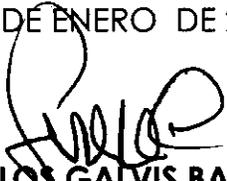
HORA: 08:00 A. M.

<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y R. DEL DERECHO
<b>Radicación</b>	13-001-23-33-000-2018-00182-00
<b>Demandante</b>	AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
<b>Demandado</b>	CONSORCIO VÍA AL MAR (EDGARDO NAVARRO VIVES Y SOC. CONSULTORES DEL DESARROLLO S. A.)
<b>Conjuez Ponente</b>	CARMEN LUCÍA PÉREZ FANG

EN LA FECHA SE CORRE TRASLADO POR EL TÉRMINO LEGAL DE TRES (03) DÍAS A LA PARTE DEMANDANTE DE LAS EXCEPCIONES FORMULADAS EN EL ESCRITO DE CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRESENTADO EL DÍA 27 DE NOVIEMBRE DE 2018, POR EL DOCTOR ALVARO MANTILLA PADILLA, APODERADO DE LA **CONSORCIO VÍA AL MAR (EDGARDO NAVARRO VIVES Y SOC. CONSULTORES DEL DESARROLLO S. A.)**, Y QUE SE ENCUENTRA VISIBLE A FOLIOS 53-125 DEL EXPEDIENTE.

SE DEJA CONSTANCIA QUE EL RESTO DE DOCUMENTOS APORTADOS POR LA PARTE DEMANDADA JUNTO CON LA CONTESTACIÓN, POR SU VOLUMEN, SE ENCUENTRAN DISPONIBLES EN LA SECRETARÍA DE ESTA CORPORACIÓN PARA SU REVISIÓN.

EMPIEZA EL TRASLADO: 31 DE ENERO DE 2019, A LAS 8:00 A.M.

  
**JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS**  
**SECRETARIO GENERAL**

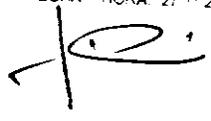
VENCE EL TRASLADO: 04 DE FEBRERO DE 2019, A LAS 5:00 P.M.

**JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS**  
**SECRETARIO GENERAL**

Olm

*Centro Avenida Venezuela, Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional-Primer Piso*  
*E-Mail: [stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co)*  
*Teléfono: 6642718*

SECRETARIA TRIBUNAL ADM  
TIPO: ESCRITO DE CONTESTACION DE LA DEMANDA DE PARTE DEL CONSORCIO VIA AL MAR Y PODER ESPECIAL / TRES TRASLADOS DES. EAV.  
REMITENTE: BAYRON ARANGO  
DESTINATARIO: EDGAR ALEXI VASQUEZ  
CONSECUTIVO: 20181163130  
NO. FOLIO: 001 - NO. CUADERNOS: 1  
RECIBIDO POR: SECRETARIA TRIBUNAL ADM  
FECHA Y HORA: 27/11/2018 10:10:44 AM



Bogotá, D.C., 27 de noviembre de 2018

Doctor  
**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTR**  
Tribunal Administrativo de Bolívar  
Ciudad

**MEDIO DE CONTROL:** Controversias Contractuales  
**RADICADO:** 13001-23-33-000-2018-00182-00  
**DEMANDANTE:** AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA  
**DEMANDADO:** CONSORCIO VÍA AL MAR integrado por EDGARDO NAVARRO VIVES y CONSULTORES DEL DESARROLLO S.A. -CONDESA-

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – CONSORCIO VÍA AL MAR

**ALVARO MANTILLA PADILLA**, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía No.19.236.553 de Bogotá, y portador de la Tarjeta Profesional de Abogado No.117.957 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado del señor **EDGARDO NAVARRO VIVES** y la sociedad **CONSULTORES DEL DESARROLLO S.A.**, integrantes del **CONSORCIO VIA AL MAR** (en adelante, "CVM" o "el Consorcio"), dentro del término legal previsto a este efecto a continuación procedo a **CONTESTAR LA DEMANDA** presentada por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-** (en adelante "la ANI"), en los siguientes términos:

**I. OPORTUNIDAD**

De conformidad con lo señalado en el artículo 172 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante, "CPACA"), cuento con el término de treinta (30) días hábiles para contestar la demanda, término que según lo señalado por el artículo 199 del CPACA, empieza a correr veinticinco (25) días hábiles después de realizada la última notificación del proceso.

Como quiera que la última notificación realizada en el proceso se efectuó el pasado 6 de septiembre de 2018, el término para presentar la contestación inició el pasado 7 de septiembre de los corrientes y vence el día 27 de noviembre de 2018.

En virtud de lo anterior, a la fecha me encuentro dentro del término que la Ley dispone para contestar la demanda.

**II. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA.**

El artículo 175 del CPACA señala que

*"Durante el término del traslado, el demandado tendrá la facultad de contestar la demanda mediante escrito que contendrá:*

(...)

2. Un pronunciamiento sobre las pretensiones y los hechos de la demanda.

(...)"

De acuerdo con ello, en el presente acápite se hará el pronunciamiento sobre los hechos de la demanda, previa transcripción en recuadro y cursiva del hecho objeto de pronunciamiento.

**"IV. HECHOS"**

**1.** *El 24 de agosto de 1994 el Instituto Nacional de Vías – INVIAS y el consorcio conformado por Consultores del Desarrollo S.A. y Edgardo Navarro Vives, celebraron el contrato de concesión No. 503 de 1994, cuyo objeto consiste en realizar por el sistema de concesión, los estudios, diseños definitivos, obras necesarias para la rehabilitación de las calzadas existentes y el mantenimiento y la operación del tramo de carretera Lomita Arena – Puerto Colombia – Barranquilla de la Ruta 90 A y del empalme Ruta 90 (La Cordialidad) – Lomita Arena y el mantenimiento y la operación del tramo Cartagena – Lomita Arena en los Departamentos de Bolívar y Atlántico. Contrato cedido al INCO y posteriormente a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, quien ostenta en este momento la calidad de concedente.*

**Es cierto** en lo que se refiere a la fecha de suscripción del contrato. En todo lo demás, por tratarse de la descripción del objeto del Contrato de Concesión No. 503 de 1994, me atengo en su integridad al texto del mencionado documento.

**2.** *En desarrollo del contrato de concesión identificado en el hecho anterior, las partes suscribieron el otrosí al contrato del 20 de enero de 2006, que según su cláusula primera tenía el siguiente objeto:*

**"CLÁUSULA PRIMERA. – OBJETO.** *El objeto del presente Otro Si es la ejecución, bajo la responsabilidad y por cuenta y de **EL CONCESIONARIO**, de las obras requeridas para mantener la estabilidad y el nivel del servicio de la vía, y la construcción del anillo vial solucionando la problemática de la salida de Cartagena por la vía al mar, que comprenden las siguientes actividades:*

<i>I – Obras de Rehabilitación en el Sector PR 53 Al PR 64</i>
<i>II – Obras Menores Por Rehabilitar</i>
<i>III – Construcción Segunda Calzada Carril 1 Intersección Punta Canoa (Cartagena – Barranquilla)</i>
<i>IV – Rehabilitación del Sector PR11+500 al PR12+500</i>
<i>V – Anillo Vial</i>

**Es cierto** en lo que se refiere a la fecha de suscripción del Otrosí no numerado de fecha 20 de enero de 2006. En todo caso, por tratarse de la transcripción del objeto del Otrosí al Contrato de Concesión No. 503 de 1994 suscrito en la mencionada fecha, me atengo en su integridad al texto del mencionado documento.

3. Conforme lo convenido por las partes en el otrosí del 20 de enero de 2006, en lo relacionado con el "Anillo Vial", el concesionario se comprometió, dentro de los doce (12) meses siguientes a la suscripción del otrosí, a realizar las gestiones prediales, sociales y ambientales necesarias, así como la concertación con el Distrito Turístico de Cartagena y la comunidad, con el fin de dar solución a la problemática de movilidad urbana, espacio público y de capacidad de la vía de acceso a la ciudad, conforme a las normas vigentes. Para el desarrollo de esta obligación el concesionario presentaría a la Entidad concedente los estudios, diseños y costos de las alternativas correspondientes. Una vez el diseño definitivo contara con la conformidad de la Entidad Concedente, el concesionario procedería a ejecutar las obras pertinentes.

**Este no es un hecho.** El demandante pretende en este punto, explicar un aparte de la cláusula primera del Otrosí al Contrato de Concesión No. 503 de 1994 suscrito el 20 de enero de 2006, sin presentar ningún argumento fáctico. De conformidad con lo anterior, me atengo en su integridad al texto del mencionado documento.

4. Así mismo la cláusula décima del adicional No. 9 identifica claramente los documentos que hacen parte integral del contrato, entre ellos, referido con el numeral 2 se encuentra "El análisis marginal – Metodología y modelo Financiero".

**"CLÁUSULA DECIMA: DOCUMENTOS DEL CONTRATO.** – Hacen parte del presente adicional los siguientes documentos: 1) Estudio de conveniencia y Oportunidad, 2) El análisis marginal – Metodología y modelo Financiero, 3) La propuesta presentada por el concesionario, 4) El concepto emitido por el interventor 5) Los demás que se produzcan con ocasión de la ejecución del presente adicional".

**Es cierto** en lo que respecta a la identificación de la cláusula citada. En todo lo demás, por tratarse de la transcripción de la cláusula décima del adicional No. 9 al Contrato de Concesión No. 503 de 1994, me atengo en su integridad al texto del mencionado documento. Se aclara en todo caso, que el adicional No. 9 se suscribió el 26 de junio de 2010.

Ahora bien, al estar aquí enunciado el documento "análisis marginal – Metodología y modelo Financiero" es pertinente resaltar que si bien este documento hace parte del Adicional No. 9, también es cierto que el demandante omite señalar que, precisamente, ese análisis marginal tiene efectos simplemente indicativos, como expresamente lo señala la cláusula tercera del Contrato Adicional en comento, así;

*"(...) El valor correspondiente a la inversión en las obras objeto de este documento, está acordado como un valor global fijo y la discriminación que aquí y en la modelación marginal se hace, solo tiene efectos indicativos, sin que en ningún momento cualquier variación de sus diferentes ítems, pueda ser alegada en beneficio de alguna de las partes, toda vez que se parte de estudios y diseños definitivos, cuyo riesgo está a cargo del concesionario." (Destacado fuera de texto)*

De suerte que el Honorable Magistrado, deberá observar los efectos contractuales del "análisis marginal – Metodología y modelo Financiero" como el mismo texto contractual lo prevé, esto es, con efectos indicativos y sin que

sus variaciones puedan alegarse en beneficio de ninguna de las partes, como erradamente lo pretende hacer la ANI en este proceso.

**5.** *El 28 de noviembre de 2008, las partes suscribieron el otrosí No. 4 al Contrato de Concesión que tuvo como objeto, entre otros, terminar, “los diseños a nivel de Fase III de acuerdo con el Otrosí del 20 de enero de 2006 y efectuar la gestión predial, gestión ambiental, gestión social, operación, mantenimiento y Construcción de las obras requeridas para la solución Vial de Crespo y sus Obras Complementarias.”. Posteriormente, el artículo primero del referido otrosí, fue aclarado por la cláusula primera del otrosí modificatorio del 25 de mayo de 2010, estableciendo el alcance a la solución vial de crespo.*

**Es cierto** en lo que se refiere a la fecha de suscripción del Otrosí No. 4. En todo caso, por tratarse de la transcripción del objeto del Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión No. 503 de 1994, me atengo en su integridad al texto del mencionado documento.

Sin embargo, y dada la cronología de los hechos de la demanda, a efectos de no generar confusiones en el Honorable Magistrado, es pertinente hacer énfasis en que el Adicional No. 9 mencionado en el hecho 4° anterior se suscribió con posterioridad al Otrosí No. 4 -del 28 de noviembre de 2008- y al Otrosí del 20 de enero de 2006, documentos contractuales que demuestran el avance en la estructuración y ejecución de las obras adicionales al Contrato de Concesión de 1994.

**6.** *26 de junio de 2010, las partes suscribieron el adicional No. 09 al contrato de concesión, que en su cláusula primera contempló:*

**"CLÁUSULA PRIMERA:** *Adicionar el alcance de las obras pactadas en el Otrosí del 20 de enero de 2006 para el Anillo Vial de Cartagena y el de las acordadas en el Otrosí No. 4 suscrito el 28 de noviembre de 2008 y por ende, el alcance del contrato de concesión No. 503 de 1994, para que el concesionario ejecute por su cuenta y riesgo, de acuerdo con los estudios y diseños elaborados por él mismo, las obras y actividades que se indican a continuación:*

- a) Construcción de la totalidad de las obras requeridas en el Acceso a Cartagena - Anillo Vial de Crespo - en doble calzada, en una longitud total de 2.5 km que incluye, pero sin limitarse a éstas: a) Infraestructura vial en 1,6 Km, b) Obras costeras: dragado y relleno para el ensanche del litoral, construcción de 7 espolones, construcción de un muro de protección marginal (2.2 kmn); c) Construcción de un túnel sumergido de longitud aproximada de 1.1 kms, incluyendo los acceso, d) construcción parcial del parque lineal "paseo marítimo", e) Los empalmes correspondientes con la Avenida Santander, intersección a desnivel y la vía al Mar en el PR 0+455, de conformidad con los Estudios, diseños y Planos de Construcción (todo a nivel de fase III), entregados por el Concesionario (...)."*

**Es cierto** en lo que respecta a la identificación de la cláusula citada. En todo lo demás, por tratarse de la transcripción de la cláusula primera del adicional No. 9 al Contrato de Concesión No. 503 de 1994, me atengo en su integridad al texto del mencionado documento.

**7.** *En la cláusula sexta del adicional No. 9 de 2010, se acordó como plazo para la*

*ejecución de las obras del Acceso a Cartagena "Anillo Vial de Crespo", cuarenta y ocho (48) meses contados a partir de la aprobación de las garantías contempladas en la cláusula octava del citado adicional. Adicionalmente, en la mencionada cláusula se fijó un avance porcentual de la inversión para las obras del Anillo Vial de Crespo, en el siguiente cronograma que se contaría a partir de la suscripción del acta de inicio:*

<b>Ítem</b>	<b>Descripción</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>
(...)						
3	Anillo Vial Crespo	0%	25%	30%	25%	20%

**Es cierto** en lo que respecta a la identificación de la cláusula sexta. En todo lo demás, por tratarse de la descripción de la cláusula sexta del adicional No. 9 al Contrato de Concesión No. 503 de 1994, me atengo en su integridad al texto del mencionado documento.

En todo caso, es pertinente aclarar que lo descrito en el cuadro que se transcribe parcialmente por el demandante, es un número meramente indicativo de un porcentaje de avance de inversión. Frente a lo anterior es preciso señalar:

- (i) Que el porcentaje de avance de inversión no necesariamente es equivalente al porcentaje de avance de obra. Por el contrario, lo que suele suceder es que no haya una relación directamente proporcional entre éstos, pues la inversión, no corresponde estrictamente al número de cantidades de obra ejecutadas. Un ejemplo de ello es la construcción de los cimientos de una estructura, en donde la inversión puede ser muy alta, sin embargo, el avance de obra puede ser bajo, en comparación con la totalidad de la estructura que se construye.
- (ii) Que los porcentajes de avance de inversión no implican entregas parciales de la ejecución de la obra, como confusamente pretende interpretarlo el demandante. Lo anterior en tanto que, según lo plantea erróneamente la ANI en su demanda, el porcentaje de inversión es exigible año a año, desconociendo que la obligación del Concesionario es la entrega de una obra en un plazo final determinado y no por parcialidades.

**8.** *El adicional No. 9 del 26 de junio de 2010, en su cláusula tercera estableció el valor de las obras contratadas, bajo la modalidad de "precio global fijo", según la siguiente relación:*

<b>Ítem</b>	<b>Descripción</b>	<b>Valor (Ago \$2009)</b>
1	Costos de Obra	247.292.622.907
2	Costos de estudios y diseños	10.503.550.704
3	Costos de Gestión Social, Ambiental y Predial	8.733.523.670
4	Costo de interventoría y supervisión	10.008.119.269
5	Predios	46.814.900.000
<b>Total Inversión (Agosto \$2009)</b>		<b>323.352.716.550</b>

*El valor de las obras acordadas en el adicional No. 9 de junio de 2010, se encuentra discriminado en el modelo financiero que soporta la modificación, el cual, según lo*

contenido en la cláusula décima del mencionado documento contractual, que (sic) hace parte del documento contractual.

El modelo financiero en su aparte de inversiones contiene el valor de las obras asignadas al "Anillo Vial de Crespo", detalle que se relaciona a continuación:

\$ cifras en millones	
CAPEX	\$ ago 2009
Segunda Calzada Cartagena – Marahuaco	48.762,79
Rehabilitación Calzada	3.671,14
Anillo Vial Crespo	133.239,89
Segunda Calzada Atlantico	48.490,93
Estabilizacion PR 88+080 Talud	358,93
Obras Hidraulicas y Varias	4.031,03
Iluminación	2.331,14
Duplicacion peaje Marahuaco	2.432,96
Duplicacion peaje Puerto Colombia	2.137,67
Intersección Bayunca	6.204,56
Descuento Crespo Otrosi 20 de enero 2006	- 4.368,42
<b>Total</b>	<b>247.292,62</b>

Por tratarse de aspectos separados del adicional No. 9 al Contrato de Concesión No. 503 de 1994, me referiré de manera independiente a cada uno de ellos:

i. En relación con la cláusula tercera del adicional No. 9 al Contrato de Concesión No. 503 de 1994, **es cierto** en lo que respecta a su identificación. Sin embargo, por tratarse de una descripción que el demandante hace de la cláusula tercera del adicional No. 9 al Contrato de Concesión No. 503 de 1994, me atengo en su integridad al texto del mencionado documento, no sin antes resaltar que la cláusula tercera que en la misma se dispuso que:

*"(...) El valor correspondiente a la inversión en las obras objeto de este documento, está acordado como un valor global fijo y la discriminación que **aquí y en la modelación marginal se hace, solo tiene efectos indicativos, sin que en ningún momento cualquier variación de sus diferentes ítems, pueda ser alegada en beneficio de alguna de las partes**, toda vez que se parte de estudios y diseños definitivos, cuyo riesgo está a cargo del concesionario."* (Destacado fuera de texto)

En este punto es importante señalar que aunque el modelo financiero es un documento que hace parte del contrato, esto no le quita su carácter abstracto y su virtualidad de ser una mera proyección. En efecto, expertos en materia financiera<sup>1</sup> definen al modelo financiero como "(...) una versión abstracta-matemática que plasma la realidad financiera de una empresa en un set de hojas de cálculo. Un modelo es pues una versión matemática, simplificada e idealizada de la realidad de una empresa", cuya finalidad es la de "(...) proyectar los estados financieros de la empresa sobre la base de datos actuales e históricos".

<sup>1</sup> <https://modelandum.com/que-es-un-modelo-financiero/>

ii. En lo demás del hecho, se observa que se trata de una transcripción de un aparte del modelo financiero del adicional No. 9 al Contrato de Concesión No. 503 de 1994, que como ya explicamos, es un ejercicio abstracto con un alcance meramente indicativo.

En ese orden de ideas, el hecho **es cierto** en lo que se refiere a la identificación del mencionado documento. No obstante, por tratarse de la descripción de un aparte de la modelación marginal, me atengo en su integridad al texto del documento mencionado.

No obstante lo anterior, por la manera como el demandante trae a colación de forma conjunta la cláusula tercera y el modelo marginal, es pertinente reiterar que ambos aspectos tienen un carácter meramente enunciativo y de referencia, en razón a que así se pactó expresamente en la cláusula tercera del contrato, tal como se evidenció en los párrafos anteriores de la contestación de la demanda.

De suerte que, como ya se señaló, por tratarse de asuntos abstractos e indicativos, las variaciones de los conceptos descritos en el primer cuadro de este hecho así como su discriminación detallada, son conceptos meramente referenciales, pero lo más importante de este aspecto es que sobre las variaciones de aquellos indicativos Ninguna de las partes puede alegar beneficio alguno, como indebidamente lo pretende ahora el demandante en este proceso.

**9.** En la cláusula quinta del adicional No. 9 de 2010, se convino entre las partes la siguiente remuneración para las obras adicionadas.

**“CLÁUSULA QUINTA: REMUNERACIÓN. DISPONIBILIDAD DE RECURSOS Y FORMA DE PAGO:** De conformidad con los estudios financieros elaborados para la presente adición, la remuneración del concesionario tendrá las siguientes fuentes:

- a) Los recursos asignados para el anillo Vial de Crespo en el Otrosí suscrito el 20 de enero de 2006, que hacen parte del Ingreso Esperado.
- b) Los recursos provenientes de vigencias futuras asignados en la cláusula cuarta del Otrosí No 4 del 2008.
- c) Los recursos provenientes de los aportes estatales respaldados con las vigencias futuras autorizadas mediante oficio de fecha 26 de junio de 2010, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- d) Los recursos provenientes del recaudo de los \$200.00 pesos adicionales contemplados en la Resolución No. 0751 de 2.009, expedida por el Ministerio de Transporte, hasta obtener un ingreso esperado de CINCO MIL CIENTO VEINTICUATRO MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MIL PESOS (\$5.124.966.000) de Diciembre de 2009.
- e) Los recursos del convenio interadministrativo No. 003 del 11 de mayo de 2009 suscrito entre el INCO y el Área Metropolitana de Barranquilla. Certificado de disponibilidad presupuestal, CDP 2563 del 24 de junio de 2010, expedido por la Subgerencia de Gestión Contractual de este instituto.

En consecuencia, los aportes estatales para la ejecución de las obras objeto de este documento son los que se indican a continuación:

AÑO	VIGENCIAS (millones corrientes)		
	3535	Nuevas CONPES	Total

		<b>3636</b>	
<b>2009</b>	32.643		<b>32.643</b>
<b>2010</b>	54.920		<b>52.920</b>
<b>2011</b>	28.500		<b>28.500</b>
<b>2012</b>	29.250	100.000	<b>129.250</b>
<b>2013</b>	8.554	95.000	<b>103.554</b>
<b>2014</b>		60.000	<b>60.000</b>
<b>2015</b>		10.000	<b>10.000</b>
<b>2016</b>		7.500	<b>7.500</b>
<b>2017</b>		5.000	<b>5.000</b>
<b>2018</b>		5.000	<b>5.000</b>
<b>2019</b>		4.156	<b>4.156</b>

*Existe autorización para comprometer vigencias futuras, otorgada mediante oficio No. 2 -2010 -016794 de fecha 26 de junio de 2010, expedido por la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional (Minhacienda).*

*El INCO incorporará en su presupuesto anual las correspondientes vigencias y hará el correspondiente desembolso al fideicomiso que administra los recursos del proyecto, de conformidad con la disponibilidad del PAC.*

*En caso de que terminado el plazo de la concesión no se ha obtenido el ingreso esperado se dará cumplimiento a lo estipulado en la Cláusula Décima - terminación del contrato de concesión del Orosí del 20 de enero de 2006.*

**PARÁGRAFO PRIMERO.** - *Como consecuencia de lo pactado en la presente cláusula, queda modificado el segundo párrafo de la cláusula cuarta del Orosí No. 4 del 28 de diciembre de 2008 y se suprime la estipulación contenida en su párrafo.*

*Durante la ejecución del contrato, en el momento que el INCO cuente con los recursos suficientes y así lo ameriten las condiciones reinantes, el INCO podrá realizar otros aportes estatales, con el fin de reducir o terminar el plazo de la concesión, para lo cual se harán los ejercicios financieros correspondientes."*

Dado que se trata de una transcripción de la cláusula quinta del adicional No. 9 al Contrato de Concesión No. 503 de 1994, manifiesto que **es cierto** en lo que se refiere a su identificación, pero precisamente, por tratarse de una transcripción y no de un hecho, me atengo en su integridad al texto del documento mencionado.

En todo caso, es pertinente resaltar que lo descrito en este hecho es el esquema de remuneración del Contrato, que como se puede observar, no hace diferencia por tramos, sectores, o etapas. De suerte que la transcripción de la cláusula en comento permite evidenciar que la remuneración es de la totalidad del Contrato y no para determinada o específica obra, cuestión que se sustenta en la integralidad que tiene - *valga la redundancia*- el mismo Contrato.

De modo que no es dable al demandante individualizar la remuneración del Anillo Vial de Crespo, como si fuese un aspecto independiente y desmembrado del Contrato de Concesión, porque a ciencia cierta, no hay forma de saber cuál es la remuneración precisa y específica de las obras correspondientes al Anillo Vial de Crespo.

Por esa razón, se torna palmaria la carencia de sustento de la presente demanda, que no deja de ser cosa diferente a un ejercicio meramente financiero, idealizado y de carácter indicativo, que desconoce la ejecución real del Contrato.

De otra parte, es claro que la obligación contractual pactada era la ejecución de las obras correspondientes al Anillo Vial de Crespo, con una remuneración global del Contrato, sin que se hubiese pactado que los porcentajes de ejecución implicaran remuneraciones parciales, porque como se explicó atrás, la remuneración es integral del Contrato y no parcializada por tramo u obras.

**10.** *En el adicional No. 9 se ratificó la asignación de riesgos al concesionario según el contrato de concesión, en especial frente a los riesgos de diseños, en atención a que fue quien elaboró los estudios y diseños a fase III, así como los riesgos social y ambiental; en la cláusula octava del adicional en comento, el cual convino:*

**“CLÁUSULA OCTAVA RIESGOS.** - De acuerdo con los lineamientos de riesgos contractual definida en los CONPES 3107 y 3133 de 2001, EL CONCESIONARIO asumirá los efectos derivados de todos y cada uno de los riesgos pactados en el contrato, en el Otrosí del 20 de enero de 2006 y en el Otrosí No. 4 de 2008, salvo los casos en que expresamente se determine lo contrario.

*En general el concesionario será responsable de los efectos, favorables o desfavorables, de las variaciones de los componentes económicos, fiscales, legales y técnicos necesarios para cumplir con sus obligaciones relacionadas entre otras, con la elaboración de sus propios estudios y diseños, la contratación de personal, las labores administrativas, los procedimientos constructivos utilizados, los equipos y materiales requeridos, el manejo ambiental y social y el manejo de tráfico, encaminadas a lograr la cabal ejecución de este Contrato.*

*En todo caso, se estará a lo pactado en el contrato 503 de 1994 y sus modificaciones, especialmente lo contenido en la Cláusula sexta del Otrosí del 20 de enero de 2006 y cláusula novena del Otrosí No. 4 suscrito el 28 de noviembre de 2008”.*

**Es cierto** en lo que respecta a la identificación de la cláusula octava. En todo lo demás, por tratarse de la transcripción de una cláusula del adicional No. 9 al Contrato de Concesión No. 503 de 1994, **me atengo** en su integridad al texto del mencionado documento, dejando claro que descrito en el párrafo inicial de este hecho, *-que no corresponde a la transcripción de la cláusula en comento-*, es una opinión de lo que el demandante considera, es el contenido de la cláusula.

**11.** *Las garantías para el adicional No. 9 del 26 de junio de 2010, se aprobaron el 2 de septiembre de 2010. (Acta de inicio y Aprobación de garantías de 20 de agosto de 2010 y 2 de septiembre de 2010).*

**Es cierto**, y me atengo en su integridad al texto de los documentos mencionados en el paréntesis del hecho anterior.

En todo caso, es pertinente aclarar que la fecha de aprobación de las garantías da inicio al término inicial para la ejecución de las obras del Adicional No. 9 al Contrato de Concesión 503 de 1994, pero en ningún caso constituye un asunto sujeto a discusión en el Contrato de Transacción de que trata este proceso.

**12. Conforme el plazo fijado en el adicional No. 9 de 2010 y la fecha de aprobación de sus garantías, el plazo de 48 meses pactado por las partes para la culminación de las obras correspondientes al Acceso a Cartagena – Anillo Vial de Crespo, se cumplió el día **1° de septiembre de 2014.****

**Es cierto.** Sin embargo, debe agregarse que, de acuerdo con lo pactado en el Contrato de Transacción de que trata esta controversia, dicho plazo inicial fue prorrogado por las partes *-es decir, conjuntamente por contratante y concesionario-* en virtud del acaecimiento de ciertos riesgos contractuales que afectaron la ejecución de las obras, tal como allí se consignó. En ese sentido, no puede ahora el Demandante ignorar el hecho de que por su propia voluntad, y en acuerdo con mi representado, se otorgó un término adicional para la culminación de las obras de que trata este hecho.

Precisamente, el reconocimiento de esos riesgos contractuales acaecidos fue parte de las concesiones mutuas que las partes hicieron en el marco de la transacción de que trata este proceso judicial; Esto implica que mi mandante (i) no incurrió en incumplimiento del contrato, (ii) así como tampoco, que para el caso concreto haya acaecido un desequilibrio contractual.

Como consecuencia de lo anterior, es evidente que la ANI carece de título de imputación y de sustento jurídico para las reclamaciones pecuniarias de su demanda, pues no existe ninguna figura jurídica que permita reclamar un presunto daño sin que exista un hecho causante, un nexo causal y un perjuicio causado.

Por otra parte, sobre los riesgos de un contrato de concesión es pertinente traer a este caso lo explicado en el documento CONPES 3174 de 2011 que concibe a los riesgos así:

*“(...) aquellas circunstancias, que siendo potenciales alteraciones del equilibrio económico, puedan preverse por su acaecimiento en contratos similares; por la probabilidad de su ocurrencia en relación con el objeto contractual o por otras circunstancias que permitan su previsión. Dicha previsibilidad genera la posibilidad de establecer responsabilidades y tratamientos específicos de asignación y mitigación. Con lo anterior, se busca la determinación de responsabilidades en cabeza de cada una de las partes frente a la posible ocurrencia de riesgos propios de la ejecución del objeto contractual y el establecimiento de condiciones y reglas claras en materia de riesgos previsibles que, al incluirse dentro de los derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar, **excluyan dichas circunstancias -si ocurren- de la posibilidad de alegar desequilibrios económicos de los contratos, reduciendo las consecuencias económicas y litigiosas frecuentes en los mismos.**”* (Destacado fuera de texto)

Así pues, de acuerdo con lo pactado en el Contrato de Transacción, es evidente que los hechos que dan lugar al desplazamiento de la inversión son exógenos y no imputables al CONCESIONARIO, por tratarse de la materialización de unos riesgos.

**13.** *En desarrollo de las obras del Anillo Vial de Crespo se presentaron hechos, consistentes de los riesgos asumidos por el Concesionario.*

**Es parcialmente cierto** y en todo caso es una manifestación imprecisa.

Lo que sucedió en el presente caso y que dio vida al Contrato de Transacción que sustenta esta controversia es lo que se tuvo en cuenta en el considerando No. 15 de dicho documento, según el cual para la ANI era claro que los hechos analizados fueron parte de los riesgos asumidos por el Concesionario, sin embargo, la posición del Concesionario era considerarlos, por el contrario, eventos eximentes de responsabilidad.

De ese modo, a título de transacción, las partes acordaron que las circunstancias que impidieron la culminación de las obras en los tiempos inicialmente previstos, fueron en efecto riesgos materializados, sin que ello significara incumplimiento alguno por parte del Concesionario, pues se trató de hechos ajenos a éste.

No obstante, es importante resaltar que, por tratarse de un riesgo que acaece, es claro que el efecto económico de ese evento, ya está tipificado y valorado en la ecuación económica del Contrato. Esto significa entonces que a mi mandante no le corresponde asumir más efectos económicos de los que ya fueron calculados en su momento en el modelo financiero; cuestión que no se puede pasar por alto, pues precisamente, desde el punto de vista económico deja sin sustento las pretensiones de la demanda.

**14.** *Durante el tiempo en que el Concesionario debió realizar las inversiones para el desarrollo de las obras del denominado Anillo Vial de Crespo, la Agencia Nacional de Infraestructura efectuó y ha efectuado los aportes correspondientes a la remuneración convenida en el Adicional No. 9, por lo que el Concesionario ha percibido estos ingresos, tal y como se sustenta en el contenido del numeral 9 de los hechos de la demanda del presente escrito. (Ver prueba 15 Certificados de pago de futuras vigencias)*

**Es cierto**, en lo que tiene que ver con los aportes correspondientes a la remuneración.

Sin embargo se aclara que, de una parte, los ingresos percibidos por mi mandante siempre se han destinado a realizar las inversiones correspondientes del Contrato de Concesión No. 503 de 1994, y no solamente cuando las “debió realizar”.

Por otra parte, se reitera, que el esquema de remuneración es de la totalidad del Contrato, y no hace diferencia por tramos, sectores, o etapas, según se explicó en respuesta a hechos anteriores. De suerte que, no es dable al demandante individualizar la remuneración del Anillo Vial de Crespo, como si fuese un aspecto independiente y desmembrado del Contrato de

Concesión, pues esta interpretación desconoce la ejecución real del Contrato y en general, lo que en realidad constituye un contrato de concesión.

**15.** Los hechos relatados en los numerales 11, 12 y 13 traen como consecuencia para el proyecto de concesión un desbalance en las cargas correlativas que se deben las partes, en tanto que el concesionario obtiene un rendimiento mayor a la pactada, a pesar de que no realizó las inversiones acordadas, ni ejecutó las obras contratadas en el plazo acordado, pero si continuó recibiendo los ingresos correspondientes a su remuneración sin modificación alguna, incluidos los aportes efectuados por la ANI.

En efecto, y según el modelo financiero del contrato de concesión, las partes pactaron una TIR del 7.75% como rentabilidad a la inversión del concesionario, pero al actualizar los cronogramas de ejecución con las fechas reales se obtiene como resultado que se incrementa la TIR pactada del 7.75% al 14.21%. Es decir, que la mora o incumplimiento del contratista en la realización de las inversiones y la ejecución de las obras, le beneficia económicamente de manera injustificada, y por ello mismo fue que en el contrato de transacción se acordó una compensación económica a favor de la ANI por este hecho. (Ver prueba 9 - Memorando dirigido a defensa judicial donde se demuestra el aumento de la TIR del 7.75% al 14.21% y modelo inicial).

Enfáticamente manifiesto que **no es cierto**. En primer lugar, no se trata de un hecho, sino del razonamiento ulteriormente errado del demandante, que pretende derivar una consecuencia jurídica inexistente, a partir de unos supuestos fácticos errados, basados en una expectativa financiera irreal.

Nada más alejado de la realidad afirmar que en el Contrato ha ocurrido “un desbalance” que de alguna forma favoreció a mi representado y desfavoreció a la ANI. Por el contrario, como se demostrará en este proceso, la premisa desde la que parte la ANI para su reclamación es errada, por lo que ni el sustento fáctico ni el sustento jurídico de esta demanda le permitiría una reclamación de la naturaleza que pretende hacer.

Pero incluso, si en gracia de discusión se aceptaran como ciertos los supuestos presentados por la ANI, se llegaría a la ineludible conclusión de que en caso de haber un desbalance, éste afectaría a mi mandante y no a la Demandante, toda vez que el ejercicio financiero realizado por la ANI no corresponde a la realidad del Contrato, sino que se trata de un cálculo financiero abstracto que sólo modifica la variable “fechas” y desconoce todas las demás variables del Contrato; modificación univariada -que en doctrina financiera se conoce como un ejercicio *ceteris paribus*- que por supuesto, desconoce la realidad de los demás elementos que se debe tener en cuenta y como consecuencia carece de sustento fáctico, porque no tiene en consideración todos los hechos (o variables) realmente acaecidos en la ejecución contractual.

Además, es **completamente falso** que la transacción de que trata este proceso haya pactado una compensación a favor de la ANI. Precisamente ese -la existencia, causas y monto de la supuesta compensación- es el asunto que se somete a conocimiento de este Honorable Magistrado.

Por otra parte, es necesario explicar, como se demostrará en el proceso y se excepciona en el capítulo de defensa correspondiente de este documento de

contestación, que lo aquí señalado por el demandante es **falso**, pues en el proyecto en realidad hubo mayor inversión y menos rendimiento financiero al estimado en el modelo financiero, y que, contrario a lo afirmado por la ANI, la TIR se afectó negativamente en desmedro de mi mandante.

En ese sentido, se insiste que el ejercicio matemático teórico que la ANI aduce como explicación a sus pretensiones no tiene en cuenta las inversiones realizadas y otras variables, y por ende es irreal y no prueba daño alguno.

Finalmente cabe señalar que las “cargas correlativas” a que hace referencia este hecho sólo pueden asimilarse, desde el punto de vista jurídico, a un desequilibrio económico, cuestión que como se explicará igualmente en las excepciones presentadas:

(i) excluye la teoría del acaecimiento del riesgo;

(ii) nunca sucedió, pues el contrato no se desequilibró, pues ni el “desplazamiento de la inversión” ni la presunta “mayor remuneración” constituyen los elementos que la Ley y la Jurisprudencia han tenido en cuenta para reconocer un desequilibrio contractual, y;

(iii) no se solicitó en el *petitum* de la demanda, pues ni el “desplazamiento de la inversión” ni la presunta “mayor remuneración”, según se lee en las pretensiones de la demanda, corresponden a una petición de desequilibrio contractual.

**16.** *El 26 de agosto de 2014, esto es, antes del vencimiento del plazo contractual para cumplir las obras del Anillo Vial de Crespo, el Concesionario mediante comunicación radicada en la Entidad bajo el número 2014-409-040802-2, solicitó ampliar el plazo por un término adicional de dieciocho (18) meses, para la culminación de las obras en comento. (Ver prueba 6 comunicación No. 2014-409-040802-2 de 26 de agosto de 2014)*

**Es cierto** lo que respecta a la fecha e identificación de la comunicación que se menciona. Sin embargo, sobre el contenido de la misma, me atengo en su integridad al texto del mencionado documento.

Cabe recordar en todo caso, que esa solicitud de ampliar el plazo para la entrega de las obras del Anillo Vial de Crespo no fue caprichosa, pues obedeció a las complejidades derivadas de hechos no imputables a mi mandante, y que afectaron la ejecución del Contrato las cuales se demostrarán a lo largo del proceso, y que se resumen a continuación:

- a. La existencia de un cable de fibra óptica de propiedad de COLUMBUS NETWORK S.A., de cuya existencia y ubicación ni la ANI ni el CONCESIONARIO tenían información previa. La presencia de este cable implicó la imposibilidad de adelantar la construcción hasta que se lograra su ubicación y protección.
- b. El bloqueo que por 75 días realizó la comunidad de pescadores de COMFENALCO, circunstancia que impidió el avance de las obras costeras.

- c. La llegada de los huracanes Thomas y Sandy, cuyos efectos climáticos incidieron en la ejecución de las obras.
- d. El suministro por parte de un tercero, de materiales que causan reactividad en el concreto utilizado en la construcción del Túnel Sumergido de Crespo, contraviniendo las recomendaciones y especificaciones entregadas por el CONCESIONARIO.

**17.** En atención a la solicitud del concesionario, el 1 de septiembre de 2014, la Agencia y el contratista suscribieron documento de entendimiento, con el propósito de desarrollar mesas de trabajo conjunto que permitieran a las partes evaluar adecuadamente la procedencia de la solicitud formulada por el concesionario. (Ver prueba 16 Memorando de entendimiento de 01 de septiembre de 2014)

**Es cierto** lo que respecta a la fecha e identificación del documento que se menciona. Sin embargo, sobre el contenido del mismo, me atengo en su integridad a su texto.

**18.** En desarrollo de las mesas de trabajo relatadas en el hecho anterior, el 21 de octubre de 2014 la Agencia y el concesionario, suscribieron un contrato de transacción con el objeto de precaver un conflicto con ocasión de la no entrega oportuna de las obras correspondientes al Anillo Vial de Crespo. (Ver prueba 2. contrato de transacción de 21 de octubre de 2014)

**Es cierto** lo que respecta a la fecha e identificación del Contrato de Transacción. Sin embargo, sobre el contenido del mismo, me atengo en su integridad a su texto, recordando que el objeto de dicho documento está determinado en la cláusula primera del mismo y que en él las partes dejaron claras las motivaciones que las llevaron a hacer concesiones mutuas.

Vale igualmente la pena resaltar que la controversia que allí se transó no obedeció exclusivamente, -como erradamente lo señala el demandante-, a la no entrega oportuna de las obras del Anillo Vial de Crespo, sino que corresponde además, de acuerdo con los antecedentes del mismo contrato de transacción, a las concesiones mutuas de reprogramación del cronograma de ejecución y la no imposición de una multa.

Así entonces, de acuerdo con la literalidad de las cláusulas primera y segunda del contrato de transacción, el reconocimiento del nuevo plazo de 12 meses por parte de la ANI, era "consecuencia" -lo dice la cláusula segunda- de la concesión que la ANI otorgó a mi mandante, en virtud de la transacción, y para precaver un conflicto.

**19.** En el mencionado contrato de transacción se convino otorgar al Concesionario un nuevo plazo de doce (12) meses, contado a partir de la suscripción del acuerdo, para la terminación de las obras correspondientes al "Anillo Vial de Crespo", que incluye el "Túnel Sumergido de Crespo", de acuerdo con el siguiente cronograma, contenido en su cláusula segunda:

<b>CRONOGRAMA PARA LA REALIZACIÓN DE LAS OBRAS DEL "ANILLO VIAL DE CRESPO"</b>		
	<b>HITO</b>	<b>PLAZO</b>
1	Terminación del puente y vías de acceso	3 MESES

	Empalme de accesos con vías existentes	(MESES 1 a 3) 2 MESES (MESES 11 Y 12)
2	Obra civil del "Túnel Sumergido de Crespo" y rampas de acceso	10 MESES (MESES 1 a 10)
3	Obras costeras, incluida la modificación de la licencia ambiental y la obtención del permiso de la DIMAR y demás permisos	10 MESES (MESES 1 a 10)
4	Obras de urbanismo y paisajismo del "anillo vial de Crespo"	10 MESES (MESES 1 a 10)
5	Obras de instalación de equipos electromecánicos del "anillo vial de Crespo"	2 MESES (MESES 11 y 12)

Sin embargo, lo importante a destacar es que las partes, en el marco del contrato de transacción, haciendo concesiones mutuas, hicieron los siguientes reconocimientos y declaraciones:

1. Que el otorgamiento de un nuevo plazo al concesionario para la ejecución de las obras del Anillo Vial de Crespo, NO implicaba de forma alguna que los riesgos constructivo, ambiental y social relacionado con dichas obras, se compartían entre la Entidad concedente y el contratista, razón por la cual se expresó que la matriz de riesgos del contrato se mantenía inalterada.
2. El concesionario reconoció y aceptó que los hechos en que sustentó la demora en la ejecución de las obras del Anillo Vial de Crespo, según los tiempos del adicional No. 9, se encontraban dentro de los riesgos constructivo, ambiental y social asignados y reconocidos al Concesionario, por lo que cualquier efecto, como sobrecostos, reconstrucciones, reparaciones, mayor permanencia en obra, stand by, fueron asumidos en su integralidad por el concesionario.
3. En el contrato de transacción las partes aceptaron y convinieron que existió desplazamiento de la inversión por el incumplimiento del cronograma de inversión de las obras del Anillo Vial de Crespo, según el adicional No. 9 de 2010, así como por la reprogramación de dicho cronograma en el contrato de transacción.
4. Las partes aceptaron y reconocieron que ante el otorgamiento de un nuevo cronograma para la ejecución de las obras, el concesionario debía compensar económicamente a la ANI, por el desplazamiento de la inversión, de tal manera que se sometía a la justicia arbitral la determinación del valor del mismo y la definición de si el concesionario debía compensar a la Agencia por este hecho, circunstancia ésta última que ya fue aceptada en el contrato de transacción, tal y como se transcribe a continuación:

"16. En consecuencia, ante la eventual controversia que se pudiese generar por la posición asumida por las partes ante los hechos y eventos antes descritos, la AGENCIA, fundamentada en el artículo 4.9 y 5.2 de la Ley 80 de 1993, la ley aplicable al contrato, encuentra de la mayor utilidad pública y garantía del interés general a su cargo, proponer al CONCESIONARIO que ante un nuevo cronograma de obra este acceda a una medida compensatoria en favor de la AGENCIA por el retraso o desfase en el cronograma contractualmente fijado para la culminación y puesta en operación del "Anillo Vial de Crespo", con el fin de precaver un litigio o

**circunstancias gravosas.** (Subraya y negrilla fuera de texto original).

...  
"3. Respecto de la eliminación o extinción convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas, es preciso tener en cuenta que, para superar la situación jurídica incierta, las partes harán concesiones mutuas que se concretan en: ... **iii) para la definición del derecho económico a favor de la ANI, por la reprogramación del cronograma correspondiente a las obras del "Anillo Vial de Crespo", el CONCESIONARIO y la ANI someterán la situación del efecto económico del desplazamiento de la inversión a 1 definición de un Tribunal de Arbitramento...**" (subraya y negrilla fuera de texto original).

"CLÁUSULA SÉPTIMA. Someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, los siguientes aspectos: **7.1. Definición del valor del desplazamiento de la inversión por la reprogramación del cronograma de obras correspondiente al "Anillo Vial de Crespo"** y 7.2. Definir si el Concesionario debe compensar a la AGENCIA por tal concepto. (subraya y negrilla fuera de texto original)

...  
"CLÁUSULA NOVENA. Las partes convienen que el valor que, por concepto del desplazamiento de la inversión por la no entrega oportuna de las obras correspondientes al "Anillo Vial de Crespo", llegare a resultar en favor de la AGENCIA - Proyecto, podrá ser reinvertido en el proyecto, de acuerdo con las instrucciones que oportunamente la AGENCIA imparta al CONCESIONARIO.

**Es cierto** en lo que respecta a la fecha e identificación del Contrato de Transacción y el cronograma pactado. Sin embargo, sobre el contenido del mismo, me atengo en su integridad al texto del Contrato en mención.

En lo demás de ese numeral, se aclara que no se trata de un hecho, sino de la interpretación acomodada a su beneficio, que el demandante quiere hacer de dicho texto contractual.

En primer lugar, paso a recordar que, según se reseñó en el antecedente No. 7 del Contrato de Transacción, el Concesionario razonadamente solicitó un plazo de dieciocho (18) meses para la culminación de las obras, sin embargo, la ANI como una clara muestra de intransigencia, únicamente otorgó un plazo de doce (12) meses al Concesionario, sin dar explicación alguna del porqué no accedía al otorgamiento del plazo inicialmente solicitado.

En segundo lugar, debe quedar claro que lo pactado en el Contrato de Transacción no fue un reconocimiento de un derecho económico, ni es la determinación de si se cumplió o no el cronograma del Contrato de Transacción. Lo que ha de ser materia judicial, según el contrato de transacción, es lo contemplado en la cláusula séptima de dicho documento, que corresponde únicamente a la determinación de si mi mandante está o no está obligado a reconocer a favor de la ANI una suma dineraria por concepto de desplazamiento de la inversión, y sólo en el remoto evento en que se llegare a demostrar que sí se debe hacer ese reconocimiento económico, se deberá determinar cuál sería el monto o suma correspondiente. La cláusula séptima del Contrato de Transacción no deja duda en ello y evidentemente, ese aspecto fáctico y temporal es el que se somete a conocimiento del Honorable Magistrado.

En tercer lugar, se reitera que el reconocimiento que se hizo en el Contrato de Transacción sobre el acaecimiento de un riesgo en el Contrato de Concesión, fue parte de las concesiones mutuas hechas por las partes y, en todo caso, ello quiere significar que la ANI carece de fundamento para pretender cobrar la indemnización que persigue en este proceso, precisamente en virtud de la aplicación de la teoría del riesgo y de su delimitación contractual.

Lo dicho en el párrafo anterior, no es otra cosa distinta a manifestar que la demanda desconoce, en todo sentido, el efecto favorable que el acaecimiento de los riesgos puede tener en las partes contractuales, de suerte que la pretensión dineraria de la ANI, constituye en realidad, un potencial enriquecimiento sin causa.

Así mismo, es importante aclarar que, tal como lo explican los antecedentes del Contrato de Transacción, los hechos constitutivos de dicho acuerdo no fueron un incumplimiento del contrato, ni mucho menos, la ocurrencia de hechos que le fueran imputables a mi mandante. En otras palabras, es claro que mi mandante nunca aceptó en dicho documento haber incurrido en una conducta constitutiva de incumplimiento del Contrato de Concesión.

De suerte que al no haber título de imputación alguno, no es cierta la apreciación hecha por el demandante en el numeral 4. del hecho que aquí se contesta, pues mi mandante de ningún modo ha aceptado que sí debe compensar a la ANI. Ese es precisamente parte del asunto *sub judice* que se somete a conocimiento del Honorable Magistrado.

Por otra parte, **tampoco es cierto** que mi mandante haya reconocido la obligación expresa y exigible de compensar económicamente a la ANI como consecuencia del otorgamiento de un nuevo cronograma. Esta es una falsa y acomodada interpretación del Contrato de Transacción, que desconoce lo señalado en el numeral 7.2. de la cláusula séptima del Contrato de Transacción, que señala como alcance de la definición jurisdiccional “7.2. Definir si el Concesionario debe compensar a la AGENCIA por tal concepto”.

Así, se debe aclarar en este punto que no es cierto, como lo plantea el demandante, que las partes convinieron en que el Concesionario está obligado a indemnizar o compensar a la ANI por el denominado “desplazamiento de la inversión”.

Lo que claramente se lee en el texto del Contrato de Transacción según se pactó, es que esa sería precisamente uno de los asuntos objeto de discusión judicial (o arbitral, como se determinó en su momento), y así, sin ambages, las partes lo indicaron en la cláusula séptima de la transacción.

En otras palabras, las partes señalaron claramente que someterían a decisión jurisdiccional no sólo el valor del desplazamiento de la inversión, - que es lo único que la ANI parece leer en el texto de dicha transacción-, sino también decidieron someter al arbitrio de la justicia, causa, razón y sustento de ese monto, lo que no es nada diferente a la determinación de “si el Concesionario debe compensar a la AGENCIA por tal concepto”.

**20. Según la información suministrada y validada por la Interventoría con radicado**

de mayo 10 de 2016, No. 2016-409-037634-2 y por la Gerencia de Proyectos Carretero a cargo de esta concesión en reunión con el equipo técnico de supervisión, las fechas reales en las cuales se ejecutaron las obras, son las siguientes

Ítem	Descripción	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
(...)								
3	Anillo Vial Crespo	7%	22%	16%	12%	16%	19%	8%

Como se observa, las obras se ejecutaron y entregaron en una fecha posterior a la contemplada en el modelo financiero, generándose un impacto negativo frente a los plazos del proyecto en la medida que no se tuvo a disposición la infraestructura, pero a su vez generando una rentabilidad mayor a la pactada en favor del contratista, quien sí recibió de manera oportuna los aportes de la ANI y los demás conceptos de remuneración. (Ver prueba 12. Oficio No. 2016-409-037634-2 de 10 de mayo de 2016 y sus anexos)

**No es cierto.** De una parte, no es cierto que se haya generado una mayor rentabilidad a favor de mi mandante, pues como se demostrará en este proceso, lo que sucedió es que hubo mayor inversión y menor rentabilidad. Como se mencionó en la contestación a hechos anteriores, la TIR se modificó, sí, pero en perjuicio de mi mandante.

De otra parte, no me consta lo que terceros hayan señalado en relación con la información de ejecución de la obra, pero me atengo al contenido íntegro y textual de la comunicación mencionada, sin aceptar que ese contenido corresponda a la realidad.

En todo caso, se insiste, según se dijo en la respuesta a hechos anteriores, el avance porcentual de la ejecución de las obras es distinto y no corresponde al avance porcentual de la inversión realizada; en todo caso, para el caso concreto, se demostrará que ninguno de estos elementos ha tenido la capacidad de generar un impacto económico adverso a la ANI ni de causarle un daño, por lo que sus peticiones no tienen vocación de prosperidad.

Finalmente, es pertinente señalar que lo explicado en este hecho está no se refiere a los aspectos señalados en la cláusula séptima del Contrato de Transacción, pues hace referencia a asuntos temporales y fácticos que claramente acontecieron por fuera del Contrato de Transacción, y por lo tanto, no deben ser objeto de estudio por parte del Honorable Magistrado en este proceso.

**21.** En el contrato de transacción antes referido, las partes convinieron que se tendría como referente para la determinación del valor del desplazamiento de la inversión, el cálculo efectuado por la Gerencia Financiera de la Agencia, con base en el Adicional No. 9 de 2010, correspondiente al desplazamiento de inversión para las obras del Anillo Vial de Crespo, que en su momento tuvo como resultado una cifra por este concepto de COP \$20.350 millones en 2014 a favor de la Agencia, el cual a la fecha es muy superior.

No se trata de un hecho, sino de la descripción del párrafo de la cláusula séptima del Contrato de Transacción, a cuyo texto me atengo en su integridad, como se lee a continuación:

*“PARÁGRAFO PRIMERO.- Las partes acuerdan, referir dicha decisión al Tribunal de Arbitramento que se convocará dentro de los veinte (20) días siguientes a la suscripción del presente Contrato de Transacción, para que determine el efecto económico del desplazamiento de la inversión y si debe compensarse a la ANI por el mismo. Para el efecto, **la ANI aportará como referente el cálculo efectuado por la Gerencia Financiera de la AGENCIA**, con base en el Adicional No. 9/2010, correspondiente al desplazamiento de la inversión para las obras del “Anillo Vial de Crespo” (...).”*

Así, es importante resaltar que según lo pactado en el Contrato de Transacción, el concepto de la Gerencia Financiera sería un mero referente. Así, la cifra mencionada en el hecho que se contesta no es otra cosa diferente a una opinión de la parte demandante que como ya se dijo es una simple referencia y, de ningún modo, corresponde a un reconocimiento por parte de mi mandante de un daño sufrido por la ANI.

Como se explicará en el capítulo de medios de defensa, de un lado, (i) la ANI no sufrió daño alguno y de otro (ii) al verificar todos los elementos del ejercicio financiero realmente acontecido, se encuentra que no hubo una mayor rentabilidad para mi mandante, sino que por el contrario, hubo una mayor inversión, con lo que la TIR se modificó en su desmedro.

**22.** *Para determinar el valor de la compensación económica reconocida en favor de la ANI, en el marco del contrato de transacción, como consecuencia del otorgamiento de un nuevo plazo al concesionario para la ejecución de las obras, se puede realizar bajo el uso de dos metodologías: i) Diferencia de valores presentes del flujo de CAPEX inicial y el real o ii) Actualizar en el modelo financiero soporte de la adición las fechas reales de ejecución de las obras.*

**No es cierto** y se insiste: mi mandante no ha reconocido una compensación económica a favor de la ANI.

Esta afirmación es una tozuda interpretación que la demandante pretende hacer en su favor, respecto del Contrato de Transacción. Por el contrario, como se señala en el numeral 7.2. de la cláusula séptima del Contrato de Transacción determinar si a mi mandante le corresponde o no compensar a la ANI, es precisamente el asunto que se deberá resolver en este proceso.

Ahora bien, la consideración financiera que se presenta en este hecho es errada, en tanto que el ejercicio financiero planteado por la ANI desconoce la realidad de las inversiones, lo que a su vez desconoce los pactos realizados en el Contrato de Transacción, según el cual, para el cálculo del monto pretendido por la ANI, -de ser objeto de compensación por parte de mi mandante-, debe tener en cuenta las inversiones efectivamente realizadas.

Finalmente, es menester recordar que la delimitación fáctica de la intervención jurisdiccional pactada en el Contrato de Transacción se limita, precisamente, a lo consignado en la cláusula séptima de dicho acuerdo. Por ello, los cálculos que se someten a consideración del Honorable Magistrado deben enmarcarse en ese contexto y, por ende los ejercicios matemáticos realizados por la ANI deben circunscribirse entonces al otorgamiento del

nuevo plazo dado en ese Contrato y no, a las fechas que convenientemente usa en sus “ejemplos” financieros.

**23.** *Mediante oficio radicado ANI No. 2014-409-064642-2 de diciembre 26 de 2014, la firma Ernst & Young realizó una cuantificación de desplazamiento de las inversiones, bajo la metodología indicada en el numeral i) del literal anterior, dando como resultado \$21.331,07 millones de pesos de Octubre de 2014, para ser compensado a favor de la Agencia. (Ver prueba 7 oficio de la firma Ernst & Young No. 2014-409-064642-2 de 26 de diciembre de 2014).*

**No me consta** lo que terceros hayan señalado en relación con los ejercicios financieros para calcular el presunto valor del desplazamiento de la inversión, pero por tratarse de una comunicación que obra en el expediente, me atengo a la integridad de su contenido, sin aceptar en momento alguno que las conclusiones que allí se señalan sean veraces, máxime si se tiene en cuenta que, como se explicó en hechos anteriores, los cálculos realizados por la ANI son un ejercicio *ceteris paribus*, que desconoce la realidad del Contrato.

En todo caso, el monto deberá ser probado en el proceso, teniendo en cuenta en marco fáctico y temporal delimitado en el Contrato de Transacción y la reprogramación allí especificada.

**24.** *Al actualizar los cronogramas de ejecución con las fechas reales, se obtiene como resultado que se incrementa la TIR pactada del 7.75% al 14.21%. Por lo anterior, y para que la TIR sea del 7,75% y el valor presente neto sea cero, se hace necesario determinar un monto u elemento en la línea de ingresos o de egresos que permita restablecer la tasa al valor contractual, pudiendo ser la compensación de dinero a favor de la ANI o la realización de nuevas inversiones que se traducen en nuevas obras a cargo del concesionario.*

**No es cierto.** Como se demostrará en el proceso, la TIR pactada se modifica pero en perjuicio de mi mandante. En todo caso, entendemos que la conclusión relatada en este hecho deriva de un ejercicio financiero *ceteris paribus* que desconoce no sólo la realidad fáctica avcaecida en la ejecución del Contrato, sino también los pactos alcanzados en el Contrato de Transacción, porque no tiene en cuenta las inversiones realizadas por mi mandante ni las demás variables del modelo financiero.

Finalmente es pertinente reiterar que la actualización del cronograma de ejecución a la fecha, no hace parte el Contrato de Transacción y la reprogramación allí especificada.

**25.** *El ejercicio financiero fue actualizado por la firma interventora en radicado ANI No. 2016-409-032668-2 de 25 de abril de 2016, utilizando la metodología enunciada anteriormente, generando como resultado, que para restaurar la TIR contractual, se hace necesario que el Consorcio Vía al Mar realice inversiones adicionales a las establecidas en los documentos modificatorios, que realizados en el año 2017 ascenderían a \$20.376,81 millones (A precios de diciembre de 2009). (Ver prueba 8)*

Una vez mas, **no me consta** lo que terceros hayan señalado en relación con los ejercicios financieros para calcular el presunto valor del desplazamiento de la inversión, pero por tratarse de una comunicación que obra en el

expediente, me atengo a la integridad de su contenido, sin aceptar en momento alguno que las conclusiones que allí se señalan sean veraces.

En todo caso, el monto deberá ser probado en el proceso.

**26.** *Las partes convinieron en el contrato de transacción de 2014, como término de referencia que dentro de los 20 días siguientes a la suscripción del contrato de transacción, se convocaría el Tribunal de Arbitramento que definiría los (sic) controversias enlistadas en el hecho 22 de esta demanda.*

**Es cierto** lo que respecta al término otorgado en el Contrato de Transacción, lo cual corresponde justamente a la delimitación que las partes hicieron de lo que en términos fácticos (temporales) sería objeto de arbitraje, y que hoy es objeto de conocimiento judicial por haber acaecido la extinción del pacto arbitral.

Ahora, sobre el contenido del Contrato de Transacción, me atengo en su integridad al texto, poniendo de presente que las controversias que el Honorable Magistrado deberá definir en este proceso no son las que constan en el hecho 22 de la demanda, sino las que las partes acordaron en el Contrato de Transacción, incluyendo la señalada en el numeral 7.2 de la cláusula séptima del mismo, esto es, definir si corresponde o no corresponde a mi mandante compensar a la ANI por desplazamiento de la inversión.

**27.** *El artículo 13 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso establece que las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. Así mismo indica, que las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda.*

Este no es un hecho. Se trata de una consideración propuesta por el demandante, a partir de su lectura del artículo 13 del Código General del Proceso, norma de orden público y a la que me atengo en su integridad, la cual en todo caso no es relevante para el trámite en comento, teniendo en cuenta lo señalado por el inciso segundo del artículo 613 del Código General del Proceso, que releva a las entidades públicas de agotar el requisito de procedibilidad, cuando éstas sean demandantes.

**28.** *El señalamiento de un plazo para convocar al operador judicial en el contrato de transacción del 21 de octubre de 2014, es un espacio temporal referencial que debe ajustarse a las normas procesales de oportunidad y caducidad de las pretensiones de controversias contractuales, así como a los requisitos de procedibilidad fijados para la activación del juez natural del contrato.*

Este no es un hecho. Se trata de una consideración propuesta por el demandante.

**29.** *Las partes previeron en el contrato de transacción de 2014, que de conformidad con lo previsto en el artículo 62 y siguientes de la Ley 1563 de 2012, el*

*procedimiento del Tribunal Arbitral que se convocaría para los efectos de la transacción sería determinado en otrosí a suscribirse con posterioridad.*

**Es cierto** en lo que respecta al Contrato de Transacción. Sin embargo, por tratarse de una descripción que hace el demandante, me atengo a su texto literal, según el cual:

*“CLÁUSULA OCTAVA.- De conformidad con lo previsto en el artículo 62 y siguientes de la ley 1563 de 2012, las partes acuerdan que el procedimiento del Tribunal Arbitral será el determinado en el Otrosí que deberá suscribirse para tal efecto, dentro de los quince (15) días siguientes a la suscripción por las partes del presente Contrato de Transacción.”*

**30.** *En el contrato de transacción de 2014, las partes no modificaron la forma de remuneración convenida en el adicional No. 9 de 2010 al contrato de concesión 503.*

**Es cierto**, en tanto que el objeto del Contrato de Transacción en nada se circunscribió a esos aspectos. En ese sentido, me atengo en la literalidad del texto al Contrato de Transacción y su alcance.

**31.** *El 20 de enero de 2015, las partes suscribieron otrosí al contrato de concesión No. 503 de 1994, proyecto Cartagena Barranquilla, que tenía como objeto regular el Tribunal Arbitral por mora en la entrega de las obras correspondientes al Anillo Vial de Crespo - adicional No. 9 de 2010, pacto arbitral que fue activado con la demanda presentada por la ANI el 29 de julio de 2016 y que decayó con ocasión del no pago de los honorarios del Tribunal Arbitral reconocido por el mismo Tribunal en Auto de 6 de septiembre de 2017, lo que dio lugar a que esta demanda sea presentada ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*

**Es cierto** en lo que respecta a la fecha de suscripción del Otrosí. **No es cierto** que hubiese habido mora en la entrega de las obras, pues como ya se ha explicado hasta la saciedad en hechos anteriores, el Contrato de Transacción que dio origen en su momento al trámite arbitral, y hoy al trámite jurisdiccional, tuvo como antecedentes asuntos diferentes a un incumplimiento del contrato o mora en el mismo.

En ese sentido, me atengo al texto íntegro del Otrosí del 20 de enero de 2015.

Por otra parte, en lo que se refiere al decaimiento del pacto arbitral y la activación de la posibilidad de acudir a la jurisdicción Contencioso Administrativo, **es cierto**.

**32.** *A la fecha de formulación de la presente demanda arbitral el Concesionario demandado no ha atendido el cronograma de obra reprogramado en el contrato de transacción del 21 de octubre de 2014.*

**No es cierto.** Las obras del Anillo Vial de Crespo ya fueron culminadas.

En todo caso, la culminación de las obras, su entrega y demás asuntos del Contrato de Concesión No. 503 de 1994 escapan del marco contractual pactado en la Cláusula Séptima del Contrato de Transacción, que es el

contrato que se somete a trámite de controversias contractuales en el presente proceso.

**33.** *Con base en las funciones legales y en sus deberes y derechos contractuales, la Agencia ha iniciado trámite sancionatorio por el presunto incumplimiento del cronograma de Obras del Anillo Vial de Crespo convenido en el contrato de transacción de este año. (Ver prueba 24)*

**Es cierto** que se inició un proceso sancionatorio, precisando en todo caso que, el presunto incumplimiento es una consideración subjetiva de la ANI y que, corresponde a hechos ajenos y que salen de la órbita del Contrato de Transacción.

La culminación de las obras, su entrega y demás asuntos del Contrato de Concesión No. 503 de 1994 escapan del marco contractual pactado en la Cláusula Séptima del Contrato de Transacción, que es el contrato que se somete a trámite de controversias contractuales en el presente proceso.

**34.** *A la fecha de formulación de esta demanda el Concesionario no ha reconocido a la Entidad valor alguno por el desplazamiento de la inversión de las obras del denominado Anillo Vial de Crespo.*

**Es cierto** que mi mandante no ha reconocido ningún valor, pues no tiene ninguna obligación de hacerlo.

**35.** *El concesionario ha percibido un rendimiento mayor a lo pactado de manera injustificada, por el retraso en el cronograma de obra del denominado Anillo Vial de Crespo que se presenta desde el momento en que efectivamente debió realizar inversión según el Cronograma convenido en el Adicional No. 9 de 2010, hasta el momento en que termine definitivamente las obras.*

**No es cierto.** Como se demostrará a lo largo de este proceso, mi representada no percibió un rendimiento mayor, pues tuvo mayores inversiones, lo que se reflejó en todo caso en una menor rentabilidad.

Si hubiese tenido una mayor rentabilidad, ésta no hubiese sido injustificada, pues deriva de un acaecimiento de un riesgo.

Finalmente, las cuestiones que se pretendan debatir en este trámite, que no estén contempladas en la cláusula séptima del Contrato de Transacción, están por fuera del alcance de la acción de controversias contractuales propuesta.

**El importante precedente de reconocimiento de desplazamiento de la inversión en el contrato No. 503 de 1994.**

*Antecedentes.*

Este título no numerado que aparece a continuación del hecho 35 de la demanda no es un hecho, sino opinión del demandante que no se compadece con la realidad de la ejecución del contrato, pues vale la pena señalar que en el Contrato 503 de 1994 no ha habido ningún reconocimiento ni antecedente de reconocimiento sobre desplazamiento de la inversión.

**36.** *Es importante manifestar, que la figura del desplazamiento de la inversión en el marco del contrato de concesión No. 503 de 1994, no ha sido extraña ni novedosa, pues con anterioridad, el concesionario reconoció el desplazamiento de la inversión a favor de la ANI por cuenta de la no terminación de las obras en el plazo establecido adicional 9 de 2010, de manera que el efecto económico se aplicó a labores adicionales de mantenimiento de la fase II del parque lineal.*

**No es cierto.** Esto no es un hecho sino una interpretación sesgada del demandante que sólo busca confundir sobre los fundamentos fácticos que deben ser abordados en el presente trámite para resolver lo que corresponda, según lo pactado por las partes en el Contrato de Transacción.

En ese sentido, es claro que cualquier discusión que salga de la delimitación contenida en la cláusula séptima del Contrato de Transacción, escapa de la controversia contractual presentada para conocimiento del Honorable Magistrado.

**37.** *El anterior precedente resulta del todo importante, por cuanto queda demostrado el reconocimiento y la aceptación por parte del concesionario y de la ANI que la no ejecución de las obras y/o inversiones en los plazos pactados por parte del concesionario, sí genera un efecto económico a favor de éste que altera la TIR pactada en el modelo financiero, y que para mantener y/o restablecer el valor de la TIR se hace necesario adoptar medidas de compensación para que el mayor valor ganado por cuenta del desplazamiento, se pague en dinero o en obras como en el presente caso, de manera que el concesionario no puede ir en contravía de sus propios actos y ahora pretende desconocer el efecto económico del desplazamiento de la inversión y el derecho que tiene la ANI a ser compensada para mantener la TIR, como consecuencia de la reprogramación de las obras del Anillo Vial de Crespo, tal y como fue reconocido en el contrato de transacción.*

**No es cierto.** Esto nuevamente no es un hecho, sino una interpretación sesgada del demandante que sólo busca confundir los fundamentos fácticos que deben ser abordados en el presente proceso.

Ningún antecedente ha ocurrido en el Contrato de Concesión No. 503 de 1994, que haya reconocido una medida compensatoria a favor de la ANI. Además, en el Otrosí de 24 de noviembre de 2015 no hay un reconocimiento de las partes sobre un “desplazamiento de la inversión”, ni que, como lo afirma maliciosamente la ANI, allí se restablece la TIR pactada en el modelo financiero. Se reitera, esta es simplemente una interpretación que la ANI pretende hacer sobre el pacto contractual del 24 de noviembre de 2015, que nada tiene que ver con la controversia contractual sobre el Contrato de Transacción que se somete a conocimiento del Honorable Magistrado.

De ese modo, basta con leer el Otrosí de 24 de noviembre de 2015 al que implícitamente se refiere este hecho, para establecer que las situaciones de hecho y de derecho -así como las financieras- que sustentan la suscripción del Otrosí son en comento son diferentes a las que dan fundamento a la transacción y por ende no corresponden a ningún antecedente que sea relevante para el objeto de la presente controversia.

**38.** *En efecto, y para que el Honorables Tribunal comprenda de mejor forma el importante antecedente de desplazamiento de la inversión, es preciso decir que mediante otrosí al contrato de concesión No. 503 de 1994 del proyecto Cartagena –*

*Barranquilla, suscrito el 24 de noviembre de 2015, se materializó el reconocimiento de la figura del desplazamiento de la inversión por parte del concesionario y su impacto financiero para las obras del “Anillo Vial de Crespo”, al utilizarse como fuente de pago del mencionado documento contractual, los recursos que por operación y mantenimiento para los años 2014 y 2015 fueron dispuestos en el modelo financiero del adicional No. 9 de 2010 y que no fueron ejecutados en los plazos correspondientes para la obra del Anillo Vial de Crespo, por cuanto las obras de construcción no se habían terminado, lo cual fue reconocido y aceptado por el Concesionario en el otrosí antes mencionado como parte de la remuneración para la operación y mantenimiento de la segunda etapa del parque lineal del mismo anillo vial de crespo a partir del primero (1) de marzo d7e 2016 y hasta el 31 de marzo de 2019. (Ver prueba 2. Contrato de Concesión No. 503 de 1994 y sus modificatorios y ver prueba 20. Modelo financiero del adicional 9 de 2010).*

**No es cierto.** Esto no es un hecho sino una interpretación sesgada del demandante que sólo busca confundir los fundamentos fácticos que deben ser abordados en el presente trámite.

En primer lugar no puede fungir como antecedente un acuerdo contractual suscrito con posterioridad al Contrato de Transacción que regula esta controversia. Esto es un despropósito temporal y contractual, y desconoce los antecedentes y justificaciones que fueron tenidos en cuenta en el Contrato de Transacción.

En segundo lugar, es evidente que el sustento de dicho otrosí consistió en hechos completamente diferentes a los que soporta la presente controversia. El Otrosí de 24 de noviembre de 2015 en parte alguna considera un “desplazamiento de la inversión”; se trata en aquel caso de obras, o propiamente de actividades de mantenimiento, que simple y definitivamente no se van a realizar en el contrato, y no, como en la transacción, de inversiones que están “desplazadas” en el tiempo.

Pero además, es importante tomar en consideración que el ejercicio con base en el cual se determinan los valores insertos en el Otrosí de 24 de noviembre de 2015, es bien diferente al que se propone en la demanda, pues como se observa en el Otrosí, allí simplemente se toman los valores previstos para los mantenimientos que no se realizarán, y se “trasladan” o asignan en ese mismo monto a otra actividad, sin que esto signifique un reconocimiento del desplazamiento de la inversión, como equívocamente pretende hacer ver el demandante.

En tercer lugar, basta con leer el texto del Otrosí en comentario para encontrar que nada se dijo allí sobre el reconocimiento del desplazamiento de la inversión. Del objeto del documento en cita, al cuyo texto me atengo íntegramente, se puede evidenciar que este otrosí se realizó para contratar obras paisajísticas y de mantenimiento.

En cuarto lugar, es claro que las obligaciones que allí se regulan son de etapas contractuales diferentes, de suerte que la ejecución contractual no corresponde fácticamente con la discusión que se tiene en el presente proceso y por lo tanto, no es objeto de discusión judicial.

**39. De acuerdo con lo anterior y a partir del reconocimiento del desplazamiento de la inversión se muestra cómo las partes restablecieron la TIR pactada en el modelo**

financiero que es del 7.75%, al disponer que los recursos de operación y mantenimiento del 2014 y 2015 del anillo vial de crespo, fueran utilizados en el mantenimiento de la fase II del parque lineal en el periodo de marzo de 2016 hasta el 31 de marzo de 2019, tal y como quedó pactado en la cláusula quinta del documento contractual firmado en noviembre 24 de 2015, que señala la fuente de los recursos así:

(...)

**“CLÁUSULA QUINTA -FUENTES DE LOS RECURSOS:** Las actividades descritas en le Cláusula Segunda del presente otrosí, se remunerarán en su totalidad de la siguiente manera: a) El valor de las obras (CAPEX), con los recursos de la subcuenta ambiental junto con sus rendimientos, establecidos en el Otrosí No. 4 de 2008 al Contrato de Concesión No. 503 de 1994, los cuales conforme se conviene en el presente se trasladarán a la subcuenta especial creada para el efecto. b) El valor de la operación y mantenimiento (OPEX), desde el primero (1°) de marzo de 2016 y hasta el treinta y uno (31) de marzo de 2019, con los recursos provenientes de los fondos no utilizados durante los años 2014 y 2015 en la operación mantenimiento del Proyecto de Anillo Vial de Crespo, de acuerdo con lo previsto en el modelo financiero utilizado en el Adicional No. 9 de 2010 al Contrato de Concesión No. 503 de 1994 y con una porción de los recursos de la subcuenta ambiental junto con sus rendimientos, establecidos en el Otrosí No. 4 de 2008 al Contrato de Concesión No. 503 de 1994”. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

**No es cierto.** Esto no es un hecho sino una interpretación sesgada del demandante que sólo busca confundir los fundamentos fácticos que deben ser abordados en el presente trámite procesal.

En primer lugar de la simple lectura del texto del otrosí se puede evidenciar que en ningún momento se recurre a la fuente de los recursos para modificar la TIR contractual.

Por el contrario, se acude a otras fuentes en tanto que se están pactando obligaciones de mantenimiento que deben ser atendidas y los recursos para ello no estaban previamente delimitadas en el Adicional No. 9

En segundo lugar, se insiste, es evidente que el sustento de dicho otrosí consistió en hechos completamente diferentes a los que soporta la presente controversia.

**40.** La misma postura fue expresada de manera antecedente a la suscripción del otrosí antes transcrito, por parte del concesionario, en la comunicación No. 2015-409-069487-2 de octubre 28 de 2015 dirigida a la Agencia, que dice textualmente:

De acuerdo a lo previsto en el memorando de entendimiento suscrito entre las partes el 21 de Julio de 2015, estas obras se financiarán con los fondos no utilizados de la cuenta Recuperación, Conservación y Preservación de Cuencas Hidrográficas; su mantenimiento en su mayoría se financiará con los fondos previstos para opex en el modelo financiero para el proyecto de Crespo no utilizados en los años 2014 y 2015 y una pequeña parte con los fondos de la mencionada cuenta de cuencas, para lo cual se hace necesario ajustar el presupuesto conciliado con la Interventoría sacando de esta etapa el ítem 7 mirador sobre tanque, que podría financiarse en una etapa posterior con recursos provenientes de la

comercialización del proyecto.  
(Ver prueba 17: Comunicación No. 2015-409-069487-2 de octubre 28 de 2015).

**Es cierto** en lo que respecta a la fecha e identificación de la comunicación. Sin embargo, **no es cierta** la interpretación que sesgadamente pretende hacer el demandante, que sólo busca confundir los fundamentos fácticos que deben ser abordados en el presente trámite.

Así las cosas, me atengo en su integridad al texto de la comunicación.

**41.** Dicha postura fue ratificada por éste en oficio con radicado ANI No. 2015-409-074842-2 de noviembre 18 de 2015, en la que declara que las fuentes de financiación para las obras a emprender para el parque, serán los recursos disponibles en la fiducuenta No. 2223-2003193 constituida en el patrimonio autónomo, administrador de los recursos del proyecto denominado "Concesión carretera Cartagena - Barranquilla y los recursos dispuestos en el modelo. Dice textualmente la comunicación del concesionario:

(...)

Estas inversiones y operación y mantenimiento se financiarán de la siguiente manera:

- Traslado de Recursos de la Fiducuenta No. 2223 -2003193, por valor de, \$ 3.038.167.663. De este valor se pagará el CAPEX por del valor antes mencionado (\$ 3.013.167.663) y se abonará \$ 25.000.000 para el mantenimiento del parque.
- Mantenimiento Rutinario y Periódico y operación del Anillo Vial de Crespo previsto en el Modelo Financiero del Adicional 9, así:

Operación y Mantenimiento Obras		
Crespo ( \$ Ago 2009)	2014	2015
<b>Mantenimiento Rutinario y Periódico</b>	<b>533,00</b>	<b>548,00</b>
<b>Operación</b>	<b>161,00</b>	<b>161,00</b>
<b>Total O y M</b>	<b>694,00</b>	<b>709,00</b>

Ver oficio No. 2015-409-074842-2 de noviembre 18 de 2015

**Es cierto** en lo que respecta a la fecha e identificación de la comunicación. Sin embargo, **no es cierta** la interpretación que sesgadamente pretende hacer el demandante, que sólo busca confundir los fundamentos fácticos que deben ser abordados en el presente trámite.

Así las cosas, me atengo en su integridad al texto de la comunicación.

En todo caso, cualquier discusión que salga de la delimitación contenida en la cláusula séptima del Contrato de Transacción, escapa del alcance de la presente acción de controversias contractuales.

**Forma en que se ve reflejado el desplazamiento en el antecedente que se presenta.**

Este título no numerado que aparece a continuación del hecho 41 de la demanda no es un hecho, sino opinión del demandante que no se compadece con la realidad de la ejecución del contrato, pues como ya se explicó, en el Contrato de Concesión No. 503 de 1994, no ha habido ningún antecedente de reconocimiento sobre desplazamiento de la inversión.

**42.** Los recursos que no fueron utilizados en los años 2014 y 2015 para la labor de operación y mantenimiento del proyecto anillo vial, debido a que el concesionario no cumplió con el cronograma de ejecución pactada en el adicional 9 de 2010, fueron usados en los años 2016 hasta marzo de 2019, de acuerdo con lo previsto en el modelo financiero, con lo cual el impacto financiero fue restablecido, tal y como consta en el otrosí del 24 de noviembre de 2015, donde el concesionario reconoció la no ejecución de inversión en el tiempo y que a la postre fue compensada a través de la ejecución de un mantenimiento al parque desde el 2016 y hasta marzo del 2019.

**No es cierto**, en cuanto no es un hecho, sino una interpretación sesgada del Otrosí suscrito el 24 de noviembre de 2015, que pretende hacer el demandante, y que sólo busca confundir los fundamentos fácticos que deben ser abordados en el presente trámite.

Asimismo, el Concesionario tampoco ha reconocido un desplazamiento de la inversión en favor de la ANI. Se insiste, dicho otrosí soporta situaciones fácticas distintas que no implican un antecedente como erradamente lo propone la ANI.

**Valor del desplazamiento y la forma que fue compensada.**

Este título no numerado que aparece a continuación del hecho 42 de la demanda no es un hecho, sino opinión del demandante que no se compadece con la realidad de la ejecución del contrato, pues como ya se explicó, en el Contrato de Concesión No. 503 de 1994, no ha habido ningún antecedente de reconocimiento sobre desplazamiento de la inversión, ni mucho menos una compensación.

**43.** A continuación se expone la forma de cálculo aceptada y contenida en el estudio de conveniencia y oportunidad que para las modificaciones contractuales preparó el equipo de supervisión del proyecto: (Ver prueba 19: Estudio de conveniencia y oportunidad Otrosí 24 de noviembre de 2015)

(...)

**a. "REVISIÓN ASPECTOS FINANCIEROS.**

(...)

**2. Recursos para el mantenimiento y operación del parque lineal (CAPEX).**

**El modelo financiero utilizado para la suscripción del otrosí No. 9 de 2010 al Contrato de Concesión, asigna para el proyecto de Crespo, las siguientes cifras para la operación y mantenimiento del Anillo Vial de Crespo durante los años 2014 y 2015: (Ver prueba 20: Modelo financiero del adicional 9 de 2010).**

Operación y Mantenimiento Obras Crespo ( \$ Ago 2009)	2014	2015	2016	2017	2018	2019
<b>Mantenimiento Rutinario y Periódico</b>	533,00	548,00	533,00	533,00	533,00	533,00

<b>Operación</b>	161,00	161,00	161,00	161,00	161,00	161,00
<b>Total O y M</b>	694,00	709,00	694,00	694,00	694,00	694,00

Dichos valores, no fueron ejecutados en consideración a la ampliación del plazo para la entrega de las obras contenida en el contrato de transacción suscrito entre las partes con fecha 21 de octubre de 2014 y a que las obras no serán finalizadas por el Concesionario antes del 31 de diciembre de 2015. Por lo tanto, se deberán hacer las modificaciones a las que hayan lucrar en el modelo financiero del otrosí del 2010, de tal manera, que los valores que corresponden a la no ejecución de mantenimiento rutinario y periódico por la no entrega de la obra correspondiente al anillo vial, sean compensadas con el mantenimiento y operación del Parque Lineal del "Anillo Vial de Crespo", ejercicio financiero que consiste en conservar la TIR contractual del modelo financiero referido.

Ejercicio que consistió en modificar las siguientes condiciones en el modelo contractual, explicado así:

- i. Retirar los valores de mantenimiento de los años 2014 y 2015.
- ii. Incluir en los años de ejecución del mantenimiento del parque, los valores según propuesta del Concesionario, cifras a pesos de agosto de 2009. Resaltando que para el año 2015, el mantenimiento será realizado por diez meses, únicamente.
- iii. Incluir en el flujo de mantenimiento, con signo contrario, un valor de \$20.875.707 a precios de agosto de 2009. Valor que consiste en un residual entre el saldo de la subcuenta a noviembre 10 de 2015 y el valor de la obra (CAPEX) propuesta por el Concesionario.

<b>Operación y Mantenimiento Obras Crespo ( \$ Ago 2009)</b>						
	2014	2015	2016	2017	2018	2019
<b>Mantenimiento Rutinario y Periódico real</b>	0,00	0,00	533,00	533,00	533,00	533,00
<b>Operación</b>	0,00	0,00	161,00	161,00	161,00	161,00
<b>Mantenimiento parque Crespo Etapa 2</b>		-20,88	466,26	573,95	594,37	116,10
<b>Total O y M</b>	0,00	-20,88	1160,26	1267,95	1258,37	810,10

Como conclusión del ejercicio financiero desarrollado, se destaca que los recursos de mantenimiento de los años 2014 y 2015 asignados al anillo vial de crespo, equivale a mantener y operar el parque lineal por el periodo comprendido entre el 01 de marzo de 2016 y hasta marzo 31 de 2019, situación que permite mantener la TIR pactada en el 7.75%, según lo refleja el flujo de mantenimiento parque Crespo Etapa 2, renglón de la gráfica anteriormente presentada.

**No me consta**, en cuanto se trata de una apreciación exclusiva de la ANI, pues según se lee, el extracto transcrito hace parte del estudio de conveniencia del Otrosí mencionado y que le es ajeno a mi representada.

**44. De lo antes expuesto queda demostrado:**

- ✓ Que el modelo financiero que soportó la modificación contractual firmada en junio de 2010 correspondiente al adicional 9, sirve de herramienta vigente y efectiva en lo que respecta al ejercicio financiero que sustenta los acuerdos entre las partes para restablecer la TIR, por lo que, no corresponde a un ejercicio matemático meramente.

- ✓ *Para el concesionario "Vía al Mar" no es extraño el concepto de desplazamiento de inversiones y la necesidad de compensar el equilibrio del proyecto, a través del restablecimiento de la TIR contractual, razón evidente que sea el concesionario quien proponga utilizar recursos no ejecutados en el tiempo, para compensar el costo de no realizar erogaciones los tiempos pactados en el adicional 9 de 2010.*
- ✓ *La no ejecución de las obras en el proyecto genera implícitamente el ahorro por parte del concesionario de ciertos gastos asociados a la terminación de las obras, por lo que, de no ser utilizadas dentro del proyecto, serán recursos de los que el concesionario no ha dispuesto en su flujo de caja, afectando la TIR pactada, la cual debe restablecerse.*

**No es cierto.** Esto claramente no es un hecho sino una opinión del demandante, que pretende usar como criterio de interpretación de la conducta posterior de mi mandante.

Nada de lo que dice el demandante en este hecho es una verdadera conclusión objetiva. Por el contrario, lo que subrepticamente trata de hacer aquí la ANI es pretender imputar a mi representada una conducta que obedece a asuntos fácticos disímiles, para que se use como criterio retroactivo de interpretación en un asunto completamente diferente.

Lo que sí se puede evidenciar aquí es que la ANI ha tenido que recurrir a argumentos ficticios, como presuntos antecedentes inexistentes para soportar su tozuda posición demandante, porque como ya se ha dicho y se demostrará en esta contestación y a lo largo del proceso, carece de todo sustento fáctico y jurídico para sus peticiones.

Así las cosas, solicito desde ya al Honorable Magistrado, declarar prósperas las excepciones, de conformidad con lo que se presenta a continuación.

### **III. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES**

Me **OPONGO** a todas y cada una de las pretensiones que son impetradas en la demanda, como quiera que carecen de sustento fáctico y jurídico tal como lo demostraré a lo largo del presente trámite.

Sin perjuicio de lo que se indicará en el acápite de "*Excepciones y Argumentos de Defensa*", es relevante anotar para contextualizar la demanda reformada presentada por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, que la demandante afirma la existencia de un "*beneficio*" para el CONCESIONARIO y como consecuencia, una solicitud de "*indemnización*" a la ANI, que como se explicará en el capítulo posterior, carece de identificación de los fundamentos jurídicos necesarios para que haya lugar al pago que se reclama.

La ANI, en su demanda, navega indistintamente entre las figuras del desequilibrio, el incumplimiento y los riesgos contractuales, sin que pueda enmarcarse dentro de ellos la indemnización que pretende y, con ello, desconoce los más elementales principios jurídicos de la responsabilidad, y en este sentido no puede pasarse por alto que en esencia lo que aquí se discute es precisamente un asunto de RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

Así, la ANI basa su reclamación en la presentación de un ejercicio matemático abstracto que no se ajusta a la realidad del contrato pues omite deliberadamente incluir en sus cálculos todas las variables y, especialmente, deja por fuera las inversiones efectivamente realizadas por el CONCESIONARIO, lo que resulta inapropiado desde la perspectiva de la integralidad del contrato y desde lo pactado en el Contrato de Transacción.

Así mismo, ese ejercicio matemático no comporta la acreditación de un daño personal y cierto, y en esa medida una disminución patrimonial indemnizable.

De suerte que la ANI carece de sustento fáctico y jurídico para las reclamaciones que persigue en esta demanda, por ende, se ruega, desde ya, denegar la totalidad de sus peticiones.

Como consecuencia lo anterior, solicito condenar en costas a la actora procesal, incluyendo el pago de la totalidad de los costos que demande el proceso y las agencias en derecho.

#### **IV. ARGUMENTOS DE DEFENSA Y EXCEPCIONES**

Para desvirtuar y enervar las pretensiones de la demanda, propongo las siguientes excepciones:

##### *4.1. Falta causa jurídica para el petitum.*

Las pretensiones de la demanda se contraen a pedir que se declare que existió un desplazamiento de la inversión por la reprogramación del Anillo Vial de Crespo y un derecho de compensación por ello a favor de la ANI. Nada, absolutamente nada, se dice o se pretende en relación con la responsabilidad, obviando con ello que el deber reparatorio, compensatorio o indemnizatorio, ha de tener una causa jurídica, lo cual no se pide en la demanda.

Las pretensiones de la demanda hacen un salto al vacío y “aterrizan” directamente en las pretensiones consecuenciales a una declaratoria de responsabilidad que en todo caso, no se pide en la demanda. Es decir, la demanda es inepta porque en su *petitum* no indica cuál es la causa jurídica del mismo: Si es un incumplimiento o si es un desequilibrio.

En ese sentido, la formulación de las pretensiones y la técnica de elaboración de las mismas, tiene la mayor relevancia en un proceso judicial, pues delimitan el ámbito de competencia del juzgador. El juzgador no puede sustituir al demandante para hacer declaraciones no solicitadas por éste, ni dar por sentadas las premisas necesarias para una condena. Si no fuera así, todas las pretensiones de las demandas contractuales en las que se pida una indemnización o una compensación serían innecesarias por ser siempre una única invariablemente igual, que sería más o menos del siguiente tenor: “Que se declare que el demandado está obligado a indemnizar o compensar al demandante”.

Ciertamente los demás acápites de la demanda no ofrecen mejores o mayores elementos que los que arrojan las pretensiones para conocer dónde

dice la ANI radicar el deber indemnizatorio o compensatorio que reclama del CONCESIONARIO.

Como se expondrá más adelante, la ANI va navegando sin mucha rigurosidad jurídica en su demanda entre el incumplimiento y el desequilibrio económico -ocasionado por alguna otra razón diferente al incumplimiento-. Pero, incluso si en parte alguna hubiera la ANI identificado la causa jurídica, fuente obligacional o el título de imputación en el que funda su reclamo, lo cierto y definitivo es que ello no se hizo en las pretensiones, y que así, cualquier declaración que se haga en este sentido o que la presuponga, excedería por mucho el principio de congruencia.

El mero desplazamiento de la inversión como circunstancia fáctica no justifica la compensación. Se requiere necesariamente una causa jurídica para ello: incumplimiento o desequilibrio económico, y ninguno de los dos se pide en las pretensiones.

#### 4.2. La ANI no define cuál es el daño.

La demanda no sólo deja huérfano de título de imputación la obligación que pretende radicarse en cabeza del Concesionario, sino que además omite establecer el daño que se reclama.

El principio *iura novit curia* “presupone la facultad que tienen los tribunales para encontrar el derecho aplicable a la solución del caso, si bien esta cuestión debe extraerse de los hechos alegados y probados, **tiene que guardar la necesaria armonía con la pretensión deducida, con el petitum y la causa petendi**”<sup>2</sup>. Esto es, aunque el juzgador está facultado para adecuar el régimen legal aplicable, su límite son las pretensiones. El juzgador puede ajustar el derecho aplicable, pero no sustituir al demandante en la elaboración de las pretensiones, ni modificar la *causa petendi*.

Por una parte, tenemos que en las pretensiones no hay determinación alguna del daño que se reclama, y por la otra, se constata que en lo que tiene que ver con la *causa petendi*, esto es, los hechos que teóricamente deberían dar sustento al *petitum*, tampoco hay una determinación precisa del daño.

La ANI acude indistintamente a señalar como daño una supuesta mayor remuneración, una “ventaja financiera”, e incluso señala que hubiera podido pagar menos por el proyecto, conceptos que son todos diferentes.

En aras de aplicar el *iura novit curia*, no puede atropellarse el derecho de defensa del demandado ni exceder la competencia, y lo cierto es que en la demanda no se establece el daño como fundamento de las pretensiones, ni la *causa petendi* entendida como el fundamento fáctico que ha de ir conectado con las pretensiones, pues jamás se revela desde el punto de vista fáctico cuál es el daño que ha sufrido la ANI.

<sup>2</sup> Henríquez Salido, Maria do Carmo. EL PRINCIPIO PROCESAL IURA NOVIT CURIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, en Journal of language and law No. 64

#### 4.3. *El modelo financiero no establece condiciones contractuales.*

El modelo financiero de una concesión es una suerte de “calculadora” que a través de una hoja de cálculo de Excel, trabaja con supuestos y proyecciones que de buena fe consideran las partes. No por útil deja de ser falible, y la realidad es que es más común que las previsiones y cálculos se comporten de manera diferente a la estimada, a que haya acierto. Hasta hoy, y de manera precisa en el litigio que nos ocupa, no ha sucedido que las partes renuncien a un clausulado contractual y entiendan satisfechas las condiciones de regulación de la relación contractual con la mera existencia del modelo financiero, o lo que es más extremo aún, con la existencia de unas celdas en Excel. Empero, lo que hoy propone la ANI es la “*contractualización de las celdas del Excel*”: tener como condiciones contractuales – y más aún como obligaciones contractuales-, las proyecciones consignadas por las partes en dicha herramienta financiera.

Por supuesto que el modelo financiero tiene valor como herramienta financiera, particularmente para que las partes cuenten con un fundamento para plasmar en un clausulado sus obligaciones: lo que sucede es que su existencia no reemplaza a los textos contractuales, no sustituye la distribución de riesgos, y no transforma la naturaleza de la concesión a la de otro contrato.

Para que la observancia exacta de lo que diga una casilla de Excel sea un supuesto válido para reclamar un incumplimiento contractual, así debería, por lo menos, señalarlo expresamente una cláusula contractual, construida bajo la lógica de un supuesto de hecho y una consecuencia de derecho. Si no es así, no tiene ningún sustento jurídico válido, comparar la realidad de la ejecución contractual con las celdas de Excel y derivar de allí responsabilidad de las partes. ¿Qué sucedería entonces por ejemplo si el valor de los impuestos que se incluye en una de las celdas del Excel varía incrementándose? ¿Habría una obligación de compensación de la ANI al Concesionario por ese solo hecho? Por supuesto que no.

Cuando la ANI toma algunas de las celdas del modelo financiero, específicamente las de los estimativos del monto y avance de la inversión, pasa por alto precisamente, que como todos los demás supuestos y variables del modelo financiero, se trata, precisamente, de estimativos, lo que es muy diferente al monto real de la inversión. Si, por ejemplo, la inversión final del Concesionario fuera superior a la estimada al proyectar el modelo, ello no significaría un incumplimiento de la ANI.

Ahora bien, el error de la ANI no se restringe a equiparar jurídicamente el clausulado contractual y la distribución de riesgos, con las celdas de Excel, sino que además radica en considerar que el avance de la inversión que se estima y proyecta en el modelo, es igual al avance de la obra. Inversión y obra no tienen una relación directa de proporcionalidad, y por ende no pueden relacionarse para concluir que un determinado porcentaje de inversión significa el mismo porcentaje de avance de obra.

No puede olvidarse en este punto, aunque sobre ello volveremos más adelante, que en lo que a la controversia corresponde, la obligación del Concesionario es la de construcción de unas obras, y que dicha obligación es

una obligación a plazo, de manera que solo se hace exigible al finalizar el plazo convenido, y no antes. Cuando la ANI pide que se tomen los supuestos de inversión como referente para tasar la supuesta obligación de indemnizar o compensar del Concesionario, lo que está haciendo es modificar el plazo de la obligación del Concesionario y adelantar su exigibilidad.

#### *4.4. Ausencia de configuración de los elementos de la responsabilidad/ Ausencia de título de imputación.*

Según se demostrará en el presente proceso que:

- i) El Concesionario ha cumplido con sus obligaciones contractuales, y;
- ii) Existe una inconsistencia jurídica insalvable en la reclamación de la demandante, que se deriva directamente del hecho de intentar reclamar en el presente proceso judicial un presunto desequilibrio que no ha reflejado daños en su patrimonio.

Para iniciar, lo primero que debe señalarse es que para que se configure la institución de la responsabilidad, deben reunirse los siguientes elementos: 1) Un hecho, 2) Un daño, y 3) Un nexo causal entre el hecho y el daño.

Sin embargo, no basta lo anterior, debe determinarse jurídicamente si existe un fundamento para imputar el daño al Concesionario. Es decir, no es suficiente con que exista un perjuicio para la entidad contratante, es indispensable que ese perjuicio, además de ser antijurídico, sea imputable al Concesionario, esto es, sea un incumplimiento del Contrato en el que no concorra responsabilidad de la ANI, ni se presenten eximentes de responsabilidad. Solamente en ese escenario se justificaría un traslado patrimonial del Concesionario a la Entidad, traslado patrimonial que debe ser equivalente al perjuicio sufrido por la ANI, pues el daño es la medida del resarcimiento.

Expuesto lo anterior, determinemos si en el caso bajo estudio se cumplen los elementos de la responsabilidad:

Sobre el “Hecho”, esto es, sobre la situación fáctica a la que se atribuye el daño, poco o nada dice el demandante, limitándose a señalar simplemente que las inversiones no fueron ejecutadas en el periodo inicialmente establecido. Como se dijo más arriba, no basta realizar una constatación fáctica de la existencia de un hecho supuestamente dañino. Es menester realizar un juicio jurídico de imputación, y para ello es necesario determinar quién ejecutó el hecho (o la omisión), si existía obligación legal o contractual de acción o abstención, y si existe o no injerencia excluyente de una causa extraña en la producción del daño.

Luego, si la ANI reclama por supuestos perjuicios que provienen de la concreción de un riesgo atribuido al Concesionario, evidentemente el perjuicio que se desprenda de ahí no es imputable al Concesionario a título de incumplimiento, según se explicará en detalle con posterioridad en este documento. Por tanto, de entrada, conceptualmente se ve cómo el examen de la demanda no pasa la primera constatación lógica que debe abordarse al

juzgar la responsabilidad contractual, pues la ANI reclama supuestos perjuicios que se derivan única y exclusivamente de materializaciones de riesgos atribuibles al Concesionario, y respecto de los cuales no se puede predicar un incumplimiento, pues la concreción de un riesgo implica para quien lo tiene asignado la asunción de sus consecuencias negativas y positivas y la exclusión de cualquier juicio de incumplimiento.

La ANI pretende indemnizaciones sin realizar juicio de imputación alguno, concluyendo incumplimientos contractuales del Concesionario de manera automática. En sus postulados y en sus pretensiones, la ANI considera que basta con que supuestamente sufra un perjuicio, para que este le sea imputable automáticamente al CONCESIONARIO y éste último deba acudir a indemnizarlo. Estas falencias, son evidentemente producto de pretender asimilar, como lo hace la ANI, en esta controversia contractual el acaecimiento de un riesgo previsible y el incumplimiento, pasando por alto nada menos que el fundamento de la imputación que debe estar presente en un juicio de responsabilidad que pretenda imponer una carga patrimonial al CONCESIONARIO a título de indemnización.

*4.5. Inexistencia de daño/ El supuesto daño no es personal/ El supuesto daño es hipotético.*

Los postulados de la ANI desconocen abiertamente las características de este fundamental elemento de responsabilidad, que es el daño. El daño debe ser personal y cierto para que sea indemnizable, y nótese que en parte alguna de la demanda se afirma que la ANI haya sufrido un daño con esas características. La demanda se limita a afirmar la existencia de un supuesto desequilibrio o un daño antijurídico bajo el imaginario de ciertas modelaciones económicas que no se compadecen con la realidad del Contrato.

El daño no es personal si como lo dice la ANI, el efecto económico es una supuesta ventaja financiera, que lo que afecta es el patrimonio de un tercero a él, en este caso del Concesionario. Y el daño no es cierto, si lo que supuestamente ocurre es que la ANI hubiera podido pagar menos por la obra y demás actividades pactadas alrededor del Anillo Vial de Crespo. Eso es una mera eventualidad sujeta a un sinnúmero de variables que justamente la ANI obvia por completo en sus ensayos financieros.

Sobre el carácter personal del daño, la doctrina ha precisado que:

*“(...) el carácter personal del perjuicio estará presente cuando el demandante relaciona el daño padecido con los derechos que tiene sobre el bien que sufrió el menoscabo, debiendo establecer una titularidad jurídica sobre el derecho que tiene respecto del bien menguado. Es este entendido se recuerda un concepto elemental del derecho de daños, claramente enunciado por De Cupis cuando afirma que “lo que el derecho tutela, el daño vulnera”<sup>3</sup>, y por ello el demandante en un proceso debe establecer que tenía el derecho que*

<sup>3</sup> NOTA DE LA CITA: “De Cupis. *El daño, Teoría General de la Responsabilidad*, cit., p. 109”

*vulneró el daño, como requisito para lograr establecer que en efecto hubo lesión en su patrimonio.*<sup>4</sup>

En el caso concreto se echa de menos el cumplimiento de dicho requisito por el demandante, para que su construcción jurídica resulte lógica y ajustada a derecho. El patrimonio de la ANI no se ha visto menguado y sus obligaciones no se han incrementado (y de allí que lo que pretende comparar no es su cronograma de inversiones, sino el del Concesionario), sin que en este escenario tenga posibilidad alguna de afirmar que su patrimonio se afecta como consecuencia lógica y directa de una supuesta ventaja del Concesionario.

Lo anterior pone de presente que incluso desde el punto de vista puramente conceptual, todo el planteamiento propuesto por la ANI carece de fundamento jurídico.

4.6. *La ANI acepta que los hechos generadores de la demora son ajenos y no imputables al concesionario.*

La demanda de la ANI navega con poca coherencia jurídica entre los conceptos de:

1. Incumplimiento
2. Desequilibrio económico, y
3. Riesgos

Al final, el lector termina por nunca poder entender en qué categoría enmarca la ANI su reclamación. Con todo, lo único que puede concluirse es que la aproximación de la demanda a estas tres figuras es inconsistente desde el punto de vista jurídico. Incumplimiento y desequilibrio son dos figuras opuestas. El primero supone una conducta imputable a las partes, que es fuente de responsabilidad, y por ende generadora de un deber reparatorio. A su turno, el desequilibrio, alude a fenómenos no imputables a las partes y sobrevinientes, que pueden modificar la economía del contrato por fuera del alea normal (esto es, por fuera del alea que las partes están llamadas a soportar).

Por último, los riesgos comparten la característica de la no imputabilidad del desequilibrio, pero se diferencian de éste en que, al contemplarse al momento de celebrar el contrato, hacen parte de la ecuación económica del mismo, y por ende dejan de ser potenciales generadores de desequilibrio.

De acuerdo con lo anterior, la ANI no puede afirmar, como lo hace la ANI en su demanda –no al menos con coherencia jurídica–, que al mismo tiempo el Concesionario incumplió y que por ello se desequilibró el Contrato; tampoco puede sostener –sin pecar contra la razón jurídica– que en tanto nos encontramos en presencia de la materialización de riesgos hay lugar a un desequilibrio o puede considerarse imputable al Concesionario. Sin embargo, en esa amalgama de conceptos a los que recurre la demanda, efectivamente

<sup>4</sup> HENAO, Juan Carlos. EL DAÑO. Universidad Externado de Colombia, 1.998. página 103.

la ANI sostiene lo insostenible, y concluye que al mismo tiempo hubo incumplimiento, desequilibrio y acaecieron unos riesgos.

El error conceptual de la ANI, lamentablemente no es patrimonio exclusivo suyo: aún hoy en día seguimos viendo “matrices de riesgos” elaborados por entidades públicas, en los que se incluye como riesgo el incumplimiento. Es básico, pero al parecer no tan obvio para algunas entidades públicas, que riesgo e incumplimiento son dos categorías de hechos diametralmente diferentes. El riesgo supone un hecho externo, ajeno y no imputable, y el incumplimiento una conducta de la parte contractual.

El riesgo así, impide en términos simples que una parte le reclame a la otra; el incumplimiento, es, por el contrario, una fuente de obligaciones, que habilita a una parte a reclamar a la otra. Para que el riesgo sea riesgo jurídicamente hablando debe necesariamente tratarse de circunstancias ajenas y externas a las partes, y precisamente es por ello que al referirse a los “riesgos” se hace uso del verbo “asumir”, esto es, hacerse cargo de algo que de otra manera no estaría en su cabeza.

Una parte muy significativa de las deficiencias jurídicas de la estructura de la reclamación de la ANI, radica en su errático y erróneo manejo del concepto de “riesgos”. En suma, la ANI sostiene como principio, que en la ejecución contractual se materializaron algunos de los riesgos asumidos por el Concesionario, y que, por ende, según su razonamiento, éste se encuentra obligado a trasladar recursos de su patrimonio al de la ANI. El que lo acontecido se enmarque en la categoría del riesgo contractual es a esta altura incuestionable pues las partes transaron sobre ello con fuerza de cosa juzgada. No obstante, si bien, la materialización de un riesgo asumido por una de las partes, en este caso el Concesionario, impide que éste pueda presentar una reclamación económica a la ANI por el acaecimiento de esos hechos, ello es muy diferente a que se encuentre obligado a hacer un pago a la ANI por cuenta de ello.

El riesgo contractual es definido por el documento CONPES 3107 de 2001 así:

*“Los riesgos de un proyecto se refieren a los diferentes factores que pueden hacer que no se cumplan los resultados previstos y los respectivos flujos esperados. Para determinar cuáles son los riesgos asociados a un proyecto se debe identificar las principales variables que determinan estos flujos. El concepto de riesgo en proyectos de infraestructura se puede definir como la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos.”*

Esta definición es relevante por cuanto, como lo dice el texto contractual<sup>5</sup>, fue precisamente con base en este documento CONPES que las partes

<sup>5</sup> Adicional No.9, cláusula octava: “RIESGOS.- De acuerdo con los lineamientos de la política de riesgos contractual definida en los CONPES 3107 y 3133 de 2001, EL CONCESIONARIO asumirá los efectos derivados de todos y cada uno de los riesgos pactados en el contrato, en el Orosí del 20 de enero de 2006 y en el Orosí No.4 de 2008, salvo en los casos en que expresamente se determine lo contrario. (...)”

convinieron su pacto en materia de riesgos. Es decir, es bajo lo que entiende el CONPES por “Riesgos”, que las partes acordaron ciertas previsiones contractuales sobre el particular. No sobre otras posibles aproximaciones a la noción de riesgo.

En este estado de cosas, es entonces pertinente recordar el contexto de dicha definición, para lo cual basta con leer en su conjunto el aludido documento CONPES, y ver cómo lo que justifica su expedición no es nada diferente a la razonable preocupación estatal por los cuantiosos recursos que se había visto abocado a desembolsar por cuenta de la materialización de circunstancias que generaban reclamaciones económicas de los concesionarios con fundamento en el desequilibrio económico del contrato – obligaciones contingentes que pretendían disciplinarse mediante provisiones suficientes en el Fondo de Contingencias<sup>6</sup>.

Esto es, el documento CONPES versa sobre la forma de manejar, o si se quiere, evitar, reclamaciones económicas de los concesionarios. No pretendía establecer un título de imputación para justificar indemnizaciones, sino por el contrario, evitar traslados de recursos entre patrimonios. El CONPES no se aproxima a los riesgos para tratar de crear obligaciones de pago, sino para evitarlas. El CONPES busca que las partes excluyan eventos determinados como posibles generadores de desequilibrio económico.

Ahora bien, en todo caso esa aproximación de los riesgos no resulta extraordinaria, sino más bien común. Los riesgos, y más precisamente su asignación, buscan establecer *ex-ante* quién ha de asumir los efectos de la materialización de contingencias previstas por las partes, lo que no tiene nada -absolutamente nada- que ver, con las fuentes generadoras de obligaciones.

Dicha concepción de la noción de riesgos, sería reafirmada 10 años después por el documento CONPES 3174 de 2011 que concibe a los riesgos como:

*“(...) aquellas circunstancias, que siendo potenciales alteraciones del equilibrio económico, puedan preverse por su acaecimiento en contratos similares; por la probabilidad de su ocurrencia en relación con el objeto contractual o por otras circunstancias que permitan su previsión. Dicha previsibilidad genera la posibilidad de establecer responsabilidades y tratamientos específicos de asignación y mitigación. Con lo anterior, se busca la determinación de responsabilidades en cabeza de cada una de las partes frente a la posible ocurrencia de riesgos propios de la ejecución del objeto contractual y el establecimiento de condiciones y reglas claras en materia de riesgos previsibles que, al incluirse dentro de los derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar, **excluyan dichas circunstancias –si ocurren– de la posibilidad de alegar***

<sup>6</sup> Decreto 423 de 2001: “ARTÍCULO 6º-De las obligaciones contingentes. En los términos del párrafo del artículo primero de la Ley 448 de 1998, son obligaciones contingentes aquellas en virtud de las cuales alguna de las entidades señaladas en el artículo octavo del presente decreto, estipula contractualmente a favor de su contratista, el pago de una suma de dinero, determinada o determinable a partir de factores identificados, por la ocurrencia de un hecho futuro e incierto.”

**desequilibrios económicos de los contratos, reduciendo las consecuencias económicas y litigiosas frecuentes en los mismos.** (Destacado fuera de texto)

Así pues, el reconocimiento claro y expreso a título de confesión de la ANI, de que lo ocurrido es la concreción o materialización de unos riesgos – lo que además fue objeto de la transacción y como tal tiene fuerza de cosa juzgada-, tiene como consecuencia lógica jurídica inmediata el partir de considerar que los hechos que dan lugar al desplazamiento de la inversión son exógenos al CONCESIONARIO, y que por ende, al tratarse de hechos externos los mismos no le resultan imputables y en consecuencia no existe título jurídico para hacerle responsable de indemnizar, reparar o compensar a la ANI.

En esencia debe partirse de una base conceptual sólida y clara: el deber reparatorio requiere por esencia un título de imputación. La excepción es que se esté obligado a la reparación sin que el hecho dañoso sea imputable. En materia de contratación estatal la regla se traduce en que el CONCESIONARIO está obligado a reparar cuando el hecho le sea imputable, esto es, cuando incumpla, y en todo caso, sólo hasta la medida del daño directo, personal y cierto que sufra su co-contratante. Como excepción, el CONCESIONARIO está obligado a reparar, sin que el hecho le sea imputable, esto es incluso habiendo cumplido, cuando se afecte de manera grave la ecuación económica del contrato. Resulta, sin embargo, que en la reclamación de la ANI, la Entidad pretende que el CONCESIONARIO lo repare por hechos que constituyen riesgos, esto es, que las partes aceptan y reconocen como no imputables al CONCESIONARIO.

En suma, existe una contradicción insalvable en la reclamación de la ANI: La ANI acepta que el desplazamiento de la inversión se produjo como consecuencia de la materialización de algunos riesgos contractuales, esto es, de contingencias externas a las partes (y diferente por ende al incumplimiento contractual), y a pesar de ello pretende una indemnización del CONCESIONARIO por hechos que ella misma admite no le son imputables. Al mismo tiempo, la ANI afirma la existencia de un desequilibrio, con ocasión de la concreción de riesgos contractuales, que como tal, son por esencia opuestos a tal institución.

*4.7. Proscripción de la responsabilidad objetiva/ La ANI no puede obligar al pago de unos supuestos perjuicios cuando la causa de los mismos no sean imputables al Concesionario.*

A partir de los hechos relacionados en la demanda y de sus pretensiones, puede evidenciarse que la ANI solicita que se condene al Concesionario a indemnizarla, y en general, a asumir cargas patrimoniales en virtud de una supuesta responsabilidad contractual, bajo una “estructura argumentativa”, en la que es completamente irrelevante que el supuesto perjuicio le sea imputable al Concesionario. Poco o nada es relevante para los postulados de la ANI la diligente gestión que pueda haber realizado el Concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

No puede perderse de vista que el juicio de responsabilidad contractual debe realizarse bajo un régimen subjetivo, donde no surge una responsabilidad automática por la simple constatación de un daño. Debe hacerse un juicio

de reproche a la conducta del demandado, de tal forma que se establezca que obró con culpa.

Igualmente, debe hacerse un juicio riguroso de imputación, pues es el fundamento de la responsabilidad. Es la justificación de imponer una carga patrimonial. Luego, si en la producción del daño existe una causa extraña exclusiva y excluyente, el perjuicio, en el hipotético evento de que exista, no le es imputable al demandado.

En ese sentido, mal podrían prosperar las pretensiones de la ANI si se pretermite en el test de responsabilidad realizar un juicio de reproche en la conducta del Concesionario, y un juicio de imputación, como lo pretende la ANI.

*4.8. Los riesgos hacen parte del equilibrio económico del Contrato/Acaecidos los riesgos, no se afecta el equilibrio del Contrato.*

Se ha dicho en el acápite inmediatamente anterior que al reconocer la ANI que el desplazamiento de la inversión tiene origen en el acaecimiento de riesgos contractuales, pierde sustento jurídico cualquier reclamación que tenga base en la imputabilidad del daño, pues, una vez más es pertinente decirlo, los riesgos suponen precisamente que se trata de hechos externos y no imputables a las partes.

Ahora bien, es cierto que de manera bastante confusa la ANI acude indistintamente a los riesgos, al incumplimiento contractual, y al desequilibrio económico del contrato como sustento de su reclamación, sin reparar nunca en que se trata de instituciones jurídicas diferentes (y en el contexto de su reclamación, incompatibles). Visto ya que es un imposible jurídico fundar el deber reparatorio en los riesgos, veamos ahora cómo también lo es basarlo en el marco de un supuesto desequilibrio contractual.

Lo primero que debe advertirse a este propósito es que mientras la característica esencial de los riesgos es su previsibilidad, la de los hechos que dan origen al desequilibrio económico es precisamente su imprevisibilidad. En este marco, es necesario reiterar entonces que los riesgos que se asignan y se puede asignar en un contrato estatal son únicamente los previsibles. De esta manera, cuando la ANI afirma que lo ocurrido fueron riesgos, está diciendo según lo pactado en el Contrato de Transacción (y confesando en la demanda) que se trata de hechos previsibles. A su turno, el desequilibrio económico, bien sabido es, sólo puede configurarse por hechos sobrevinientes e imprevisibles.

El que el concepto de riesgos se refiera de manera exclusiva a hechos previsibles, y particularmente, a hechos considerados para configurar el esquema de prestaciones y contraprestaciones contractuales, y en general para definir las responsabilidades de las partes, se traduce en que esa asignación de riesgos es parte esencial de la ecuación económica del contrato. Bien vale recordar una vez más el texto del documento CONPES 3174 de 2011 que concibe a los riesgos así:

**“(…) aquellas circunstancias, que *siendo potenciales alteraciones del equilibrio económico*, puedan preverse por su acaecimiento en contratos similares; por la probabilidad de su ocurrencia en relación con el objeto contractual o por otras circunstancias que permitan su previsión. *Dicha previsibilidad genera la posibilidad de establecer responsabilidades y tratamientos específicos de asignación y mitigación. Con lo anterior, se busca la determinación de responsabilidades en cabeza de cada una de las partes frente a la posible ocurrencia de riesgos propios de la ejecución del objeto contractual y el establecimiento de condiciones y reglas claras en materia de riesgos previsibles que, al incluirse dentro de los derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar, excluyan dichas circunstancias –si ocurren– de la posibilidad de alegar desequilibrios económicos de los contratos, reduciendo las consecuencias económicas y litigiosas frecuentes en los mismos.*”** (Destacado fuera de texto)

Esto es, simplemente parafraseando el documento CONPES, la asignación de riesgos es en sí misma una definición de derechos y obligaciones “*surgidos al momento de contratar*”, que como tal hacen parte de la ecuación contractual, y entonces, naturalmente, excluyen la posibilidad de considerarlos generadores de posibles desequilibrios contractuales.

Así pues, los yerros jurídicos en la fundamentación de la ANI son insalvables pues si el desplazamiento de la inversión surge por el acaecimiento de algunos riesgos contractuales, resulta que se trata de hechos que:

1. No le son imputables al CONCESIONARIO
2. No están previstos como fuente de obligaciones reparatorias, sino justamente al contrario, como inhibidoras de posibilidad alguna de reclamación económica entre las partes, y;
3. Hacen parte de la ecuación económica por ser hechos previsibles tomados en consideración al momento de contratar, y como tal, no dan lugar a reclamaciones por desequilibrio económico.

#### 4.9. *La ventaja financiera no es un daño personal.*

Al leer en su conjunto la demanda de la ANI es fácil advertir que no existe mayor esfuerzo jurídico argumentativo, pues desde una visión en extremo simplista concluye que la transacción firmada por las partes es fuente suficiente para que el Concesionario esté obligado al pago que reclama. La verdad es que si ello fuera así, estaría de más este trámite judicial y bastaría que la ANI hubiera acudido a un proceso ejecutivo.

Según la ANI en la transacción se reconoce que hay un desplazamiento de la inversión y que el Concesionario está obligado a trasladar de su patrimonio al de la ANI el valor del ejercicio meramente financiero –y no jurídico- que observa los efectos del movimiento de un solo elemento del modelo financiero. Pero sucede que el asunto sometido a definición en la presente acción de controversias contractuales es mucho más complejo jurídicamente que eso, pues, entre otras cosas, no es cierto que en la transacción se haya convenido que el Concesionario estaba obligado a trasladarle a la ANI el valor que como ejercicio matemático arroja el desplazamiento de la inversión.

Por cuenta de esa aproximación simplista de la ANI, que estimó de entrada su caso como ganado, es claro que no se preocupó por encontrarle un asidero jurídico a su reclamación, y de allí que sin mucha coherencia va pasando por varias instituciones jurídicas sin pararse a reparar que son incompatibles entre sí, y que, además, nunca se detuvo a pensar desde el punto de vista de la responsabilidad, cuáles son, precisamente, los elementos fundantes de la responsabilidad que reclama.

Así es como, aunque la ANI nunca hace un ejercicio sistemático que permita entender cuál estima que es su daño, se observa en algunos apartes del texto de la demanda una alusión a la “ventaja financiera”. No hay necesidad de mayor análisis para comprender que una “ventaja” de otro, no es un daño para uno. Una “ventaja” es una mejor posición de algo o alguien. ¿En qué medida que alguien tenga una situación más favorable, significa un agravio para otro? Traducido al contrato: ¿de qué manera el que, a juicio de la ANI, el Concesionario tenga unas condiciones financieras mejores a las que tendría en ausencia del desplazamiento de la inversión, constituye un menoscabo directo y proporcional para la ANI?

Dejemos de lado el hecho cierto de que el desplazamiento de la inversión no mejoró la posición económica del Concesionario, sino que la hizo más gravosa, y centrémonos ahora en que la ANI pretende, sin más, cuantificar su daño no en su propia posición económica sino en la de otro. La ANI se está ocupando solamente de mostrar cuál es supuestamente la situación de ventaja del Concesionario, pero ello nada nos dice de su propia afectación.

La aproximación de la ANI pasa por alto, en primera medida, que cuando se asignaron los riesgos contractuales, se hizo para atribuir a cada quien no solo los efectos desfavorables, sino también los favorables (ver cláusula octava del Adicional No. 9) que se dieran por la variación de los componentes técnicos y financieros del contrato. Ahora la ANI parece considerar que el Concesionario debe asumir las consecuencias económicas desfavorables que se den por ejemplo por la concreción del riesgo constructivo, pero que los efectos favorables le pertenecen a la ANI, vaciando así de contenido el pacto contractual de las partes. Será acaso que ¿si uno de las variables asumidas por la ANI a título de riesgo fluctúa favorablemente, la ANI le transferirá esa diferencia al Concesionario? Seguramente no, y por su parte, sin duda alguna el Concesionario no la reclamaría, pues tiene claro lo que significa la asignación de riesgos contractuales, y también que su posición no se desmejora por el simple hecho de que teóricamente mejore la de la ANI.

La ANI entonces nunca, en ninguna parte, ha intentado explicar la medida de su daño, sino que lo ha hecho es cuantificar la supuesta ventaja de su contraparte, lo que se insiste es diferente. El daño y su cuantificación no puede residir en simples elucubraciones o en ejercicios matemáticos sin referentes jurídicos. El daño, ha de ser personal y cierto, como elementos definidores del daño indemnizable. La ANI no sólo habla de un pretendido daño que resulta de diseccionar arbitrariamente una única variable del modelo financiero, sino que además jamás se ha ocupado de ir más allá de ese ejercicio puramente matemático que lo que hace es medir una supuesta mejora ajena y no una desmejora propia.

Lo que parece considerar la ANI es que la supuesta “mejora” del Concesionario es directamente proporcional a su “desmejora”, lo que ejemplificado de manera simple significaría que si el kilo de concreto cuesta un peso menos que lo que la ANI supuso que le costaría al Concesionario, la ANI se empobrecería correlativamente en ese mismo peso.

Ahora bien: en este punto es pertinente preguntarse en qué categoría conceptual se enmarca el daño que reclama la ANI. La ANI tampoco se ocupa de aclararlo, pero suponemos que ella considera que su mengua constituye un daño emergente, esto es, una pérdida. ¿Qué ha perdido la ANI? ¿La supuesta mayor “ganancia” del Concesionario? ¿Supone acaso que de su patrimonio salió una suma de dinero igual a la que supuestamente ingresó o dejó de salir del Concesionario? Esto no tiene lógica jurídica alguna.

*4.10. No se presenta mayor remuneración para CVM/No hay desbalance en las cargas correlativas que se deben las partes.*

La ANI sostiene en sus pretensiones que, por cuenta del desplazamiento de la inversión, el Concesionario recibe una mayor remuneración; ello no es cierto, pero incluso si lo fuera, ello no supone una pérdida para la ANI.

Dado que lo que pretende la ANI es una disección caprichosa y arbitraria del contrato, para examinar un único componente del modelo financiero de un único conjunto de prestaciones contractuales, la Entidad solicita en sus pretensiones que se declare que el Concesionario ha recibido una mayor remuneración. Pero, como ya se ha dicho, eso supone que fuera viable aislar un único componente del contrato para concluir sobre un supuesto perjuicio de la ANI.

La prueba pericial acredita que contrario a lo sostenido por la ANI, con ocasión del desplazamiento de la inversión el Concesionario no recibió una mayor remuneración, sino que por el contrario, ello significó una disminución de la remuneración estimada en el modelo.

Por otra parte, aunque fuera correcto realizar el ejercicio de cuantificación considerando únicamente el momento de las inversiones aisladamente considerado, seguiría siendo necesario examinar la totalidad de las obras a cargo del Concesionario, que exceden por mucho a las del Anillo Vial de Crespo. El Anillo Vial de Crespo es apenas una entre muchas otras obras que contractualmente están a cargo del Concesionario. Las fuentes de remuneración del contrato remuneran todas aquellas obras. Así, para poder establecer si el Concesionario ha recibido o no una mayor remuneración, necesariamente habría que examinar la integralidad de las prestaciones del contrato, y no únicamente las atinentes al Anillo Vial de Crespo, circunstancias que no son objeto del alcance de la acción de controversias contractuales que se tramite ante el H. Tribunal, pues la delimitación dada por las partes en el Contrato de Transacción, no las comprende.

Por último, es preciso indicar que en todo caso, la obra objeto de entrega sigue siendo la misma, y lo acontecido en momento alguno implica que la ANI deba pagar más por esa misma obra. Es decir, en términos simples, tanto la obra como su precio, siguen siendo iguales. Así, es evidente que no hay desbalance en las cargas correlativas que se deben las partes.

#### 4.11. La TIR no es una garantía para ninguna de las partes.

La propuesta que subyace al planteamiento de la ANI es que, en adelante, en los contratos de concesión se revise periódicamente la ejecución contractual y se compare la realidad de la ejecución con lo que se consideró a manera de estimativo en los modelos financieros, para establecer deberes de “reembolso” entre las partes si es que esos supuestos se comportan de manera diferente y por ende varía la TIR que se hubiere considerado. Quizás ello podría ser viable, pero solo desde el punto de vista de un mero ejercicio matemático y claramente en otro contrato diferente al de concesión. En un contrato de concesión no es posible jurídicamente realizar conteos uno a uno de cada peso que cueste o no la obra, y hacer responsable al concesionario por transferir dinero de su patrimonio al de la Entidad concedente cada vez que haya una variación hacia abajo con los estimados.

Las partes cuando hacen sus estimativos para contratar hacen sus mejores esfuerzos por tratar de visualizar cuál será el comportamiento futuro de todas las variables de la ejecución contractual; sin embargo, apenas son personas bien intencionadas tratando de hacer sus mejores cálculos, pero no profetas o clarividentes. Por ende, pasa absolutamente todos los días en todas las concesiones, que difícilmente una sola de las variables se comporta exactamente igual que en las previsiones, y no por esa razón se abre jurídicamente el camino para reclamaciones económicas entre las partes.

La TIR no es una garantía para ninguna de las partes, y si así hubiese querido establecerse, hubiera sido necesario suscribir otro contrato, pero no uno de concesión. Para que fuera viable el reclamo de la ANI fundado en una supuesta variación favorable de la TIR, sería necesario obviar el alea normal u ordinario del contrato de concesión, el cual, de acuerdo con las características jurídicas del mismo, ha de ser soportado por las partes.

El Consejo de Estado, a propósito del alea normal del contrato, ha sido claro en precisar que:

**“En otros términos, el alea normal de un contrato, como su nombre lo indica, puede conllevar el hecho de que alguna de las partes no reporte el beneficio o la utilidad que esperaba inicialmente con el negocio jurídico, bien porque la obra o el servicio resultó más oneroso de lo esperado -v.gr. para la entidad contratante-, o porque el contratista tuvo que incurrir en gastos y costos superiores a los proyectados y, por lo tanto, la ejecución del contrato no le reportó la utilidad esperada.”** (Destacado fuera de texto)

#### 4.12. La TIR se ha modificado en contra de CVM.

Incluso si fuera admisible jurídicamente –que no lo es– la propuesta de la ANI de establecer la variación de la TIR como causal de compensaciones entre las partes o como medida de la indemnización, es preciso destacar que

<sup>7</sup> Consejo De Estado, Sección Tercera, Subsección "A", CP. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Exp. 760012331000199900522-01(24.169).

en el caso concreto la TIR ciertamente ha variado pero en perjuicio del Concesionario; en este escenario si hubiera coherencia en la posición de la ANI no tendría más camino que admitir que es deudora de una compensación al Concesionario.

Como lo demuestra la prueba pericial, la realidad de la ejecución contractual ha significado para el Concesionario una disminución de la TIR. La diferencia del cálculo que presenta la ANI para sostener que la TIR se ha aumentado, y la prueba pericial que demuestra exactamente lo contrario, radica en que el ejercicio de la ANI es artificial y cercenado pues no verifica la ejecución contractual como un todo, sino que a su arbitrio examina un único input del modelo financiero; en este sentido puede afirmarse que su ejercicio es a lo sumo un razonamiento matemático, pero no uno jurídico. Por su parte, la prueba pericial aportada por el Concesionario, examina – como corresponde jurídicamente – la realidad de la ejecución contractual en todos sus componentes. Afirmar pues que la TIR del Concesionario se ha mejorado, contradice la realidad.

*4.13. En la transacción no se pactó derecho de compensación a favor de la ANI.*

La ANI ha pretendido simplificar el litigio a que el Honorable Magistrado asienta sin que medie ningún análisis, en que presuntamente hay una obligación de pago clara, expresa y exigible que se deriva del contrato de transacción celebrado por las partes, casi como si en sus manos tuviese un título ejecutivo, siendo que si ello fuese así no estaríamos frente a una acción de controversias contractuales, sino frente a un proceso de ejecución.

También afirma la ANI -faltando a la verdad- que en dicho negocio jurídico las partes aceptaron no solamente que había un desplazamiento de la inversión, sino además la obligación del Concesionario de remunerar a la ANI por ese hecho.

Si así fuera, ningún sentido jurídico tendría haber pactado allí precisamente someter el asunto a arbitramento y el trámite judicial que nos ocupa malgastaría en vano la dedicación del señor Magistrado.

Como concesión del Concesionario en la transacción, aceptó que los hechos que originaron el desplazamiento se categorizaran dentro de los riesgos asumidos por éste, circunstancia jurídica que de otra manera habría debido llevarse a definición judicial pues como se lee en el considerando 15 de la transacción, el Concesionario consideraba que dichas circunstancias realmente “*constituyen eventos eximentes de responsabilidad*”; aceptó igualmente, como consecuencia directa de esa concesión –que precavía un litigio futuro sobre la determinación de si tales hechos encajaban o no en los riesgos- abstenerse de solicitar una indemnización de la ANI por dicha causa.

Nada más que eso concedió el Concesionario, lo que en todo caso no fue una concesión menor, sino por el contrario una muy considerable dado que, de una parte, existían fundadísimas razones para concluir que lo sucedido fueron todos eventos eximentes de responsabilidad, y de otra, el impacto económico en contra del Concesionario es bastante considerable.

Por lo demás, es claro que las partes convinieron en que definir si el Concesionario estaba jurídicamente obligado a indemnizar o compensar a la ANI por el denominado “desplazamiento de la inversión” sería precisamente objeto de este Tribunal de Arbitramento –hoy acción de controversias contractuales-, y así sin ambages lo indicaron en la cláusula séptima de la transacción señalando que someterían a decisión arbitral el valor del desplazamiento de la inversión y “*si el Concesionario debe compensar a la AGENCIA por tal concepto*”, lo que se reitera nuevamente en el párrafo de dicha cláusula en el que se señala otra vez como materia arbitrable “*si debe compensarse a la ANI, por el mismo*”, cuestión que es al final, la que el H. Magistrado debe decidir.

Lo anterior también se refleja en el último párrafo de la pagina 11 del Contrato de Transacción, que en el marco de las “CONSIDERACIONES DE DERECHO”, señala que las partes acuerdan “*acudir al mecanismo del Tribunal de Arbitramento a efectos de que éste se pronuncie **sobre el derecho a favor de la ANI respecto del reconocimiento del efecto económico por el desplazamiento de la inversión** y cuantifique el valor que por ello tendría que compensar el CONCESIONARIO a la AGENCIA – Proyecto*”. (Destacado fuera de texto).

4.14. *La cuantificación del supuesto efecto económico del desplazamiento de la inversión es inidónea/solo afecta una variable en el modelo.*

La cuantificación propuesta por la ANI para tasar su daño no tiene valor probatorio ni de convicción, pues dentro de un conjunto multivariado, como lo es el del universo de condiciones de la ejecución contractual, la ANI obvia todas las variables y presenta un ejercicio que solo toma en cuenta la inversión, lo que resulta inidóneo jurídicamente. Resulta pertinente señalar en este punto, que la imposibilidad jurídica de tal ejercicio ha sido determinada judicialmente en no pocas ocasiones, siendo en todas ellas parte la ANI. Entre tales definiciones reiteradas, siempre en contraposición al ejercicio que obstinadamente presenta nuevamente la ANI en este proceso, se encuentran por ejemplo los laudos arbitrales de las concesiones Bogotá-Girardot y San Simón.

¿Por qué entonces la ANI, plenamente conocedora de ello, insiste en presentar su ejercicio descontextualizado en lugar de atender las indicaciones de Tribunales de Arbitramento en los que ha participado anteriormente? Una posible respuesta es la siguiente: porque si realiza el ejercicio como se le ha indicado, los números no le serían favorables y arrojarían, en cambio, una diferencia a favor del Concesionario. Sin embargo, la falencia de la ANI ha sido subsanada por el dictamen pericial aportado por el Concesionario, en el cual se realiza el ejercicio tal y como lo han señalado Tribunales anteriores, estableciendo, efectivamente, que no existe efecto negativo en contra de la ANI.

Sobre el particular, resulta ilustrativo el razonamiento plasmado en el Laudo Arbitral de la Concesionaria San Simón y la ANI, en el cual luego de establecer que a pesar de haberse presentado un valor que solo consideraba

la inversión, era imposible tener dicho valor como monto del daño de la ANI, o en otras palabras que:

*“Todo lo afirmado sería cierto, si todas las demás variables requeridas para la realización efectiva de la inversión permanecieran constantes.”*

Como ejemplo de las circunstancias no tomadas en consideración en el ejercicio propuesto por la ANI, debiendo haberse considerado, el Laudo propone lo siguiente:

*“la inflación registrada en los años en que se produjo el desplazamiento, por cuanto la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, necesariamente conlleva una disminución real del ingreso. Correlativamente, el incremento de los precios al consumidor, así como el incremento de los precios de la construcción, necesariamente debió afectar los gastos de operación y administración, así como los presupuestos de la inversión, respectivamente.”<sup>8</sup>*

Dice entonces el Laudo en cuestión que *“Por lo tanto, para determinar si existió o existe un beneficio financiero como resultado del desplazamiento de la inversión en cada caso debían estimarse todas las variables.”<sup>9</sup>*

Desde el punto de vista financiero, el ejercicio de la ANI es una constatación *ceteris paribus* (“todo lo demás constante”), esto es, varía un único factor y mantiene todos los demás constantes o inalterados; es decir, mientras la ANI examina la oportunidad temporal de la inversión tal como se presentó realmente, sigue manteniendo todas las demás variables del modelo financiero como se proyectaron al construir el modelo sin reparar en su comportamiento real. El número que así se obtiene es por ende apenas teórico, pero no refleja de manera alguna la realidad del proyecto, y por ende, la verdadera situación económica del Concesionario de quien se aduce se encuentra en situación de ventaja, que así vista no es más que meramente figurada.

*4.15. La cuantificación del supuesto efecto económico del desplazamiento de la inversión no es inidónea /el avance de inversión no corresponde al avance de obra.*

Como ya se ha indicado en precedencia, las obligaciones del Concesionario están referidas a la construcción de unas determinadas obras, y es frente a esa obligación que el contrato otorga unos plazos determinados. En este contexto, si en gracia de discusión se obviarán las muchas y muy profundas falencias jurídicas de la reclamación de la ANI, seguiría subsistiendo un problema esencial en la cuantificación propuesta por la ANI, pues la misma se construye a partir del avance de la inversión y no del avance de la obra. Bien podría suceder que el Concesionario culminara toda la obra con una menor inversión sin que por ello incumpliera el Contrato, y sin que la ANI

<sup>8</sup> Laudo Arbitral de Concesionaria San Simón y ANI, del 11 de mayo de 2015, árbitros: Martha Cediell de Peña (Presidente), María Elena Giraldo Gómez, y Jorge Enrique Ibáñez Najjar.

<sup>9</sup> *Ibidem*

tuviera derecho a exigirle hacerle entrega del valor no invertido. Pero adicionalmente, lo cierto es que en la práctica de la ejecución de una obra de infraestructura, el avance de obra puede ser más expedito en ciertos sectores sin demandar una suma proporcional en cantidades de recursos (por ejemplo porque las condiciones preexistentes son favorables) mientras que avanzar un solo kilómetro puede ser sumamente oneroso por encontrarse circunstancias adversas. En esta medida, el avance de la obra y el avance de la inversión no tienen una relación directa, y no es posible calcular el avance de la obra sustituyendo su valor por el de la inversión.

4.16. *El otrosí del 24 de noviembre de 2015 no representa una conducta contractual que obligue al concesionario a acceder a lo pretendido por la ANI.*

La demanda de la ANI presenta como argumento para fundamentar la prosperidad de su *petitum*, el que supuestamente, el otrosí celebrado por las partes el 24 de noviembre de 2015, constituye un “*importante precedente de reconocimiento de desplazamiento de la inversión en el contrato No. 503 de 1994*” y que, por ende, no hacerlo ahora “*viola el principio de buena fe contractual*” y “*va en contravía de la doctrina de los actos propios*”. Este argumento es, él sí, violatorio de la buena fe contractual que se deben las partes, por distorsionar maliciosamente el contexto y contenido de sus actos contractuales.

Lo primero que debe advertirse es la inconsistencia temporal que presenta el argumento de la ANI: el otrosí en mención, es posterior al contrato de transacción. Mientras la transacción se celebró el 21 de octubre de 2014, el otrosí que pretende hacerse valer como “*antecedente*”, es del 24 de noviembre de 2015. De esta manera, es imposible poder sostener que lo pactado en la transacción tuviera como un antecedente que guiara ese específico pacto contractual, lo que solo vino a suceder más de un año después. Mal podría pretenderse sostener que cuando las partes suscribieron la transacción lo hicieron como una continuación de una supuesta conducta que pacíficamente se venía aceptando antes, cuando esa supuesta conducta es posterior y no anterior a la transacción.

Ahora bien, aunque bastaría para desestimar este “*fundamento*” de la demanda, con observar entonces que no pueden interpretarse los motivos que llevaron a las partes a convenir la transacción, con convenios contractuales que para ese momento no existían y solo vendrían a hacerlo un año después – de suerte que no existe entonces “*antecedente*” alguno –, es pertinente destacar además que no es cierto que en el Otrosí de 24 de noviembre de 2015 haya un reconocimiento de las partes sobre un “*desplazamiento de la inversión*”, ni que, como lo afirma maliciosamente la ANI, allí se “*restablece la TIR pactada en el modelo financiero*”.

Basta con leer el Otrosí de 24 de noviembre de 2015 para establecer que las situaciones de hecho y de derecho –así como las financieras– son diferentes a las que dan fundamento a la transacción. El Otrosí de 24 de noviembre de 2015 en parte alguna considera o parte de considerar un “*desplazamiento de la inversión*”; se trata en aquel caso de obras, o propiamente de actividades de mantenimiento, que simple y definitivamente no se van a realizar en el

contrato, y no, como en la transacción, de inversiones que están “desplazadas” en el tiempo.

Pero además, es importante tomar en consideración que el ejercicio con base en el cual se determinan los valores insertos en el Otrosí de 24 de noviembre de 2015, es bien diferente al que se propone en la demanda. Como se observa en el Otrosí, allí simplemente se toman los valores previstos para los mantenimientos que no se realizarán, y se “trasladan” o asignan en ese mismo monto a otra actividad. A su turno, lo que propone la ANI en esta oportunidad es “modelar” el monto de las inversiones desplazadas en busca de una TIR objetivo – que en todo caso, no toma en consideración todas las variables del modelo-. Esto es, la ANI no está pidiendo que se reasigne el valor de las inversiones, que sería lo más parecido al ejercicio del Otrosí de noviembre de 2015, sino que en todo caso reclama –e incluso reconoce- su realización, y pide que se modele nuevamente.

Finalmente, sin dejar de lado el valor e importancia del comportamiento contractual como auxiliar de interpretación, es claro que los contratos estatales son solemnes en tanto requieren elevarse a escrito; por ende, sus modificaciones requieren igualmente de un escrito. Es entonces imposible jurídicamente, dejar de aplicar la literalidad de lo escrito por las partes o entenderla modificada, por supuestos comportamientos de las partes. La transacción es clara en su literalidad en establecer que precisamente el derecho a una compensación o indemnización por el desplazamiento de la inversión, es un asunto litigioso, y que -precisamente- sería llevado a definición de un Tribunal de Arbitramento. En consecuencia, no puede afirmarse con fundamento jurídico, que supuestamente dicha previsión de la transacción, fue “modificada” en función de supuestos reconocimientos posteriores de otros eventos y circunstancias diferentes y diferenciables.

*4.17. De acuerdo con lo pactado en el contrato de transacción, no hay desequilibrio económico.*

De acuerdo con el considerando 13 del contrato de transacción, el supuesto de partida de la ANI es que *“Para la AGENCIA es claro que los hechos analizados son parte de los riesgos asumidos por el CONCESIONARIO”*. Ante la posición del Concesionario de considerarlos, por el contrario, como *“eventos eximentes de responsabilidad”* (considerando 15), se lee también en el numeral 3 de las *“Consideraciones de derecho”* de la transacción, que precisamente, una de las *“concesiones mutuas”* de la transacción *“se concreta”* en dar por reconocido que *“ii) los eventos consistentes en; el cable de fibra óptica, eventos climáticos, bloqueos realizados por la Comunidad de Pescadores de Comfenalco, así como la situación presentada con el concreto en la obra del túnel sumergido, son riesgos de responsabilidad exclusiva del CONCESIONARIO.”*

Esto es, está transado por las partes, y más claro aún, sobre ello hay efecto de cosa juzgada, que lo acaecido se enmarca dentro de la categoría de lo normal y previsible, esto es, de riesgos, en contraposición a lo extraordinario e imprevisible. En consecuencia, no puede ahora una de las partes de la transacción desconocer ese efecto de cosa juzgada y venir a sostener que lo acontecido tiene una naturaleza anormal y grave y por ende generador de desequilibrio económico.

Ahora bien, y ello es de la mayor relevancia en el contexto específico de las pretensiones de la demanda de la ANI, que como tal definen el ámbito en el que el H. Magistrado debe resolver la controversia contractual que se le pone de presente: la ANI no solicita en sus pretensiones una declaratoria de desequilibrio económico y por ende no podrían declararlo válidamente por el Honorable Magistrado.

En este contexto ni la ANI podría venir ahora a tratar de revivir el debate sobre lo extraordinario de lo sucedido –sobre lo que ya hay efecto de cosa juzgada de acuerdo con el Contrato de Transacción- aunque así trate de hacerlo en algunos apartes de su demanda (pero jamás en las pretensiones), ni tampoco podría proceder a declararse ello precisamente porque la ANI, en todo caso, no lo solicitó así en sus pretensiones.

Una vez más: los riesgos por esencia hacen parte de la normalidad del contrato. Cuando un riesgo se incluye en el contrato, es porque las partes lo consideraron previsible, y en el marco allí delimitado, normal. En consecuencia, el comportamiento de los riesgos en ese marco, constituye elemento connatural a la ecuación económica del contrato, determinante del punto en el que las partes trazaron su equilibrio.

Así pues, si los efectos de lo que acontezca con los riesgos, ha sido ya considerado como propio del alea normal del contrato, conceptualmente es imposible sostener al mismo tiempo que su ocurrencia puede generar un desequilibrio económico, tal como se ha dicho, entre otras muchas ocasiones, en el laudo arbitral de la ANI y la Unión Temporal Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca, así:

*“En principio los riesgos calculados y cuantificados que la entidad ha incluido y distribuido en el pliego de condiciones o sus equivalentes, y frente a los cuales se ha surtido audiencia de distribución de riesgos (para el caso de la licitación pública), **son riesgos previsibles cuya materialización no daría origen a un desequilibrio económico del contrato estatal**. No obstante, y por la dificultad que acarrea la identificación e inclusión de todo este tipo de riesgos en el pliego, estos no pueden agotarse a la enunciación y asignación que en él se haga; y en esa medida algunos sin estar allí consignados, deban tenerse como previsibles y ser soportados por contratista por corresponder al alea normal que emana de la naturaleza del contrato.”<sup>10</sup> (Destacado fuera de texto)*

*4.18. No hay desequilibrio económico/el desequilibrio económico se predica de todo el Contrato.*

Como se ha indicado ya, la solicitud de indemnización de la ANI parte de una disección caprichosa de la economía del contrato que solo considera un único elemento, de un único conjunto de prestaciones contractuales, en un único momento. La solicitud de la ANI solo se funda en el desplazamiento de

<sup>10</sup> Tribunal de Arbitramento de la Unión Temporal Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca, y Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), 25 de noviembre de 2016, árbitros: María Luisa Mesa Zuleta (Presidente), Fernando Montoya Mateus y Julio Roberto Nieto.

la inversión – y no en todos los componentes del modelo financiero y de la realidad de la ejecución contractual-, solo considera las obras del anillo vial de Crespo – y no todas las obras a cargo del Concesionario por virtud del mismo contrato, y solo tiene en cuenta un interregno del contrato y no todo su horizonte temporal.

En relación con la necesidad jurídica de considerar el comportamiento de todos los componentes del modelo financiero y de la realidad de la ejecución contractual, es preciso advertir que de lo contrario se estaría únicamente en el mundo de lo imaginario y de los ejercicios puramente teóricos matemáticos. Para alegar que existe un desequilibrio económico del contrato debe estarse en capacidad de demostrar una afectación grave y anormal del contrato como un todo, que signifique una pérdida patrimonial para la parte que lo alega. La institución del equilibrio económico no está instituida como un mecanismo para que las partes exijan periódicamente la medición y comparación sistemática del comportamiento real de cada componente del contrato, con los estimativos que tuvieron al celebrarlo.

La ANI contrariando los principios y fundamentos de la figura del equilibrio económico del contrato, ha venido aquí a sostener que es posible examinar y cuantificar únicamente el efecto teórico del desplazamiento de la inversión, y concluir sin más que ese mismo número constituye la medida de la indemnización que reclama como un derecho. Para la ANI es indiferente, por ejemplo, los costos reales de la construcción de las obras; pero que para la ANI sea irrelevante, no significa que lo sea para el Derecho.

Pero además de la necesidad de considerar todos los componentes de la realidad de la ejecución contractual, para poder hablar de desequilibrio económico del contrato, es necesario, justamente, examinar el contrato, y no solamente una prestación o un conjunto de prestaciones contractuales aisladamente consideradas. Al Concesionario no se le contrató para construir únicamente el anillo vial de Crespo, sino todo un conjunto de obras comprendidas en el mismo contrato. Hablar de un desequilibrio del contrato, pero fundamentarlo únicamente en una fracción de este, es de entrada un contrasentido lógico. Para que pudiera concluirse sobre la existencia o no de un desequilibrio del contrato, desde el punto de vista jurídico sería imprescindible que estuviéramos en presencia de un examen completo de la economía del mismo como una integralidad, lo que escapa a la competencia precisa de la cláusula arbitral del contrato de transacción y de lo acordado por las partes en ese Contrato que hoy se somete a la acción de controversias contractuales.

En cuanto al horizonte temporal de referencia para considerar el desequilibrio económico de un contrato, es claro que cuando el mismo pretende establecerse con base en la TIR – como lo hace la ANI-, dicha TIR fluctuará inexorablemente hacia arriba o hacia abajo conforme transcurra temporalmente la ejecución contractual, y a la postre solo al culminar la ejecución y liquidar el contrato, podría establecerse de manera definitiva. Si fuera válido entonces que las partes se hicieran reclamaciones durante la ejecución del contrato simplemente con base en la TIR, las partes estarían permanentemente en situación de acreedoras mutuas.

Finalmente, en este punto, es pertinente insistir en recordar que la ANI no solicitó en las pretensiones de su demanda, que se declare la existencia de un desequilibrio económico, y por ende, que a pesar de sus alusiones inconsistentes en algunos otros apartes de la demanda al particular, desde el punto de vista procesal tampoco podría condenarse a las convocadas por dicho concepto.

*4.19. No hay incumplimiento en función del avance de inversión o de obra.*

A lo largo de su demanda, la ANI mezcla indistintamente las categorías de incumplimiento contractual y desequilibrio económico, ambas fundantes del deber reparatorio, pero opuestas desde el punto de vista jurídico. Ya nos hemos referidos a las razones conceptuales y materiales por las cuales en el caso que nos ocupa no es dable hablar de desequilibrio. Examinemos ahora las inconsistencias de la ANI al abordar su reclamación desde el punto de vista del incumplimiento.

Lo primero por anotar es que a diferencia de lo que parece sugerir la ANI, en la transacción el Concesionario no aceptó que hubiera incumplido. Lo que aceptaron las partes, fue que lo acontecido fueron riesgos, y los riesgos son una categoría jurídica diferente y contrapuesta a la del incumplimiento contractual.

En esencia lo que propone la ANI es que se considere que el modelo financiero subroga el clausulado contractual y sustituye, además, el concepto jurídico de exigibilidad de las obligaciones. El artículo 1551 del Código Civil establece que “*El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación*”, y de acuerdo con ello solamente al vencimiento del plazo la obligación puede reputarse incumplida. Haciendo abstracción de ello, la ANI, a través de su ejercicio matemático, lo que solicita es que se considere incumplida la obligación no al final del plazo, sino periódicamente en función de las comparaciones con los avances de inversión del modelo financiero.

La esencia del convenio contractual que vincula a las partes no es desde ningún punto de vista la exigibilidad de la realización de unas inversiones determinadas en unos momentos específicos. No. Eso son solo supuestos teóricos contruidos por las partes. La esencia del convenio de las partes es la imposición de unas obligaciones de construcción en unos plazos establecidos. Por ende, si es que quisiera hacerse responsable económicamente al Concesionario frente a la ANI por los desfases en la ejecución contractual, el referente necesario sería el plazo de la obligación de construcción (y no los momentos en que el modelo financiero supuso unas inversiones, que naturalmente, son previos a la finalización del plazo para la construcción). Basta ésta sola circunstancia para descartar la validez del ejercicio propuesto por la ANI, pues no tiene en cuenta la exigibilidad de la obligación que reputa como incumplida.

Tampoco puede considerarse que lo sucedido se enmarca en la categoría del incumplimiento contractual, pues las partes reconocieron -con fuerza de cosa juzgada-, que estaban en presencia de la concreción de riesgos. Ese y no otro es el único punto de partida del que puede y debe partir el juicio que

ha de hacerse en este trámite arbitral, y por ende, necesariamente ha de reconocerse que los hechos que dieron origen al desplazamiento de la inversión, en tanto riesgos, son ajenos a las partes. Los riesgos, se ha dicho ya, lo son solo en la medida en que son elementos fuera del ámbito de las partes, ajenos, externos, no imputables. El incumplimiento, a su turno, se configura necesariamente a partir de un comportamiento propio, imputable.

*4.20. Acaecimiento de eventos no imputables al concesionario que originaron la necesidad de la reprogramación del cronograma de obras pactada en el contrato de transacción / Ausencia de incumplimiento del concesionario.*

En ejecución de las obras del “Anillo Vial de Crespo” se presentaron sucesos que impactaron los cronogramas de obra. Ninguno de aquellos sucesos puede ser imputable al Concesionario y por tanto resultaría absurdo que como resultado de sus consecuencias en el desarrollo de las obras se pretenda una declaración de incumplimiento e incluso más incomprensible que se solicite condenar al Concesionario a reconocer un valor como resultado del desplazamiento del cronograma de obras.

Dicho lo anterior, procederé a describir cada uno de los sucesos que dieron lugar a la reprogramación del cronograma de obras:

*4.20.1. CABLES CFX-1 y ARCOS-1.*

En desarrollo del Contrato, cuando transcurría el año 2007, el entonces INCO solicitó al perito en Oceanografía Física Italo Julio Pineda Vargas, realizar un estudio de jurisdicción con el objeto de analizar el impacto de las obras del “Anillo Vial de Crespo” en las zonas donde la DIMAR ejerce su autoridad. El referido estudio fue realizado y en sus conclusiones de ninguna forma se hace al menos mención a la existencia de un cable de telecomunicaciones de fibra óptica, y bajo aquel entendido, el INCO y el Consorcio Vía al Mar suscribieron el Adicional número 9.

Con posterioridad, el 28 de enero de 2010 la DIMAR mediante la Resolución 021 del 28 de enero de 2010 autorizó al INCO la construcción de las obras del proyecto “Anillo Vial del Malecón del Barrio Crespo” en la jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Cartagena. Inesperadamente el 7 de abril de 2010 la directora de asuntos regulatorios para América Latina de la sociedad Columbus Network de Colombia S.A., en comunicación dirigida a la DIMAR manifestó su preocupación por las posibles afectaciones que podrían causar las obras adelantadas por el Concesionario en los cables ARCOS -1 y CFX-1.

En virtud de lo anterior, la DIMAR procedió a modificar la Resolución No. 021, antes señalada, a través de la Resolución No. 0186 del 18 de mayo de 2010. La nueva Resolución le impuso al INCO la siguiente obligación: “(...) 7. *Para la iniciación de cualquier obra relacionada con la construcción de los espolones 6 y 7, deberá presentar ante la Autoridad Marítima el acuerdo firmado entre el peticionario y la empresa Columbus Network de Colombia S.A., donde se establezcan las soluciones técnicas y económicas para las obras de protección del cable de fibra óptica. El acuerdo deberá ser valorado por la Capitanía de Puerto de Cartagena y autorizado por esta Dirección General.*”

Como consecuencia de diferentes inconvenientes generados por la falta de colaboración de COLUMBUS NETWORK y la ANI y ante la reiterada frustración de los múltiples esfuerzos realizados por el Concesionario por llegar a una solución, sólo hasta el 14 de diciembre de 2012 fue posible llegar a un acuerdo que permitiese la ejecución de las obras.

Desde la suscripción del Adicional número 9 y hasta que le fue posible al Concesionario ejecutar obras por cuenta de lo ocurrido por la interferencia imprevista de los cables ARCOS -1 y CFX-1 con el desarrollo del proyecto, transcurrieron dos (2) años y diez (10) meses. Una paralización de las obras de aquella magnitud no puede ser definida como un riesgo previsible y claramente tipificado, pues excede todo parámetro de normalidad, situaciones que hacen imposible imputar al CONCESIONARIO cualquier tipo de responsabilidad por el atraso en la ejecución de las obras, al estar presente un evento eximente de responsabilidad.

#### 4.20.2. Vías de hecho tomadas por la Asociación de Pescadores de las Playas de Comfenalco (ASOPESCOMFE).

Otro asunto que generó un importante impacto en los cronogramas de obra y que resulta ser ajeno completamente a la voluntad del Concesionario y a lo que pudo ser razonablemente previsto por las PARTES, fue la situación que se presentó con los pescadores de Marbella, quienes para lograr reconocimientos de contenido económico, iniciaron algunas acciones de hecho que significaron una interrupción en la ejecución de las obras del “Anillo Vial de Crespo” por un periodo de más de tres meses.

Es preciso iniciar señalando que la ANLA profirió la Resolución 1630 del 24 de agosto de 2009 mediante la cual concedió licencia ambiental para el proyecto “Anillo Vial de Crespo”, lo que implicaba que el Concesionario había agotado los trámites de consultas previas con las comunidades que la Ley prevé.

Con posterioridad al proceso de licenciamiento fue constituida la Asociación de Pescadores de las Playas de Comfenalco (ASOPESCOMFE), asociación que interpuso en el mes de junio de 2011 una acción de tutela ante el Tribunal Administrativo de Bolívar contra el Concesionario, el INVIAS, la Alcaldía de Cartagena y el Ministerio de Medio Ambiente, luego el Tribunal ordenó vincular al INCO y a la DIMAR al proceso. Mediante sentencia de primera instancia proferida el 13 de julio de 2011, el Tribunal negó el amparo al derecho a la consulta previa y tuteló los derechos de las personas de la tercera edad y el derecho al trabajo de los miembros de la asociación.

El fallo fue apelado por el INCO y el Concesionario y en decisión del 1 de septiembre de 2011, la sección cuarta del Consejo de Estado revocó el fallo del Tribunal Administrativo de Bolívar y denegó las pretensiones de la demanda. Posteriormente, en sede de revisión la Corte Constitucional revocó la sentencia proferida por el Consejo de Estado, decidiendo finalmente negar las pretensiones económicas de los demandantes, y considerando por otra parte que a pesar de no ser una comunidad conformada antes del proceso de socialización y concertación del proyecto, de todas formas debía seguirse un

proceso de negociación con ellos, similar al derecho fundamental de consulta previa.

Pese a la claridad de la sentencia de constitucionalidad, los miembros de ASOPESCOMFE exigieron medidas de concertación económica y realizaron bloqueos a las obras del “Anillo Vial de Crespo”, que implicaron un atraso adicional en las obras por un periodo de tres meses, una vez estas pudieron ser reiniciadas tras la finalización de las obras de protección de los cables ARCOS -1 y CFX-1.

#### 4.20.3. Eventos Climáticos Imprevistos.

Constituye un hecho notorio el fenómeno de la niña que arreció en todo el territorio nacional entre los años 2010 y 2011, particularmente en Cartagena, en el mes de noviembre de 2010 se presentaron las precipitaciones más altas de los últimos 30 años en la ciudad.

Por otra parte, tres temporales de oleaje extraordinario producto del “Huracán Thomas”, una tormenta tropical que sucedió entre el 17 y 18 de octubre de 2011 y el “Huracán Sandy”, tuvieron graves implicaciones sobre el desarrollo de las obras del “Anillo Vial de Crespo”, pues ocasionaron pérdidas importantes en el material de relleno artificial y obligaron a realizar modificaciones en los diseños de las obras y en los parámetros que determinan el comportamiento del mar para la ingeniería costera.

Evidentemente, los eventos de la naturaleza reseñados en precedencia y cualquiera de sus efectos sobre el cronograma de obras previsto, deben ser considerados como eximentes de responsabilidad, los cuales al no serle imputables al Concesionario, no pueden generar un impacto económico diferente al mayor valor de las obras ejecutadas.

#### 4.20.4. Patologías del concreto.

En su desarrollo la obra se vio enfrentada al suministro de materiales que causan reactividad en el concreto utilizado en la construcción del Túnel Sumergido de Crespo, contraviniendo las recomendaciones y especificaciones entregadas por el Concesionario.

El control de calidad a los concretos instalados en cualquier proyecto se realiza de acuerdo con la normativa de control vigente, consignada tanto en la NSR-10 título C, capítulo C-3, como en la norma INVIAS 500; estos ensayos básicamente comprenden en estado fresco del concreto el control de asentamientos y en estado endurecido del mismo la resistencia a la compresión como principal ensayo de control de calidad de los concretos instalados. Pese a las anteriores revisiones realizadas, sólo fue posible identificar ciertos problemas en la calidad de los concretos cuando estos ya estaban instalados, momento en el cual, el Concesionario realiza ensayos de patología especializados que evidencian la presencia de agregados potencialmente reactivos que podrían afectar la durabilidad de las estructuras.

La interventoría, validó sobre este particular que no era posible la detección temprana de la existencia de materiales reactivos dentro del concreto, hasta

tanto no se manifestara visible en su exterior - hecho que puede tomar varios años-, salvo que se practicaran pruebas especializadas que no son aplicables durante la ejecución del proceso constructivo.

Las referidas patologías del concreto fueron aceptadas por la ANI como el sustento que dio lugar a la reprogramación de las obras del "Anillo Vial de Crespo".

*4.20.5. La indebida interpretación por parte de la ANI de la cláusula quinta del Contrato de Transacción. La negación injustificada de un plazo adicional en virtud de la necesidad de permisos adicionales que afectaron el cronograma de obras.*

Las partes previeron en la Cláusula Quinta del Contrato de Transacción lo siguiente:

*"CLÁUSULA QUINTA,- Las Partes convienen que en el evento de requerirse la modificación de la licencia ambiental para la realización de las obras del Anillo Vial de Crespo o la obtención de permisos adicionales por parte de la DIMAR, se estudiará el informe que el CONCESIONARIO presente antes del vencimiento del plazo estipulado para ello en la Cláusula Segunda del presente Contrato de Transacción, describiendo las causas que generaron la tardanza, adjuntando los respectivos soportes documentales que den cuenta de la suficiencia de sus actuaciones a fin de adoptar las medidas que correspondan".*

Durante la etapa de negociación del Contrato de Transacción el Concesionario puso de presente a la ANI su preocupación en el sentido de que los plazos otorgados para finalizar las obras del proyecto no fueran suficientes, bajo ese entendido las Partes acordaron la inclusión de la cláusula quinta bajo la regulación previamente citada, con el fin de que en el evento de que fuera necesario acudir ante la ANLA y/o la DIMAR para obtener de estas autoridades los pronunciamientos requeridos para efectos de finalizar las obras, fuera posible ampliar el plazo para la ejecución de las obras.

Con posterioridad a la firma del Contrato de transacción el Concesionario se vio en la necesidad de la obtención de un pronunciamiento de la autoridad ambiental (ANLA) que a su vez era requisito necesario a efectos de continuar un trámite ante la DIMAR<sup>11</sup>. En este orden de ideas, y ante la necesidad de nuevos permisos para la culminación de las obras, el Concesionario presentó ante la ANI de conformidad con la cláusula quinta, la solicitud de un plazo razonable adicional para la terminación de las obras.

No obstante lo anterior, la ANI mediante comunicación No. 2015-200-022039-1 del 22 de septiembre de 2015, negó la solicitud de ampliación del plazo, haciendo caso omiso de los antecedentes que dieron lugar a la inclusión de la cláusula quinta del Contrato de Transacción, y a la finalidad

<sup>11</sup> El pronunciamiento emitido por la ANLA de fecha 3 de febrero de 2015, era un requisito indispensable para efectos de solicitar a la DIMAR la modificación de la Resolución 0186 del 18 de mayor de 2010.

y objetivo último de la misma, interpretó de forma inadecuada el contenido de la referida cláusula, desconociendo el legítimo derecho del Concesionario a obtener la ampliación del plazo para la ejecución de las obras.

De esta manera, al haberse negado la ampliación del plazo por parte de la ANI fue afectado en forma indebida el legítimo derecho del Concesionario a obtener una ampliación del plazo, que de haberse otorgado, no habría dado lugar a la formulación de las pretensiones presentadas en este proceso.

#### 4.21. *Enriquecimiento sin causa.*

Dicho todo lo anterior, se encuentra palmario que no existe título de imputación bajo el cual se pueda condenar a mi mandante a reconocer el pago de una suma de dinero por causa del Desplazamiento de la inversión, es decir, no hay causa para el daño reclamado, pues como ya se ha visto:

- (i) No concurren los elementos de la responsabilidad;
- (ii) No hubo incumplimiento por parte de mi mandante y en todo caso, no existe en el *petitum* una solicitud de declarar el incumplimiento de mi mandante;
- iii) No se presentó un desequilibrio contractual en perjuicio de la ANI y en todo caso, no existe en el *petitum* una solicitud de declarar el desequilibrio del contrato y;
- (iv) de acuerdo con lo pactado en el contrato de transacción los hechos constitutivos de la controversia que aquí se discute provienen del acaecimiento de los riesgos pactados, determinados y previamente valorados en el modelo financiero.

Así las cosas, al no haber causa jurídica para que se pueda condenar a mi mandante a pagar la suma que reclama la ANI en este proceso, es lógico deducir que la ANI busca un enriquecimiento carente de sustento jurídico.

#### 4.22. *Evento eximente de responsabilidad respecto a las obras de paisajismo y urbanismo.*

El análisis del caso concreto, en lo relativo a los atrasos en las obras de paisajismo y urbanismo, a la luz de lo indicado por la ley y la jurisprudencia conduce a afirmar que no es posible imputarle el atraso en el cronogramas de obras en lo que esta materia respecta, toda vez que las actuaciones de la comunidad y el consecuente cambio en los diseños de paisajismo y urbanismo, no son atribuibles a la conducta del Concesionario; por el contrario, provienen del hecho de un tercero como lo es la comunidad que forzó al Concesionario a la modificación y cambio total de los mencionados diseños, y al inicio nuevamente de los trámites respectivos de solicitud de permisos requeridos de la DIMAR y de la EPA, con los impactos naturales en el cronograma de obras, derivados justamente de tal evento eximente de responsabilidad.

El Concesionario realizó, de acuerdo a las normas ambientales y demás aplicables, la socialización del Proyecto con la comunidad de la zona en la cual el mismo se está ejecutando. Sobre la adecuada socialización, de nuevo la ANI, en oficio No. 2014-305-019880-1, del 15 de noviembre de 2014, afirmó que: "*Desde el inicio del proyecto el Concesionario ha venido*

adelantando, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, las reuniones de socialización a diferentes grupos de la comunidad e instituciones de la ciudad de Cartagena; que se relacionan en el siguiente cuadro y de las cuales se anexan las actas correspondientes. (...) Es de mencionar que, como seguimiento por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura ha participado la interventoría, en la mayoría de las socializaciones realizadas." (Destacado fuera del texto original).

A su vez, y con respecto a las obras que el Concesionario había adelantado, manifestó la autoridad ambiental ANLA, en oficio del 23 septiembre de 2014, que:

*"El consorcio Vía al Mar no ha generado ningún incumplimiento con la construcción de las obras que se enmarcan dentro de la Resolución 1630 del 24 de agosto de 2009, y que las mismas se encuentran descritas dentro del contenido del EIA radicado 4120-EI-40744 del 16 de abril de 2009, y que las mismas se encuentran descritas dentro del contenido del EIA radicado 4120-EI-40744 del 16 de abril de 2009."*

Sin importar que las obras en general, y la intersección con la Avenida Santander sobre la cual se debía construir un puente, se encontraban todas contempladas en los diseños inicialmente presentados por el Concesionario, y aprobados por las distintas autoridades, fue interpuesta una tutela, por parte de los señores Rafael Ernesto Vergara Navarro y Juan Carlos Camargo Garcia contra la ANLA, la ANI, el Ministerio de Transporte y otros, en la cual se alega la violación del debido proceso y el derecho a la participación ciudadana.

Con el objetivo de solucionar las inconvenientes alegados por la comunidad con respecto al puente de Marbella, el Concesionario se vio obligado a cambiar los diseños de paisajismo y urbanismo y para ello debió celebrar el día 10 de noviembre de 2014 el contrato de prestación de servicios No. 54-2014 con la sociedad Grupo Verde Ltda., expertos en la materia, para lograr mitigar el impacto visual del puente de la avenida Santander. Concretamente, el 28 de noviembre se eligió una alternativa de mitigación y se realizaron recomendaciones para las obras de urbanismos del referido puente.

El 9 de febrero de 2015, el Concesionario entregó a la Interventoría el Plan Maestro de Diseño y Urbanismo (consistente en un diseño conceptual) rediseñado por Grupo Verde Ltda. y acorde con la problemática que se estaba presentando para aquel entonces. El 14 de febrero mediante oficio CISV - 15 - 035 la Interventoría realizó observaciones al Diseño presentado.

En este orden de ideas, considerando que a raíz de los inconvenientes presentados con la comunidad, (que forzaron al Concesionario a redefinir los diseños de las obras de paisajismo y urbanismo) fue necesario adelantar nuevamente todas las tareas relacionadas con la elaboración de los mencionados diseños, así como el inicio nuevamente del trámite respectivo ante la EPA, así como del correspondiente ante la DIMAR, transcurrió un periodo de tiempo de alrededor de cinco meses que impactó, por causas no

imputables al Concesionario, el cronograma de ejecución de las obras previstos en el Contrato de Transacción.

*4.23. Improcedencia de la condena en costas y agencias en derecho / Necesidad de imponerla a la ANI.*

El comportamiento procesal del Concesionario tiene pleno soporte en la ejecución contractual y en las pruebas a recaudar en el proceso, razón por la cual no existe fundamento alguno para imponerle condena en costas y agencias en derecho; por el contrario, el proceder de la ANI al presentar una demanda sin sustento legal al carecer todas sus reclamaciones de soporte en los elementos estructuradores de la responsabilidad contractual, amerita le sea impuesta la aludida condena.

*4.24. Excepción Genérica. Las que establezca o verifique el despacho de acuerdo a la sana crítica.*

Cualquier otro hecho exceptivo que surja probado, deberá ser declarado por el H. Tribunal Administrativo de Bolívar como excepción genérica.

**V. PRUEBAS.**

**5.1. Pronunciamiento frente a las pruebas de la parte Demandante:**

*5.1.1. Respecto al Peritaje Financiero anunciado por la ANI:*

Respetuosamente solicito al H. Magistrado que, en virtud de lo normado por los artículo 218 a 220 del CPACA y los artículos 226, 227 y 228 del Código General del Proceso, y como contradicción al Dictamen financiero presentado por la ANI, se ordene:

- (i) La comparecencia del perito en audiencia, para que absuelva interrogatorio bajo juramento, respecto de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen.
- (ii) Que se tenga como dictamen de oposición, el dictamen financiero que se aporta como prueba en esta contestación.

**5.2. Solicitud de Pruebas**

*5.2.1. Documentales*

De conformidad con lo previsto en el artículo 211 del CPACA y los artículos 243 a 246 del Código General del Proceso solicito se tengan como pruebas con el valor que la ley les otorga, los documentos que se enumeran a continuación:

No.	Documento	Fecha	Número / Referencia	Dirigido a	Suscrito por
1	Copia del Contrato de Concesión No. 503 de 1994	24 de Agosto de 1994			

2	Copia del Adicional No. 9 al Contrato de Concesión No. 503 de 1994	26 de junio de 2010			
3	Copia del Otrosí al Contrato de Concesión No. 503 de 1994	20 de enero de 2006			
4	Copia de las actas de reunión de Gestión contractual y seguimiento de proyectos e infraestructura de transporte	10 de septiembre de 2014			
5	Copia de las actas de reunión de Gestión contractual y seguimiento de proyectos e infraestructura de transporte	15 de septiembre de 2014			
6	Copia de las actas de reunión de Gestión contractual y seguimiento de proyectos e infraestructura de transporte	16 de septiembre de 2014			
7	Copia de las actas de reunión de Gestión contractual y seguimiento de proyectos e infraestructura de transporte	24 de septiembre de 2014			
8	Copia de las actas de reunión de Gestión contractual y seguimiento de proyectos e infraestructura de transporte	26 de septiembre de 2014			
9	Copia del Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión No. 503 de 1994	28 de noviembre de 2008			
10	Copia del Contrato de Transacción	21 de Octubre de 2014			
11	Copia de memorial	22 de agosto de 2014	201402022211241	Andrés Figueredo Serpa	

12	Comunicación	Marzo, 13 2012	008881	Luis Fernando Andrade- ANI	Ana Lucia Dugand
13	Comunicación	Julio 28 2014	Envío de la Resolución N° 0256	Jaime Silva Sarmiento- Consortio via al mar	Daniel Tenjo Suarez- Proyectos carreteros 1
14	Acta de Reunión	Octubre 08 2014	FPSB-07	Ana Lucia Dugand, Alvaro Mantilla, Mario Segura, Lina Arbelaez, Magally Aubad, Jorge Herrera, Jesus Peralta	Columbus Networks y Consortio Via al Mar
15	Comunicación	Enero 26 2010	1810-2010	Leonardo Santamaria	Julio Cesar Arango
16	Comunicación	Enero 03 2012	Comunicación N° 2011- 409-028493-2	Ana Lucia Dugand Ocampo	Silvia Urbina Restrepo
17	Comunicación	Abril 25 2012	2012-305-005185-1	Ana Lucia Dugand Ocampo	Silvia urbina Restrepo
18	Comunicación	Julio 14 2011	007420	Maria Constanza Garcia Botero	Ana Lucia Dugand Ocampo
19	Comunicación	Julio 30 2015	201502030009141	Ricardo Arturo Imbacuan Bernal	Ing. Jaime Andres Silva Sarmiento
20	Comunicación	Octubre 4 2011	007858	Martha Lobo Soler	Ana Lucia Dugand Ocampo
21	Comunicación	Junio 17 2011	007265	Hugo Fernando Kerguelen Garcia	Ana Lucia Dugand Ocampo
22	Comunicación	Septiembre 21 2011	007793	Luis Fernando Andrade	Ana Lucia Dugand Ocampo
23	Comunicación	Abril 12 2012	009020	Silvia Urbina Restrepo	Ing. Jaime Andres Silva Armiento
24	Comunicación	Abril 07 2010	EP- 06042010-1	Leonardo Santamaria Gaitan	Magally Aubad

25	Comunicación	Abril 16 2010	00321	Judith Pinedo Vidal	Daniel Medina Velandia
26	Comunicación	Abril 22 2010	29201001974	Gabriel Ignacio Garcia	Leonardo Santamaria Gaitan
27	Comunicación	Enero 26 2010	20103050008221	Leonardo Santamaria	Julio Cesar Arango
28	Comunicación	Julio 23 2012	009567	Camilo Mendoza Rozo	Jaime Andres Silva Sarmiento
29	Comunicación	Mayo 07 2010	200- 005293	Julio Cesar Arango Garces	Gloria Beatriz Alvarez
30	Resolución	Abril 01 2008	Resolución 0089		Jairo Peña Gomez
31	Comunicación Concepto Técnico	Marzo 14 2008	CT 23-A DILEM-ALIT-613	Director General Maritimo	Pedro Rodriguez R., Gilberto Duran, Javier Ortiz Galvis
32	Correos Electrónicos	Septiembre 14 2011	Reunión Guido Lefebre, Comunicación INCO	Ana Lucia Dugand Ocampo	Jaime A. Silva S.
33	Comunicación	Agosto 29 2011	2011-305-011824-1	Ana Lucia Dugand Ocampo	Silvia Urbina Restrepo
34	Minuta Reunión	Abril 26 2010	Minuta Reunión	Juan Climaco Gomez, Mario Segura, Dennis Waters, Jorge Herrera, Magally Aubad	Juan Camilo Gomez, Magally Aubad
35	Resolución	Enero 28 2010	Resolución 0021	INCO	Leonardo Santamira Gaitan
36	Resolución	Mayo 18 2010	Resolución 0186	INCO	Leonardo Santamaria Gaitan
37	Comunicación Concepto Técnico	Octubre 31 2007	CT 051-A DILEM-ALIT-613	Director General Maritimo	Pedro Rodriguez R., Gilberto Duran R., Esteban Uribe Alzate
38	Comunicación	Septiembre 05 2013	CISV-13-189	José Andrés Torres Rodríguez	Edgar Santiago Alba Parra
39	Comunicación	Septiembre 16 2013	Anillo Vial Túnel de Crespo	Dionisio Velez Trujillo	Luis Fernando Andrade

40	Comunicación	Septiembre 10 2013	CISV-RS-13-174 Contrato SEA- 070	Daniel Francisco Tenjo Suarez	Jesús Peralta Mora
41	Comunicación	Septiembre 16 2013	CISV-RS-13-181 Contrato SEA- 070	Daniel Francisco Tenjo Suarez	Jesús Peralta Mora
42	Acta	Noviembre 13 2013	Acta FCAL-015	Capitan de Puerto- Anillo Vial de crespó	William Castro
43	Comunicación	Agosto 28 2013	200-01533	Rodrigo Gonzales Herrera	Ana Lucía Dugand Ocampo
44	Comunicación	Agosto 28 2013	200-01540	Luis Fernando Andrade	Ana Lucía Dugand Ocampo
45	Comunicación	Agosto 20 2013	203-01481	Juan Carlos Roa Cubaque	Jaime Andres Silva Sarmiento
46	Comunicación	Agosto 20 2013	203-01482	Dionisio Velez	Jaime Andres Silva Sarmiento
47	Comunicación	Septiembre 09 2013	203-01608	Dionisio Velez Trujillo	Jaime Andres Silva Sarmiento
48	Correo Electrónico	Septiembre 04 2014	Correo Gmail- Bloqueo de obras por pescadores	Ana Lucía Dugand Ocampo	Luis Fernando Andrade
49	Artículo de Prensa		Consorcio vía al mar responde a pescadores		
50	Comunicación	Octubre 30 de 2007	OF107-31380-DET-1000	Miguel David Bonilla	Myriam Edith Sierra
51	Sentencia	Mayo 15 de 2012	T-348 de 2012		
52	Estudio de Jurisdicción	Enero 7 de 2008		DIMAR	Italo Julio Pineda Vargas

### 5.2.2. Inspección Judicial con Exhibición de Documentos

De conformidad con lo previsto en el artículo 265 y siguientes del Código General del Proceso solicito se decrete y practique

5.2.2.1 Inspección judicial previo decreto de exhibición de documentos sobre los libros y papeles de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, entidad ubicada en la dirección de su notificación, a efectos de que exhiba todos los documentos, las

comunicaciones, la correspondencia interna y externa, física y electrónica relacionada con el Contrato de Concesión 503 de 1994, en especial los documentos relacionados con el expediente sancionatorio por las obras del “Anillo Vial Crespo”, incluyendo, pero sin limitarse a estos, todos los documentos correspondientes a modificaciones y/o adiciones al contrato y a su ejecución y todos los documentos relacionados con la interventoría -INSEVIAL- respecto de las obras del “Anillo Vial de Crespo”, particularmente los cálculos desarrollados para establecer el tiempo del cronograma de obra pactado en el contrato de transacción, así como a las actas de Consejo Directivo, de Órganos de Asesoría y Coordinación, memorandos internos, decisiones, instrucciones, opiniones, correspondencia, cálculos etc.

Igualmente, que se exhiban sus estados financieros, para determinar la forma en que la ANI contabiliza los ingresos que obtiene en virtud del CONTRATO y/o las pérdidas correspondientes, y la forma en que la ANI contabiliza los activos afectados a la concesión.

También que se exhiban todos los documentos, las comunicaciones, la correspondencia interna y externa, física y electrónica relacionada con el Adicional No. 9 al Contrato de Concesión 503 de 1994, las actas de cualquier órgano, memorandos internos, informes de interventoría mensual en sus versiones originales y las versiones finales corregidas por la misma, decisiones, instrucciones, opiniones, conceptos, memorandos, correspondencia interna y externa, enviada y recibida, así como cálculos, tablas en Excel o en cualquier otro formato, incluyendo el modelo financiero de la estructuración del Contrato Adicional No. 9.

Se pretende probar con estos documentos de conformidad con lo pactado en el Contrato de Transacción suscrito entre las partes el 21 de Octubre de 2014, que el desplazamiento de la inversión por cuenta de la reprogramación de las obras correspondientes al “Anillo Vial Crespo” no es imputable al Concesionario y que la ANI no ha sufrido perjuicio alguno. Del mismo modo, se pretende probar que el Concesionario no ha incumplido el Contrato y que el Desplazamiento de la Inversión alegado no a causado perjuicio a la ANI.

Fijarán los señores Magistrados fecha y hora para la práctica de la referida diligencia.

Declaro que los libros y papeles cuya exhibición se solicita se hallan en poder de la ANI.

5.2.2.2 Inspección judicial previo decreto de exhibición de documentos sobre los libros y papeles de la firma interventora del contrato, CONSORCIO INSEVIAL, entidad ubicada en la Calle 16b No. 125 – 111 de Cali o en la Carrera 50 No. 102a – 87 de Bogotá, a efectos de que exhiba todos los documentos, las comunicaciones, la correspondencia interna y externa, física y electrónica relacionada con la interventoría al Contrato de Concesión 503 de 1994, en especial los documentos relacionados con la ejecución de las obras del “Anillo Vial Crespo”, incluyendo, pero sin limitarse a estos, todos los documentos correspondientes a limitarse a las actas de memorandos internos,

decisiones, instrucciones, opiniones, correspondencia, cálculos etc., así como a las actas de Órganos de Asesoría y Coordinación, memorandos internos, decisiones, instrucciones, opiniones, correspondencia con mi mandante y con la ANI, cálculos etc.

Igualmente, que se exhiban las actas de cualquier órgano, memorandos internos, decisiones, instrucciones, opiniones, conceptos, memorandos, correspondencia interna y externa, enviada y recibida, así como cálculos, tablas en Excel o en cualquier otro formato en relación con el Contrato Adicional No. 9 y el Contrato de Transacción.

Se pretende probar con estos documentos de conformidad con lo pactado en el Contrato de Transacción suscrito entre las partes el 21 de Octubre de 2014, el desplazamiento de la inversión por cuenta de la reprogramación de las obras correspondientes al “Anillo Vial Crespo” no es imputable al Concesionario y que la Interventoría asumió posiciones específicas que no corresponden a la realidad, la ausencia de fundamento de las mismas y las manifestaciones que la ANI realizó sobre esas posiciones.

Fijarán los señores Magistrados fecha y hora para la práctica de la referida diligencia.

Declaro que los libros y papeles cuya exhibición se solicita se hallan en poder de INSEVIAL.

*5.2.3. Informes*

En los términos del artículo 275 del Código General del Proceso solicito muy respetuosamente que se soliciten los siguientes informes:

5.2.3.1. Al Instituto de Hidrología. Metrología y Estudios Ambientales - IDEAM, para que informe con destino a este proceso sobre los acontecimientos metereológicos que se señalan a continuación:

- (i) La existencia de los acontecimientos meteorológicos “Huracán Sandy” y Huracán Thomas” ocurridos en los años 2012 y 2010.
- (ii) Indicar la afectación hidrológica y de vientos que estos fenómenos propiciaron en las costas de Cartagena, particularmente en la zona donde se desarrollaron las obras del “Anillo Vial Crespo”, por alto oleaje.

5.2.3.2. A la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias, Distrito Turístico, para que informe con destino a este proceso sobre la ocurrencia de:

- (i) Los hechos consistentes en bloqueos a las zonas aledañas a la construcción de las obras del “Anillo Vial de Crespo” ocasionadas por miembros de la Asociación de Pescadores de las Playas de Comfenalco, durante los años 2010 a 2012.
- (ii) Su duración y las medidas tomadas por la administración local para mitigar su impacto.

5.2.3.3. A la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, para que informe con destino a este proceso:

- (i) Informe si con ocasión de la reprogramación de las obras del "Anillo Vial de Crespo", esa agencia ha tenido que invertir mayores recursos para la ejecución de las mismas.
- (ii) Informe si con ocasión de la reprogramación de las obras del "Anillo Vial de Crespo", la Agencia tiene registrada alguna pérdida contable.
- (iii) Informe si con ocasión de la reprogramación de las obras del "Anillo Vial de Crespo", la Agencia ha dejado de percibir algún tipo de contraprestación económica.
- (iv) Informe si con ocasión de la reprogramación de las obras del "Anillo Vial de Crespo", la Agencia tiene registrada alguna contingencia contable.
- (v) Informe si con ocasión de la reprogramación de las obras del "Anillo Vial de Crespo", la Agencia tiene registrada alguna provisión contable.

Este informe deberá estar acompañado de la documentación que soporte cada una de las respuestas a las preguntas anteriores.

5.2.3.4. A la sociedad Coloumus Network Colombia S.A., para que con destino a este proces, informe sobre:

- (i) la situación de tiempo, modo y lugar presentada con los cables submarinos de fibra óptica CFX-1 y ARCOS-1 en el año 2010, particularmente lo relacionado con la necesidad de proteger y reforzar dichos cables, a raíz de las obras del "Anillo Vial de Crespo".

5.2.3.5. A la sociedad Capital Corp, para que con destino a este proceso, informe sobre:

- (i) la metodología utilizada para la realización de los cálculos a los que se refiere el juramento estimatorio, así como para que remitan toda la documentación e información cruzada con la ANI a propósito del exámen del desplazamiento de la inversión.

5.2.3.6. A la sociedad Ernst & Young, para que con destino a este proceso, informe sobre:

- (i) la metodología utilizada para la realización de los cálculos a los que se refieren los hechos de la demanda, así como para que remitan toda la documentación e información cruzada con la ANI a propósito del exámen del desplazamiento de la inversión.

5.2.4. Testimoniales

Solicito que en virtud del Artículo 208 del Código General del Proceso se haga comparecer ante el Tribunal y se tome declaración sobre los hechos objeto de la presente controversia, a las siguientes personas, todas mayores de edad, según el interrogatorio que formularé en la oportunidad procesal correspondiente.



5.2.4.1. El señor JAIME ANDRÉS SILVA, de profesión Ingeniero, quien se desempeñaba como Coordinador de Proyecto del CONSORCIO VIA AL MAR, quien podrá ser citado en la dirección de notificaciones del CONSORCIO. El señor SILVA rendirá testimonio sobre lo que conoce en relación con la ejecución del CONTRATO de Concesión 503 de 1994, específicamente en lo relacionado con las obras del “Anillo Vial de Crespo”, los hechos que llevaron a la suscripción del Contrato de Transacción suscrito entre las partes el 21 de Octubre de 2014 y en general sobre todo lo que conste en relación con los hechos de la demanda de reconvención.

5.2.4.2. El señor JUAN CLÍMACO GÓMEZ, de profesión Ingeniero, quien se desempeñó como Gerente del Proyecto, actualmente es director técnico de CONSORCIO VIA AL MAR, quien podrá ser citado en la dirección de notificaciones del CONSORCIO. El señor GÓMEZ rendirá testimonio sobre lo que conoce en relación con la ejecución del CONTRATO de Concesión 503 de 1994, específicamente en lo relacionado con las obras del “Anillo Vial de Crespo”, los hechos que llevaron a la suscripción del Contrato de Transacción suscrito entre las partes el 21 de Octubre de 2014 y en general sobre todo lo que conste en relación con los hechos de la demanda de reconvención.

5.2.4.3. La señora LINA MARÍA ARBELÁZ GÓMEZ, de profesión ingeniera, quien se desempeñaba como directora del proyecto, quien podrá ser citada en la calle 67 No. 5-45 Apto G5 Edificio Eliana, Barrio Crespo - Cartagena o en la dirección de notificaciones del CONSORCIO. La señora ARBELÁZ rendirá testimonio sobre lo que conoce en relación con la ejecución del CONTRATO de Concesión 503 de 1994, específicamente en lo relacionado con las obras del “Anillo Vial de Crespo”, los hechos que llevaron a la suscripción del Contrato de Transacción suscrito entre las partes el 21 de Octubre de 2014 y en general sobre todo lo que conste en relación con los hechos de la demanda de reconvención.

5.2.4.4. El señor EDDIE LORA YEPES, de profesión ingeniero, quien se desempeñaba como asesor oceanográfico del proyecto, quien podrá ser citada en la 38B No. 84B - 60, Barrio Campo Alegre - Barranquilla o en la dirección de notificaciones del CONSORCIO. El señor LORA rendirá testimonio sobre lo que conoce en relación con la ejecución del CONTRATO de Concesión 503 de 1994, específicamente en lo relacionado con las obras del “Anillo Vial de Crespo”, los hechos que llevaron a la suscripción del Contrato de Transacción suscrito entre las partes el 21 de Octubre de 2014 y en general sobre todo lo que conste en relación con los hechos de la demanda de reconvención.

5.2.4.5. El señor DIEGO SÁNCHEZ DE GUZMÁN, de profesión Ingeniero, quien se desempeña como Asesor de Concretos del proyecto, quien podrá ser citado en la calle 142 No. 6-69 Apto 601, Int. 2 Bogotá o en la dirección de notificaciones del CONSORCIO. El señor SÁNCHEZ rendirá testimonio sobre lo que conoce en relación con la ejecución del CONTRATO de Concesión 503 de 1994, específicamente en lo relacionado con las obras del “Anillo Vial de Crespo”, los hechos

que llevaron a la suscripción del Contrato de Transacción suscrito entre las partes el 21 de Octubre de 2014 y en general sobre todo lo que conste en relación con los hechos de la demanda de reconvención.

#### *5.2.5. Testimonio de Parte*

5.2.5.1. Solicito se cite como prueba testimonial de Declaración de Parte, de conformidad con los artículos 165, 191 y siguientes del Código General del Proceso a la señora ANA LUCÍA DUGAND OCAMPO, quien podrá ser citado en la dirección de notificaciones del CONSORCIO. La señora DUGAND rendirá testimonio sobre lo que conoce en relación con la ejecución del CONTRATO de Concesión No. 503 de 1994 y específicamente, la problemática presentada en las obras del "Anillo Vial de Crespo", el Contrato Adicional N0. 9 y el Contrato de Transacción, y en general sobre todo lo que conste en relación con los hechos de la demanda.

#### *5.2.6. Prueba Pericial*

##### *5.2.6.1 Prueba Contable:*

En ejercicio de la facultad prevista en los artículos 218 y 219 del CPACA, y 226 y 227 del Código General del Proceso, se aporta como prueba dentro del proceso, dictamen pericial de índole Contable rendido por la Contadora Martha Eugenia Pulido Charry, junto con sus anexos.

##### *5.2.6.2 Prueba Financiera:*

En ejercicio de la facultad prevista en los artículos 218 y 219 del CPACA, y 226 y 227 del Código General del Proceso, se aporta como prueba dentro del proceso, dictamen pericial de índole Financiera, rendido por el Economista Luis Carlos Valenzuela, junto con sus anexos.

### **VI. OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO.**

De conformidad con lo estipulado en el artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, a continuación **OBJETO** dentro del término de traslado de la demanda reformada, el juramento estimatorio de perjuicios formulado por el demandante.

#### *6.1. El Juramento estimatorio no cumple con los requisitos legales.*

Según lo normado por el artículo 206 del Código General del Proceso, la determinación del Juramento Estimatorio, es uno de aquellos requerimientos que la demanda debe contener cuando se pretenda solicitar una indemnización de perjuicios, como ocurre en el presente caso.

Tal acreditación de perjuicios debe presentarse en la demanda, y debe estimarse de acuerdo a los requisitos que ordena la ley. No contempla la norma forma diferente de presentar la mentada estimación.

Así las cosas, este juramento estimatorio, en la forma exigida por el artículo 206 del C. G. P., tiene consecuencias bastante importantes para efectos de probar el monto de la indemnización reclamada en el marco de la demanda, razón por la cual es deber de las partes realizarlo en debida forma. Al respecto, Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO ha dicho lo siguiente:

*“Ahora es deber perentorio en las pretensiones de la demanda (...) señalar razonablemente el monto al cual considera que asciende el perjuicio materia reclamado, lo que conlleva la necesidad de estudiar responsablemente y de manera previa a la elaboración de la demanda, las bases económicas del daño sufrido, de manera tal que si la estimación resulta abiertamente exagerada, que para la norma lo viene a constituir un exceso de más del 50%, se impone la multa equivalente al diez por ciento de la diferencia.”<sup>12</sup>*

Para el caso concreto, se puede observar que el monto perseguido por la ANI en su demanda reformada no es otra cosa que la “ventaja financiera” que presuntamente tuvo mi mandante, respecto de la reprogramación de las obras del “Anillo Vial de Crespo”.

Sin embargo, esta presunta “ventaja financiera”, por tratarse de un evento que, de acuerdo con el sustento fáctico de la demanda, sólo afecta el patrimonio de mi mandante, sin empobrecer el patrimonio de la ANI, carece del necesario elemento legal que comporta toda indemnización, que de acuerdo con los artículos 1623 y 1624 del Código Civil *la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante* entendiéndose por *“daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento.”*

De suerte que, a la luz de las normas en cita, el juramento estimatorio carece de una determinación precisa del daño, en tanto se dedica a estimar el valor de un supuesto “beneficio” del CONCESIONARIO, lo que desde el punto de vista jurídico, es antitécnico y por ende, carece de sustento legal.

Nótese que en toda la demanda, y, consecuentemente, en el juramento estimatorio, la ANI acude indistintamente a señalar como daño una supuesta mayor remuneración, una “ventaja financiera”, pero jamás se revela desde el punto de vista fáctico cuál es el daño que ha sufrido, lo que lleva al traste, jurídicamente, el juramento estimatorio, por carencia de elementos legales y formales.

#### *6.2. El Juramento estimatorio no se ajusta a la realidad de los hechos.*

Pero si lo anterior no fuese suficiente, pasemos a revisar los elementos numéricos del juramento, para encontrar, que tampoco está ajustado a la realidad, veamos:

---

<sup>12</sup> BLANCO López, Hernán Fabio; Código General del Proceso Ley 1564 de 2012 normas vigentes; Dupre Editores Ltda., 2013. Pág. 46

1. El juramento estimatorio carece de soporte fáctico: En este capítulo apenas se hace una tímida relación de la cuantificación de las pretensiones económicas perseguidas en la demanda, sin siquiera indicar los componentes discriminados -tanto matemáticos como jurídicos- del detrimento reclamado por las supuestas conductas antijurídicas que se endilgan a mi representada en la demanda;
2. El juramento estimatorio carece de razonamiento detallado de la analogía realizada por la contraparte de los supuestos perjuicios aquí reclamados, pues se remite simplemente a un oficio emitido por la ANI, sin describir de qué se trata el presunto daño que genera el monto a indemnizar.
3. El juramento estimatorio carece de prueba, pues no incluye los elementos necesarios para demostrar el daño que se pretende.
4. El juramento estimatorio es errado, pues parte de un ejercicio *ceteris paribus* que (i) deja por fuera las demás variables del modelo financiero -excepto las fechas- y (ii) desconoce el valor real de las inversiones realizadas por el CONCESIONARIO.

De suerte que, como se reiteró en el acápite de excepciones, el *petitum* de la ANI obedece a un ejercicio matemático teórico, que carece de soporte fáctico y jurídico y por ende, no es consecuente con la realidad de los hechos, lo que lleva al traste con su determinación, cuestión que puede probarse con el dictamen financiero presentado por mi representada, según fue anunciado en la demanda de reconvención reformada.

## **VII. ANEXOS.**

7.1. Poder

7.2. Tres (3) copias de la contestación para traslado.

## **VIII. NOTIFICACIONES.**

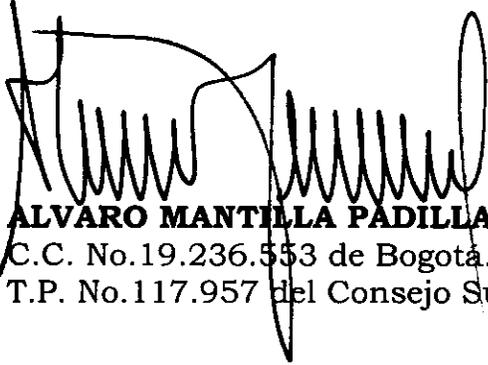
8.1. El suscrito apoderado **ALVARO MANTILLA PADILLA** recibirá notificaciones en audiencia, vía correo electrónico en [almantilla@amya.com.co](mailto:almantilla@amya.com.co), [pramos@amya.com.co](mailto:pramos@amya.com.co), [cmanzano@amya.com.co](mailto:cmanzano@amya.com.co) y [dmorales@amya.com.co](mailto:dmorales@amya.com.co) o en la carrera 7 No. 71 - 21 Torre B. Of. 1601 de la ciudad de Bogotá D.C, Teléfono 2494000, Fax 2176096.

8.2. La demandante, **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, recibirá notificaciones en la Calle 26 No. 59-51, Edificio T4 Torre B Piso 2 de Bogotá, D.C., Teléfono: 791720.

8.3. La demandada, **CONSORCIO VÍA AL MAR**, integrado por **EDGARDO NAVARRO VIVES**, identificado con cédula de ciudadanía No. 17.168.942 de Bogotá y la sociedad **CONSULTORES DEL DESARROLLO S.A.** identificada con NIT 800.165.708, ambos integrantes del CONSORCIO identificado con NIT 800.242642-9, representado legalmente por la señora ANA LUCÍA DUGAND OCAMPO,

mayor de edad, domiciliada y residente en la ciudad de Barranquilla, identificada con la cédula de ciudadanía No. 35.464.464 de Usaquén recibirá notificaciones en la *Calle 77B No. 59B - 61 Oficina 309, Centro Empresarial Las Américas II, Teléfonos, Fax: 5 3537661 - 5 3537662*

Del Honorable Magistrado, respetuosamente,



**ALVARO MANTILLA PADILLA.**

C.C. No.19.236.553 de Bogotá.

T.P. No.117.957 del Consejo Superior de la Judicatura.

Bogotá, agosto de 2018

Doctor  
**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**  
Magistrado  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR  
E. S. D.

**Referencia:** Medio de Control de Controversias Contractuales  
**Radicado:** 13001-23-33-000- **2018 - 00182 - 00**  
**Demandante:** Agencia Nacional de Infraestructura - ANI  
**Demandado:** EDGARDO NAVARRO VIVES y CONSULTORES DEL DESARROLLO S.A.S., integrantes del CONSORCIO VÍA AL MAR.



*Poder Especial*

**EDGARDO NAVARRO VIVES**, domiciliado y residente en Barranquilla, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.168.942 de Bogotá, y la sociedad **CONSULTORES DEL DESARROLLO S.A.S.**, domiciliada en Barranquilla, identificada con NIT 800.165.708, representada legalmente por el señor **JOSÉ FRANCISCO FIORILLO SARMIENTO**, domiciliado y residente en Barranquilla, identificado con la Cédula de ciudadanía No. 8.686.400, según certificado de existencia y representación legal que se anexa al presente poder; ambos, integrantes del **CONSORCIO VÍA AL MAR**, domiciliado en la ciudad de Barranquilla, identificado con NIT 800.242.642-9; manifestamos que conferimos **PODER ESPECIAL**, amplio y suficiente a los doctores **ALVARO MANTILLA PADILLA**, **CARLOS ALBERTO MANZANO RIAÑO** y **DORA SOFIA MORALES SOTO**, abogados en ejercicio, mayores de edad, todos con domicilio en la ciudad de Bogotá, D.C., identificados con las Cédulas de Ciudadanía Nos. 19.236.553 de Bogotá D.C., 94.061.130 de Cali y 53.107.057 de Bogotá D.C. respectivamente, y portadores de las Tarjetas Profesionales Nos. 117.957, 138.308 y 177.403 del Consejo Superior de la Judicatura, respectivamente, para que en nuestro propio nombre y representación y en nombre y representación de **CONSORCIO VÍA AL MAR**, para que representen nuestros intereses dentro del proceso de la referencia y en adelanten nuestra defensa y la de las sociedades y Consorcio que integramos.



Los apoderados quedan facultados para contestar la demanda, descorrer los traslados, proponer excepciones, interponer recursos ordinarios y extraordinarios, nulidades e incidentes en general, presentar memoriales, solicitudes y oposiciones solicitar pruebas, intervenir en su práctica, conciliar, transigir, desistir, recibir, sustituir, renunciar, reasumir, notificarse, y en general para realizar los actos previstos en el artículo 77 del Código General del Proceso y todas las demás facultades inherentes al buen desarrollo de su mandato y en beneficio de los intereses que representa necesarios y conducentes para lograr el cumplimiento del presente mandato.

Sírvase, por consiguiente, reconocer personería mis apoderados en los términos contenidos en el presente memorial poder.



13  
14

Atentamente,

**EDGARDO NAVARRO VIVES**  
C.C. No. 17.168.942 de Bogotá

**JOSÉ FRANCISCO FIORILLO SARMIENTO**  
C.C. 8.686.400

Aceptamos,

**ALVARO MANTILLA PADILLA.**  
C.C. No. 19.236.553 de Bogotá.  
T.P. No. 117.957 del Consejo Superior de la Judicatura.

**CARLOS ALBERTO MANZANO RIAÑO**  
C.C. No. 94.061.130 de Cali  
T.P. No. 138.308 del Consejo Superior de la Judicatura.

**DORA SOFIA MORALES SOTO**  
C.C. 53.107.057 de Bogotá D.C  
T.P. No. 177.403 del Consejo Superior de la Judicatura.

2

30 AGO. 2018

**DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO**

ANTE EL NOTARIO SÉPTIMO DE BARRANQUILLA SE PRESENTÓ

*Jose Francisco Fiorillo*

IDENTIFICADO CON C.C. 8.686.4010

Y DECLARÓ QUE EL CONTENIDO DEL DOCUMENTO ANTERIOR ES  
 CERTO Y SUVA LA FIRMA QUE LO REPRESENTA.

*[Handwritten signature]*



A RIESGO E INSISTENCIA DEL  
 INTERESADO SE REALIZÓ LA  
 PRESENTE DILIGENCIA  
 NOTARIA SÉPTIMA DE BARRANQUILLA

EL SUSCRITO NOTARIO CERTIFICA  
 QUE EN SU PRESENCIA EL OTORGANTE FIRMO  
 EN ESTE DOCUMENTO LA HUELLA DACTILAR  
 DEL DEDÓ INDICE DE SU MANO DERECHA

*[Handwritten signature]*



*[Handwritten signature]*



**DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL**



136653

**Artículo 2.2.6.1.2.4.1 del Decreto 1069 de 2015**

En la ciudad de Barranquilla, Departamento de Atlántico, República de Colombia, el treinta (30) de agosto de dos mil dieciocho (2018), en la Notaría Once (11) del Círculo de Barranquilla, compareció: EDGARDO NAVARRO VIVES, identificado con Cédula de Ciudadanía/NUIP #0017168942, presentó el documento dirigido a TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR y manifestó que la firma que aparece en el presente documento es suya y acepta el contenido del mismo como cierto.

*[Handwritten signature]*

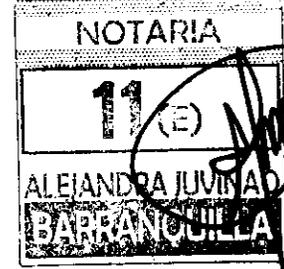


1ijkxd4a4xzc  
30/08/2018 - 09:07:45:253

----- Firma autógrafa -----

Conforme al Artículo 18 del Decreto-Ley 019 de 2012, el compareciente fue identificado mediante cotejo biométrico en línea de su huella dactilar con la información biográfica y biométrica de la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Acorde a la autorización del usuario, se dio tratamiento legal relacionado con la protección de sus datos personales y las políticas de seguridad de la información establecidas por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

*[Handwritten signature]*



**ALEJANDRA DEL CARMEN JUVINAO CASTRO**  
Notaria once (11) del Círculo de Barranquilla - Encargada

*El presente documento puede ser consultado en la página web [www.notariasegura.com.co](http://www.notariasegura.com.co)  
Número Único de Transacción: 1ijkxd4a4xzc*

