

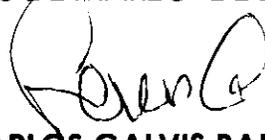
Cartagena de Indias, 04 de marzo de 2020

HORA: 08:00 A. M.

<b>Medio de control</b>	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
<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
<b>Magistrado Ponente</b>	EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

EN LA FECHA SE CORRE TRASLADO POR EL TÉRMINO LEGAL DE TRES (03) DÍAS AL CONSORCIO VÍA AL MAR DE LAS EXCEPCIONES FORMULADAS EN EL ESCRITO DE CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN PRESENTADO EL DÍA 03 DE FEBRERO DE 2020, POR EL DOCTOR **ANDRÉS MAURICIO ORTÍZ MAYA**, APODERADO DE LA **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, Y QUE SE ENCUENTRA VISIBLE A FOLIOS 173-196 DEL EXPEDIENTE.

EMPIEZA EL TRASLADO: 05 DE MARZO DE 2020, A LAS 8:00 A.M.



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

VENCE EL TRASLADO: 09 DE MARZO DE 2020, 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**

Señores  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR**  
**MP. Edgar Alexi Vasquez Contreras**  
**Avenida Venezuela Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional**  
Cartagena Bolívar  
E. S. D.



<b>REFERENCIA.</b>	<b>Proceso:</b>	Controversias Contractuales
	<b>Radicado:</b>	13001233300020180018200
	<b>Demandante:</b>	Agencia Nacional de Infraestructura ANI
	<b>Demandados:</b>	Consortio Vía al Mar

**ASUNTO** **CONTESTACIÓN DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

Respetado Despacho:

**ANDRÉS MAURICIO ORTÍZ MAYA**, identificado con la cédula de ciudadanía 1.015.406.682, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional 222.474 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de Coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Defensa Judicial de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** (en adelante, ANI o Agencia), de acuerdo con las facultades a mi conferidas, de conformidad con el nombramiento efectuado mediante Resolución 1783 de 2 de diciembre de 2019 y en ejercicio de las funciones contenidas en el numeral 3° del Artículo 13 de la Resolución 2042 del 7 de noviembre de 2018<sup>1</sup>, que me fueron asignadas mediante memorando 201940301892263 del 9 de diciembre de 2019; documentos que se anexan a este escrito, respetuosamente comparezco ante su Despacho dentro de la oportunidad debida con el fin de contestar la demanda de reconvencción presentada por el Consortio Vía al Mar, en los siguientes términos:

**I. RESPECTO DE LOS ANTECEDENTES DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI**

Previo a cualquier análisis, es preciso que el Despacho conozca los antecedentes de esta Agencia:

Mediante el **Decreto 1800 del 26 de junio de 2003**, se creó el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, Establecimiento Público del Orden Nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, con el objeto de planear, estructurar, contratar, ejecutar, y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las Concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario.

Posteriormente, mediante **Decreto 4165 de 2011** se modificó la naturaleza jurídica y la denominación del Instituto Nacional de Concesiones – INCO por la de **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**; Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del Sector Descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional y adscrita al Ministerio de Transporte, la cual, de conformidad con el mencionado Decreto cuenta con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía

<sup>1</sup> Resolución 2042 de 2018

"Artículo 13. Funciones del Coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Defensa Judicial.

"3 **Ejercer la representación legal de la Agencia en los procesos judiciales, policivos y administrativos en los que ésta sea parte activa o pasiva**, ser apoderado de la misma, así como otorgar poderes o los abogados de la Entidad poto llevar la representación judicial de la Agencia, salvo en los procesos de expropiación judicial o administrativa, procesos ejecutivos, administrativos, acciones de tutela, acciones policivas, relacionadas con la adquisición de los inmuebles que se requieran para los proyectos de infraestructura de transporte o cargo de la Entidad"



administrativa, financiera y técnica, representada legalmente por su Presidente, Dr. Manuel Felipe Gutiérrez.

---

## II. RESPECTO DE LAS PRETENSIONES

---

La Agencia Nacional de Infraestructura ANI se opone y rechaza todas y cada una de las pretensiones formuladas por la parte demandante en reconvención, por la ausencia de fundamentos fácticos, jurídicos y contractuales, por lo cual solicito que las mismas sean despachadas desfavorablemente y se condene en costas, igualmente solicito se declaren probadas las excepciones que se proponen en este escrito.

No obstante, y por ser de importancia para la controversia, a continuación, hago un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones en reconvención:

***2.1. Que se declare que los hechos generadores de la reprogramación del cronograma de obras correspondiente al "Anillo Vial de Crespo" pactada en el Contrato de Transacción suscrito entre las partes el 21 de octubre de 2014, son ajenos y no imputables al CONCESIONARIO.***

Respecto de esta pretensión manifiesto que las circunstancias que llevaron a la reprogramación de las obras que aduce el demandante en reconvención fueron revisadas y analizadas por las partes durante la celebración del Contrato de Transacción suscrito el 21 de octubre de 2014, determinándose, que de acuerdo con lo establecido en las cláusulas cuarta y décima del referido Contrato, el cual hace tránsito a cosa juzgada de última instancia de acuerdo con el Código Civil, que las mismas constituyen riesgos constructivos, ambientales y sociales asignados expresamente y asumidos por el Concesionario, tal y como puede observarse en la cláusula décima del mismo acuerdo.

Es por lo anterior, que el solo hecho de que las circunstancias alegadas por el concesionario las haya asumido expresa y voluntariamente como riesgos contractuales, desvirtúa su tesis de que se trata de hechos ajenos y que no le son imputables, pues esa es la utilidad de la estructura de riesgos en el contrato de concesión, trasladar el riesgo sobre eventos previsibles que es lo que ocurrió en este caso y que ahora, de manera tardía y sin fundamento pretende estructurar como excusa de su incumplimiento el demandante en reconvención.

De otra parte, deben tener presente que, en el contrato de transacción, las circunstancias ahora alegadas por el Concesionario fueron efectivamente transadas al punto que renunció a hacer valer tales hechos como parte de cualquier reclamación, estipulación que desde luego está violando el Concesionario, y por ende, la pretensión no tiene sentido al existir transacción sobre el núcleo esencial de los planteamientos del Concesionario, de manera que la pretensión no está llamada a prosperar.

***2.2. Que se declare que con ocasión de la reprogramación pactada en el Contrato de Transacción del 21 de octubre de 2014 y ejecución de las obras correspondientes al "Anillo Vial de Crespo", la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA no sufrió ningún perjuicio.***

Respecto de esta pretensión, es preciso aclarar que en la demanda presentada por la Agencia Nacional de Infraestructura, los valores allí referidos no se están reclamando a título de perjuicio, sino que corresponden al reconocimiento expreso que hicieron las partes en el contrato de transacción, de



la existencia de impacto económico originado por el desplazamiento de la inversión que se mide a través del modelo financiero, al punto que según la cláusula compromisoria establecida en la transacción, solo quedó pendiente la cuantificación de dicho efecto económico, que es lo que se ha sometido a consideración de la Jurisdicción Contenciosa por parte de la ANI.

En atención a los fines sociales que entraña la ejecución de este tipo de proyectos para las comunidades, es clara la afectación para la Agencia al no poder entregar la infraestructura a la comunidad en los tiempos establecidos, poniendo en riesgo la credibilidad e imagen de la Entidad.

**2.3. Que se declare que el ejercicio financiero consistente en modificar únicamente las fechas de las inversiones en el modelo financiero del Adicional No. 9 al Contrato de Concesión No. 503 de 1994 no permite determinar los reales efectos económicos del "desplazamiento de la inversión, por reprogramación del cronograma de obras correspondientes al 'Anillo Vial de Crespo'".**

Respecto de esta pretensión manifiesto, que solo constituye una excusa lo afirmado por el Concesionario, y que para tratar de evadir su responsabilidad frente a la asignación de riesgos y a la compensación, que, de acuerdo con el contrato de transacción, debe pagarle a la ANI, como quiera que se le concedió un nuevo cronograma para la ejecución de las obras.

En efecto, con dicha solicitud el Concesionario pretende desconocer que la asignación de riesgos determinada contractualmente ya fue remunerada en el modelo financiero pactado por la Agencia a través de la rentabilidad reconocida en el proyecto. Enfatizando lo anterior, los riesgos asociados a las variaciones en costos y gastos de las inversiones pactadas son a cargo del Concesionario como lo establece la asignación y distribución contractual de riesgos, la cual no fue modificada con la firma del contrato de transacción.

Así también, se debe hacer una distinción especial entre las fechas de inversión y el plazo máximo de entrega de las mismas; pues es claro que conforme al contrato y el modelo financiero, las inversiones se llevan a cabo en periodos de tiempo que pueden tener variaciones frente a lo inicialmente planteado, pero los plazos se constituyen en la fecha límite de entrega de las obras que han sido acordadas por las partes con base en la conciencia de que los periodos de inversión tienen variaciones, pero que estas se deben acotar. Es decir, la aceptación de las fechas límites por el Concesionario se hizo sobre el conocimiento de las variabilidades en los tiempos de ejecución de obra asumiendo y adquiriendo el compromiso de que no se iban a desconocer.

La demandante en reconvención pretende confundir al Despacho, y por tanto, debe aclararse que el desplazamiento de inversión consiste en la ejecución de la inversión en periodos posteriores a los pactados. Cabe aclarar que, el desplazamiento que se cobra corresponde a la violación del pacto contractual de entrega de obras plasmada en la cláusula sexta del Adicional 9 de 2010, el cual a su turno genera un efecto económico favorable para el concesionario, obteniendo un provecho al mejorar su utilidad.

Ahora, en el caso de que eventualmente puedan existir otros efectos económicos asociados a imprevistos o dificultades propias de la ejecución de una obra, como por ejemplo, mayor permanencia en obra, daño emergente, lucro cesante, entre otras (los cuales se mencionan en este escrito solo como posibilidades hipotéticas), no tienen relación con el desplazamiento de la inversión, es decir, el hecho de que se puedan presentar simultáneamente como un desplazamiento de inversión no implican que sean parte del mismo, por tal motivo, para la cuantificación del efecto de desplazamiento basta trabajar con los tiempos y las cantidades inicialmente pactadas, porque se reitera, que las variaciones



en los costos y gastos inicialmente pactados son a riesgo del Concesionario y por los cuales recibe una remuneración.

Por lo anterior, es perfectamente válido que el valor del desplazamiento se determine de forma exclusiva con las variables tiempo e inversiones.

**2.4. Que, como consecuencia de la prosperidad de una, alguna, o cualquiera de las anteriores pretensiones, se declare que con ocasión de la reprogramación pactada en el Contrato de Transacción del 21 de octubre de 2014 y ejecución de las obras correspondientes al Anillo Vial de Crespo", el CONCESIONARIO no tiene obligación de indemnizar o compensar a la ANI.**

Respecto de esta pretensión debemos decir que la misma no tiene vocación de prosperidad como quiera que olvida el demandante en reconvención, que en el marco del contrato de transacción, las partes, haciendo reconocimientos y concesiones mutuas para la solución de la controversia planteada, reconocieron expresamente la existencia del desplazamiento de la inversión, ante el otorgamiento de un nuevo cronograma al Concesionario para la ejecución de las obras, y por tanto, que debía compensarse económicamente a la ANI.

Además, no resulta consecuente la postura del Concesionario en este punto, pues la figura del desplazamiento de la inversión no es desconocida por las partes en el marco del contrato de concesión y el contrato de transacción, y por el contrario, ha sido de común utilización, donde el valor del desplazamiento fue aplicado por el Concesionario, como por ejemplo para la realización de obras adicionales de mantenimiento del parque lineal fase II, según otrosí del 24 de noviembre de 2015.

**2.4.1. Que en subsidio de la pretensión anterior, se declare que en caso de existir la obligación de indemnizar o compensar a la ANI, con ocasión de la reprogramación pactada en el Contrato de Transacción del 21 de octubre de 2014 y ejecución de las obras correspondientes al "Anillo Vial de Crespo", el cálculo de la compensación o indemnización deberá incluir el valor de las inversiones realizadas por el CONSORCIO en las obras correspondientes al 'Anillo Vial de Crespo'".**

Respecto de esta pretensión es importante poner de presente que las inversiones incluidas en el ejercicio que mide el impacto financiero del desplazamiento del cronograma, resultado que corresponderá al valor de compensación a favor de la Entidad, reconocen las obras contratadas y realizadas por el Concesionario, remuneradas por el Estado a través de la entrega de recursos del Presupuesto General de la Nación.

Cifras que en atención a la asignación de riesgos del Concesionario incluyen las dificultades propias de la ejecución de una obra, que pueden producir variaciones en los costos y gastos inicialmente pactados y que son a cargo del Concesionario, como se expondrá reiteradamente en el presente documento. Sería contrario al espíritu de un contrato de concesión y a su esquema de riesgos, reconocer cada uno de los costos y gastos de las actividades realizadas, ya que los riesgos a cargo del Concesionario, con sus efectos favorables y desfavorables, son asumidos por este y ya han sido remunerados.



En consecuencia, la pretensión no está llamada a prosperar, pues sí se están teniendo en cuenta las inversiones realizadas por el Concesionario, al punto de considerar que las causas que generaron la reprogramación, correspondieron a hechos imputables al Concesionario, tal como fue aceptado en el contrato de transacción.

**2.5. Que como consecuencia de una, alguna o cualquiera de las anteriores pretensiones principales o subsidiarias, se declare que, con ocasión de la reprogramación pactada en el Contrato de Transacción del 21 de octubre de 2014 y ejecución de las obras correspondientes al 'Anillo Vial de Crespo', el CONSORCIO no adeuda ninguna suma de dinero a la ANI.**

Es claro que esta pretensión el reconocimiento claro y expreso que hicieron las partes sobre la existencia del desplazamiento de la inversión y el derecho que tiene la ANI a ser compensada económicamente por este hecho, dado que se le otorgó un nuevo cronograma al Concesionario para la ejecución de las obras, al punto de que lo único que quedó pendiente fue la determinación del valor, que es precisamente el principal objeto de esta demanda.

---

### III. RESPECTO DE LOS HECHOS

---

**Respecto del hecho 1.** Es cierto, el 24 de agosto de 1994 el Instituto Nacional de Vías INVIAS suscribió el contrato de concesión No. 503 de 1994 con el Consorcio integrado por Consultores del Desarrollo S.A. y el señor Edgardo Navarro Vives.

Es importante señalar también, que el día 7 de noviembre de 2019 se materializó la entrega de la infraestructura a cargo del Consorcio Vía al Mar, según contrato No. 503 de 1994 y se suscribió el acta de reversión, terminando así la etapa de operación y mantenimiento del citado contrato. En la actualidad se encuentra en la etapa de liquidación<sup>2</sup>.

**Respecto del hecho 2.** No es un hecho, es una transcripción incompleta de la cláusula primera del contrato de concesión 503 de 1994, razón por la cual se transcribe de forma literal el objeto del contrato: *"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 DE LO 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."*

Este contrato tuvo varias modificaciones a lo largo de la ejecución, de manera que la Agencia se atiene al tenor literal del contrato y sus modificaciones<sup>3</sup>.

**Respecto del hecho 3.** Es cierto, el Instituto Nacional de Vías INVIAS, subrogó al Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI) el contrato de concesión 503 de 1994 suscrito con el Consorcio integrado por Consultores del Desarrollo S.A. y el señor Edgardo Navarro Vives.

---

<sup>2</sup> Prueba 1. Acta de reversión y entrega de fecha 7 de noviembre de 2019

<sup>3</sup> Prueba 2: contrato de concesión 503 de 1994 con sus modificaciones y adiciones.



En virtud de lo establecido en el **Decreto 1800 del 26 de junio de 2003**, que creó el Instituto Nacional de Concesiones -INCO - como Establecimiento Público del Orden Nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, con el objeto de planear, estructurar, contratar, ejecutar, y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las Concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario -, se estableció la subrogación o cesión de los contratos a favor de este, lo cual se materializó mediante Resolución No. 3728 del 24 de septiembre de 2003.

Posteriormente, mediante **Decreto 4165 de 2011** se modificó la naturaleza jurídica y la denominación del Instituto Nacional de Concesiones - INCO por la de **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**; Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del Sector Descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional y adscrita al Ministerio de Transporte, la cual, de conformidad con el mencionado Decreto cuenta con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, representada legalmente por su Presidente, Manuel Felipe Gutiérrez<sup>4</sup>.

**Respecto del hecho 4.** No es un hecho objetivo acaecido durante la ejecución contractual, sino una opinión subjetiva del demandante en reconvencción, de lo que para él fue cumplir con el alcance inicial del contrato sin mayores alteraciones, que por demás carece de fundamentos probatorios.

**Respecto del hecho 5.** Es parcialmente cierto, que durante la ejecución contractual se suscribió varios documentos modificatorios y de adición. En lo demás este hecho solo corresponde a un resumen por lo demás incompleto de lo que a juicio del Concesionario fue el objeto de la modificación contractual del 20 de enero de 2006, por lo que la Agencia solo se atiene al tenor literal de los documentos contractuales<sup>5</sup>.

Con el otrosí de 20 de enero de 2006 se ampliaron las obras a ejecutar para mantener la estabilidad y el nivel de servicio de la vía, y la construcción del anillo vial solucionando la problemática de la salida de Cartagena por la Vial al Mar, bajo la responsabilidad y por cuenta y riesgo del Concesionario, según se establece en la cláusula primera de este otrosí.

Se transcribe la cláusula primera del Otro si de fecha 20 de enero de 2006:

*CLAUSULA PRIMERA – OBJETO. El objeto del presente Otro si es la ejecución, bajo la responsabilidad y por cuenta y riesgo 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:*

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

<sup>4</sup> Prueba 3: Resolución No. 3728 del 24 de septiembre de 2003.

<sup>5</sup> Prueba 4: modificación contractual del 20 de enero de 2006



**Respecto del hecho 6.** Es parcialmente cierto, si se suscribió el otrosí No. 4 del 28 de noviembre de 2008, cuyo objeto entre otros fue, la terminación de la fase III de acuerdo con el otrosí del 20 de enero de 2006. En lo demás, solo corresponde a un resumen incompleto de lo que a juicio del Concesionario fue el objeto de dicha modificación contractual, por lo que la Agencia solo se atiene al tenor literal de los documentos contractuales<sup>6</sup>.

Se transcribe la cláusula primera del Otro si No. 4 del 28 de noviembre de 2008:

*“CLAUSULA PRIMERA. - OBJETO: a) Adelantar los estudios y diseños a nivel de Fase III requeridos para la construcción de la segunda calzada entre Cartagena – Barranquilla, incluyendo la rehabilitación y estabilidad de la vía, a excepción de los sectores intervenidos en desarrollo del contrato adicional No. 1 del 28 de julio de 1998, para atender los diseños y construcción para corregir la falla en el PR 59+500 y los rehabilitados con cargo al otrosí del 20 de enero de 2006, entre el PR 53 al PR 64 y entre el PR 11+500 al PR 12+500, de acuerdo con las actas suscitadas entre el concesionario y la interventoría. b) Gestión predial, gestión ambiental, gestión social, operación, mantenimiento y construcción parcial de la segunda calzada entre el sector comprendido entre Cartagena – Marahuaco incluyendo la rehabilitación de la carretera existente, excluyendo en rehabilitación el sector entre el PR 11+500 al PR 12+500, de acuerdo con las actas suscitadas entre el concesionario y la interventoría, rehabilitado por el concesionario con el otrosí del 20 de enero de 2006. C) Terminación de los diseños 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.”*

**Respecto del hecho 7.** Es cierto, con el adicional No. 9 del 26 de junio de 2010, se determinó dar un alcance al otrosí del 20 de enero de 2006 para el Anillo Vial de Cartagena, y de las acordadas en el otrosí No. 4 del 28 de noviembre de 2008. Este hecho corresponde a un resumen incompleto de lo que a juicio del Concesionario fue el objeto de dicha modificación contractual, por lo que la Agencia solo se atiene al tenor literal de los documentos contractuales<sup>7</sup>.

Se transcribe la cláusula primera del Adicional No. 9 del 26 de junio de 2010:

*“CLAUSULA 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.”*

**Respecto del hecho 8.** No es un hecho sino una apreciación subjetiva del demandante en reconvencción, que el contenido del Adicional 9, es un alcance del contrato de concesión No. 503 de 1994, en desarrollo del Otrosí del 20 de enero de 2006, por lo que la Agencia solo se atiene al tenor literal de los documentos contractuales.

**Respecto del hecho 9.** No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante en reconvencción, pues en su sentir señala que el antecedente principal del Adicional 9 fue el otrosí No. 4 del 28 de noviembre de 2008 y que se eligieron alternativas para ejecutar las obras adicionales del contrato de concesión, cuando, debe señalarse que, con el otrosí del 20 de enero de 2006, y el aclaratorio del Otrosí No. 4 de noviembre de 2008, se estableció que la solución vial de Crespo que se adiciona al alcance físico de la concesión era la resultante de los estudios y diseños elaborados por el concesionario en cumplimiento de lo pactado en dichos Otrosí, acorde con las políticas gubernamentales, de manera que no es acertado afirmar que las partes eligieron las alternativas.

<sup>6</sup> Prueba 5: otrosí No. 4 de 28 de noviembre de 2008

<sup>7</sup> Prueba 6: adicional No. 9 suscrito el 26 de junio de 2010



En consecuencia, para todos los efectos legales, la solución vial de Crespo a que se refiere el Otrosí del 20 de enero de 2006 y el Otrosí No. 4 suscrito el 28 de noviembre de 2008, se dio en estos documentos y no en el citado por el demandante<sup>8</sup>.

**Respecto del hecho 10.** No es un hecho, es una interpretación del demandante en reconvención, de los riesgos pactados contractualmente, su aplicación y efectos, razón por la cual la Agencia solo se atiene al tenor literal de los documentos contractuales, de los cuales se evidencia que los riesgos asignados y pactados, están reglados y expresados claramente en los siguientes documentos: Cláusula Sexta y cláusula primera del otrosí del 20 de enero de 2006, Clausula 9 del otrosí 4 del 28 de noviembre de 2008; Clausula 8 del adicional 9 del 26 de junio de 2010. De igual forma, el tema de garantías para los casos de fuerza mayor, también están indicados en la cláusula 5 del Otrosí 4 de 2008.

**Respecto del hecho 11.** No es un hecho, es una transcripción incompleta y conveniente de unos numerales de la cláusula 9ª del otrosí No. 4 del 28 de noviembre de 2008, respecto de la fuerza mayor y caso fortuito, de tal manera que la Agencia solo se atiene al tenor literal del clausulado contractual.

**Respecto del hecho 12.** No es cierto que el concesionario solo asume los riesgos del contrato que le hayan sido asignados, y no los riesgos por ocurrencia de eventos eximentes de responsabilidad. Es una conclusión errada del demandante en reconvención de los riesgos pactados contractualmente, su aplicación y efectos, que desde luego la Agencia Nacional de Infraestructura ANI rechaza, máxime que sin fundamento alguno y sin una explicación clara, el Concesionario se retracta de que contrató los diseños y ahora manifiesta que fue quién los hizo; pero al margen de esta discusión, sea la hipótesis que sea, el esquema de riesgos asumidos por el Concesionario es claro y no se ve afectado por el hecho de la elaboración o la contratación de los diseños.

Por su parte, el adicional 9, del 26 de junio de 2010, en su cláusula octava — RIESGOS, confirma que" ... *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 4 suscrito el 28 de noviembre de 2008...*"

De la misma manera, el demandante olvida que la modalidad en que fue pactado el contrato, esto es, un contrato a precio global (valor más alto que un contrato normal) hace que el Concesionario haya incluido dentro de la negociación la retribución por los riesgos sin importar su materialización, por lo tanto, el valor pactado fue mayor que el de un contrato normal. Es así, como la cláusula 6 del otrosí 20 de 2006 ratificado después con otras modificaciones claramente diga, que a partir de esa fecha el concesionario asume todos los riesgos, salvo los expresamente indicados previamente.

Al enunciarse cada uno de los riesgos se indica que el Concesionario asume "*los efectos favorables y desfavorables de cada riesgo allí incluido...*"; y adicionalmente en la cláusula 6 del otrosí 20 de 2006, se indica que "*no procederán reclamaciones del Concesionario basadas en el acaecimiento de alguno de los riesgos que fueran asumidos por el Concesionario y -consecuentemente- el INCO no hará reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna al EL CONCESIONARIO que permita eliminar o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de estos riesgos previstos, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentren expresamente pactados en el Contrato.*"

<sup>8</sup> Prueba 7: Otrosí modificatorio al otrosí del 20 de enero de 2006, y el aclaratorio del Otrosí No. 4 de 2008



177  
 5

Para explicar un poco más el esquema de riesgos del Contrato de Concesión 503 de 1994 corredor Cartagena Barranquilla Vía al Mar, se debe decir que el mismo se rige por la cláusula sexta del otrosí del 20 de enero de 2006, ratificado por el otrosí No 4 del 28 de noviembre de 2008 y el adicional No 9 de 2010.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que para las obras contratadas mediante el otrosí del 20 de enero de 2006 y subsiguientes modificatorios, el concesionario presentó propuesta propia para solucionar la problemática de servicio que presentaba la carretera "Vía al Mar (Considerandos No. 15 y 17 del otrosí del 20 del 2006) y que posteriormente realizó estudios y diseños propios fase III (Considerando No. 20 y cláusula primera del otrosí 4 del 2008), así como que se pactó reingeniería financiera para cambiar la forma de remunerar concesionario mediante "Ingreso Esperado" (cláusula séptima del otrosí del 20 de enero de 2006). El esquema de riesgos vigente se resume así:

*"El concesionario asume los efectos favorables y desfavorables de los siguientes: Demanda; Precios y variaciones de mercado; Materiales, insumos, cantidades de obra y mano de obra; Devaluación real frente a la estimada; Alteración de condiciones financieras; Daños y perjuicios o pérdidas de los bienes de su propiedad causados por los terceros; Existencia de lucro cesante por la ocurrencia de hechos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito; Rentabilidad del negocio y obtención de utilidades o sufrimiento de pérdidas; Variaciones en la legislación tributaria; Variaciones de los componentes económicos, fiscales, legales y técnicos necesarios para cumplir con las 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; Alteración de las condiciones de financiación."*

Lo anterior también se ve reflejado en el objeto de la modificación contractual del otrosí del 20 de enero de 2006 así:

*"CLAUSULA PRIMERA-OBJETO. El objeto del presente OtroSi es la ejecución, bajo la responsabilidad y por cuenta y riesgos 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 (...)"*

Por lo anterior, el riesgo constructivo, social, ambiental y de diseño entre otros son enteramente del concesionario, tal como quedo ratificado en la Cláusula Cuarta del contrato de transacción suscrito el 21 de octubre de 2014.

Igualmente, la distribución y asignación de riesgos para la vigencia del contrato se puede observar en el siguiente esquema:

**Esquema de Asignación de Riesgos Vigente "Vía Al Mar"**

AREA	TIPO DE RIESGO	ASIGNACIÓN DE RIESGO	
Diseño	Cambio o ajustes en el diseño	PRIVADO	Otrosí No 4 del 28 de noviembre de 2008 - Cláusula 1 y Cláusula 9 Adicional 9 del 26 de junio 2010, cláusula 8
Construcción	Mayor cantidad de obras	PRIVADO	Otrosí 20 de enero de 2006, cláusula 6



	Precios de los Insumas	PRIVADO	Otrosí No 4 del 28 de noviembre de 2008 - Cláusula 9. Otrosí del 20 de enero de 2006 cláusula 6. Adicional 9 del 26 de junio 2010, cláusula 8
Comercial	Demanda por volumen de tráfico	PRIVADO	Otrosí No 4 del 28 de noviembre de 2008 - Cláusula 9 y Otrosí del 20 de enero de 2006 cláusula 6
	Evasión y efusión	PRIVADO	Otrosí No 4 del 28 de noviembre de 2008 - Cláusula 9. Otrosí del 20 de enero de 2006 cláusula 6.
	Compensación por no obtención del ingreso esperado	PÚBLICO	Otrosí 20 de enero de 2006 cláusula 10
operación	Operación y mantenimiento	PRIVADO	Contrato de concesión No 503 de 1994, cláusula 6 y 25. Adicional 9 del 26 de junio de 2010, cláusula 4
Financiero	Financiación	PRIVADO	Otrosí No 4 del 28 de noviembre de 2008 - Cláusula 9
	Condiciones financieras de la deuda	PRIVADO	Otrosí No 4 del 28 de noviembre de 2008 - Cláusula 9. Otrosí del 20 de enero de 2006, cláusula sexta. Adicional 9 del 26 de junio 2010, clausula 8
Regulatorio	Nuevas tarifas diferenciales	PÚBLICO	Contrato 503 de 1994, cláusula 5
	Cambio normatividad	PRIVADO	Otrosí No 4 del 28 de noviembre de 2008 - Cláusula 9. Adicional 9 del 26 de junio 2010, cláusula 8
Predial	Gestión predial	PRIVADO	Otrosí 4 de 28 de noviembre de 2008. Cláusula 6
	Sobrecosto Predial	PUBLICO-PRIVADO	Otrosí 4 de 28 de noviembre de 2008. Cláusula 6
Ambientales	Modificación de licencias y planes de manejo Ambientales	PRIVADO	Otrosí No 4 del 28 de noviembre de 2008 Cláusula 8. Adicional 9 del 26 de junio 2010, cláusula 8
Fuerza Mayor	Eventos asegurantes	PRIVADO	Otrosí No 4 del 28 de noviembre de 2008-Cláusula 9
	Eventos no asegurables (salvo excepciones contractuales)	PÚBLICO	Otrosí No 4 del 28 de noviembre de 2008-Cláusula 9. Adicional 9 del 26 de junio de 2010, cláusula 7.



178  
6

Político social	Obras Complementarias	PUBLICO	Contrato 503 de 1994, cláusula 21
	Invasión de derecho de vía	PRIVADO	Otrosí No 4 del 28 de noviembre de 2008 - Cláusula 9

Finalmente, teniendo en cuenta lo evidenciado contractualmente frente a la asignación y tipificación de riesgos del contrato frente a la asignación de riesgos pactados contractualmente, no caben reclamaciones y se entienden incluidos y retribuidos financieramente dentro de la remuneración del Ingreso Esperado, tal y como lo indica la cláusula Novena del otrosí 4 de 2008 así:

*"CLAUSULA NOVENA: RIESGOS DEL CONTRATO: A partir de la fecha se tendrá la siguiente regulación de riesgos:*

*1. RIESGOS QUE ASUME EL CONCESIONARIO A partir de la fecha DE SUSCRIPCION DEL PRESENTE OTROSÍ. EL concesionario ASUME LOS EFECTOS DERIVADOS DE TODOS Y CADA UNO DE LOS RIESGOS., SALVO LOS CASOS EN QUE EXPRESAMENTE SE HA DETERMINADO LO CONTRARIO. En este sentido, el Concesionario asume los efectos derivados de los riesgos que se listan a continuación. Además de aquellos que se desprendan de otras cláusulas o estipulaciones del Contrato de Concesión No. 503 de 1994 sus anexos y sus Apéndices sus modificaciones o que se deriven de la naturaleza de este contrato.*

*Por lo tanto, no procederán reclamaciones de EL CONCESIONARIO basadas en el acaecimiento de alguno de los riesgos asumidos por EL CONCESIONARIO y consecuentemente - EL INCO no tendrá reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna a EL CONCESIONARIO, que permita eliminar o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de algunos de estos riesgos, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentren expresamente pactados en el Contrato de Concesión No. 503 de 1994..."*

En cuanto a la fuerza mayor, debe tenerse en cuenta que jurídicamente ha sido estudiada por la doctrina y la jurisprudencia, como un hecho ajeno a la voluntad de las partes, imprevisible e irresistible, surgido con posterioridad a la firma del contrato, cuya ocurrencia exime de responsabilidad al contratista frente a la no ejecución del objeto pactado, sin que ello en principio comporte indemnización o compensación a su favor.

Dentro de las notas características de la fuerza mayor, se identifican *i)* la presencia de una causa extraña y extrema a la actividad contractual ejecutada por las partes, *ii)* que no puede ser pronosticada al momento en la firma del contrato, *iii)* la ocurrencia hace que sea imposible de ejecutar las obligaciones a cargo del contratista y *iv)* la situación deriva un incumplimiento contractual justificado por el ordenamiento legal.

Sobre la fuerza mayor, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

*"La fuerza mayor se produce, como se indicó cuando el hecho exógeno a las partes es imprevisible e irresistible en las condiciones igualmente señaladas, con la precisión de que la irresistibilidad en materia contractual se traduce en la imposibilidad absoluta para el contratista de cumplir sus obligaciones en las condiciones o plazos acordados."*<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia de fecha 11 de septiembre de 2003-consejero ponente Ricardo Hoyos Duque-Radicado No.14781.



Frente a lo anterior, tampoco es posible alegar la ocurrencia de fuerza mayor, por cuanto, el Concesionario realizó en su momento obras y ejecutó varias de sus obligaciones, situación que denota la ausencia de uno de los elementos principales de la figura en estudio relacionado con la existencia de una situación irresistible que impida de manera absoluta al contratista ejecutar las prestaciones a su cargo.

Se reitera que los eventos aquí alegados por el Concesionario son riesgos a su cargo, asumidos libre y voluntariamente por vía contractual, los cuales, por la naturaleza de la obra, debían ser contemplados y mitigados. Igualmente, teniendo en cuenta las características de fuerza mayor o evento eximente anotadas anteriormente, los eventos expuestos por el demandante en reconvencción no cumplen con las características para ser riesgos de fuerza mayor o evento eximente, y sí están asociados al riesgo constructivo, ambiental y social asignado al Concesionario, este previamente fue analizado y revisado por las partes en el Acuerdo de Transacción de fecha 21 de octubre de 2014, constituyéndose cosa juzgada.

**Respecto del hecho 13.** Es cierto, que en la cláusula sexta del Adicional No. 9 del 26 de junio de 2010 se estipuló un cronograma de obras de 48 meses, contado a partir de la aprobación de las garantías, razón por la cual la Agencia solo se atiene al tenor literal de los documentos contractuales.

**Respecto del hecho 14.** Es cierto que se estableció un cronograma de obras para la construcción del acceso a Cartagena, Anillo Vial de Crespo, y también se estableció un avance porcentual de la inversión, de acuerdo con lo establecido en la cláusula sexta del adicional No. 9 suscrito el 26 de junio de 2010.

**Respecto del hecho 15.** Es cierto que la remuneración de las obras fue pactada en la cláusula quinta del adicional No. 9, suscrito el 26 de junio de 2010. Sin embargo, el texto que se presenta en este hecho es solo una citación parcial y amañado del contenido del documento contractual, de manera que debe ser analizado de manera completa y no fraccionada como lo presenta el demandante en reconvencción.

**Respecto del hecho 16.** Es cierto, que en la cláusula quinta del Adicional 9 del 26 de junio de 2010 se estipularon otras fuentes de remuneración, pero el texto que se presenta en este hecho es solo una citación parcial del contenido del documento contractual, de manera que debe ser analizado de manera completa y no fraccionada como lo presenta el demandante en reconvencción.

#### **Hechos relacionados con los cables submarinos**

**Respecto del hecho 17.** No es un hecho, son afirmaciones subjetivas de la parte demandante, de que se le presentaron hechos imprevisibles e irresistibles, ajenos y no imputables que le impidieron el avance de las obras de acuerdo con el cronograma.

Esta afirmación se hace para poder exculpar su responsabilidad por el incumplimiento en la ejecución de las obras contratadas, sin fundamento contractual ni probatorio, que por más que se pretenda alegarlos como hechos imprevisibles, irresistibles, ajenos y no imputables al Concesionario, tratando de edificar una fuerza mayor o caso fortuito, por demás inexistentes, lo cierto es que en el contrato de transacción suscrito entre las partes el 21 de octubre de 2014, produce efectos de cosa juzgada en última instancia, en donde se ratificó una vez más que dichos eventos eran riesgos contractualmente asumidos por el Concesionario, lo cual desvirtúa su tesis de caso fortuito y fuerza mayor, máxime cuando las circunstancias alegadas jamás pusieron al Concesionario en la imposibilidad absoluta de ejecución.



179  
7

## 2.2. Los antecedentes que llevaron a la suscripción de Contrato de Transacción.

### 2.2.1. Cables submarinos CFX-1 vARCOS-1

Lo narrado en este acápite corresponde a un relato subjetivo y parcializado del Concesionario, que no resulta concordante en gran medida con la realidad de lo ocurrido durante la ejecución del contrato, con lo cual pretende acreditar que supuestamente los hechos acaecidos no le son imputables, pero olvidando que siempre tuvo conocimiento de los mismos y que además todo lo ocurrido fue asumido de manera libre y voluntaria como riesgo previsible, de manera que no le es dable excusar el cumplimiento de sus obligaciones.

En efecto, el 2 de septiembre de 2010 se suscribió el acta de inicio de las obras del adicional No. 9 de 2010, y lo enunciado en este capítulo de la demanda de reconvencción respecto al cable submarino CFX-1 y ARCOS -1, no puede ser considerado como hechos o circunstancias ajenas al Concesionario, toda vez que el Consorcio Vía al Mar, de acuerdo con el Otrosí del 20 de enero de 2006 y el Otrosí No. 4 del 28 de noviembre de 2008, realizó por su cuenta y riesgo todos los estudios y diseños, a nivel de fase III (detalle), conforme al clausulado contractual pactado por las partes, y fue precisamente que el riesgo de diseño se asignó al Concesionario, en consideración de su experticia en el tema, señalándose al respecto lo siguiente:

*"El concesionario asume los efectos favorables o desfavorable de las variaciones de los componentes técnicos..., relacionados con la elaboración de sus propios estudios y diseños, los procedimientos constructivos, y el manejo ambiental y social."*

Un hecho importante para destacar es que antes de la suscripción del adicional No. 9 de 2010, el Concesionario ya tenía conocimiento de la existencia del cable según se evidencia en la Resolución de la DIMAR No.0186 del 18 de mayo-2010, luego era una circunstancia totalmente previsible. Dice la referida resolución:

*"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 necesarias 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."*

Esta circunstancia fue ampliamente soportada en las mesas de trabajo previas a la suscripción del Contrato de Transacción de fecha 21 de octubre de 2014, el cual en su Cláusula Cuarta estableció:

*"CLÁUSULA CUÁRTA- Así mismo, **EL CONCESIONARIO reconoce y acepta que los hechos y/o circunstancias consistentes en: la existencia, ubicación, ejecución y pago de las obras de protección y recubrimiento del cable de fibra óptica de propiedad de COLUMBUS NETWORKS S.A.**; la pérdida de material y retraso en las obras costeras con ocasión de la ocurrencia de eventos climáticos, tales como los huracanes Thomas y Sandy; el retraso en las obras con ocasión de los bloqueos realizados por la Comunidad de Pescadores de Comfenalco, así como la situación presentada con el concreto utilizado en la obra del "Túnel Sumergido de Crespo", que conlleva a desarrollar las obras de reparación del Túnel que se requieran, se encuentran dentro de los riesgos constructivo, ambiental y social asignados y reconocidos al CONCESIONARIO conforme al Adicional No. 009 de 2010, razón por la cual, no serán reclamados por éste y todos sus efectos se entenderán transados, por lo que, serán asumidos en su integridad por el CONCESIONARIO.*



*PARÁGRAFO: Que en concordancia con lo expuesto y frente a la situación particular y concreta de las obras, del denominado "Anillo Vial de Crespo", el CONCESIONARIO renuncia a cualquier reclamación en contra de la AGENCIA, entendiéndose solucionado cualquier conflicto entre las Partes respecto de las obras del "Anillo Vial de Crespo" contratadas con el Adicional No. 9 de 2010, mediante la suscripción del presente Contrato de Transacción, especialmente pero sin limitarse, lo que tenga que ver con la solicitud por parte del CONCESIONARIO de reclamaciones por sobrecostos, reconstrucciones, reparaciones, mayor permanencia en obra, stand by, o cualquier otro valor que se pretenda por la ocurrencia de los hechos antes enunciados." (se resalta)*

Así mismo se evidencia, que el Concesionario tenía conocimiento de la existencia de los cables de propiedad de la empresa Columbus Network de Colombia S.A., toda vez que en la resolución No. 0021 del 28 de enero de 2010, la DIMAR autoriza la construcción de unas obras dentro del Anillo Vial Malecón del barrio Crespo, y en los considerandos de la citada resolución se menciona existencia del cable submarino. Dice textualmente la resolución:

*"Que mediante oficio No. 20103050008221 del 27 de enero de 2010, **el Subgerente de Gestión Contractual del INSTITUTO NACIONAL DEL CONCESIONES, indicó que: "Teniendo en cuenta los diagramas de ubicación del trazado del cable submarino CFX-1 de Columbus Networks de Colombia, en la zona del proyecto ANILLO VIAL DE CRESPO, se hace necesario una reducción de la zona prevista como fuente de materiales para los rellenos hidráulicos de acuerdo con el plano anexo, lo cual no afecta ni los volúmenes requeridos ni la calidad de los mismos para el desarrollo de las obras."***

*Agrega el citado documento: "Las obras en el área correspondiente a los espolones 6 y 7 incluyeron los rellenos, quedarán sujetas a las recomendaciones técnicas convenidas con los propietarios del cable de tal forma que durante el proceso constructivo no se afecte su infraestructura" (se resalta)*

De lo anteriormente expuesto queda comprobado que el Concesionario, inclusive antes de suscribir el adicional 9, tenía pleno conocimiento de la existencia del cable submarino y no argumentó nada respecto de costos o circunstancias que le impidieran la ejecución de las obras.

Por otra parte, debe ponerse de presente al Despacho que El INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, participó como facilitadora a fin de lograr la ejecución de las obras hoy anillo vial de Crespo, gestionando las acciones tendientes a la suscripción del acuerdo con Columbus Networks de Colombia. Teniendo en cuenta que ya había transcurrido un lapso importante desde la firma del adicional 9, y no se lograba un acuerdo entre el Concesionario y la referida compañía.

A pesar de las labores de facilitación, es preciso aclarar que el consorcio Via al Mar no requería de ningún acuerdo o autorización de parte del INCO hoy ANI, para suscribir un acuerdo con Columbus Networks de Colombia S.A., teniendo en cuenta que solo se actuaba en calidad de facilitadora, de manera que la ANI no asumió ni compartió la responsabilidad ni los riesgos asignados en cabeza del Concesionario al momento de suscribir el Adicional No. 9, tal y como se ha señalado en diferentes comunicaciones, entre las que podemos mencionar las siguientes:

1. Oficio No. 2010-305-0008221 del 27 de enero de 2010, al Director General Marítimo,
2. Oficio No. 200-005293 del 7 de mayo de 2010 radicado 20104090104282.
3. Oficio No. 20103050062061 13 de mayo de 2010
4. Oficio No. 20153000067791 del 30 de marzo de 2015

Por el contrario, de la lectura de la cláusula sexta - Riesgos que asume el Concesionario, del citado otrosí del 20 de enero de 2006, se establece la clara asunción de riesgos por parte del Concesionario, así:



180  
8

*"A partir de la fecha de suscripción del presente contrato El CONCESIONARIO asume los efectos derivados de todos y cada uno de los riesgos, salvo los casos en que expresamente se ha determinado lo contrario.*

*Por lo tanto no procederán reclamaciones del concesionario basadas en el acaecimiento de alguno de los riesgos que fueran asumidos por el concesionario y - consecuentemente - el INCO no hará reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna al CONCESIONARIO que permita eliminar o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de los riesgos previstos, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentren expresamente pactados en el contrato(...)"*

De igual modo, vale la pena destacar que las obras del sector Norte (Empalme de la vía en la ruta 90A Cartagena-Barranquilla) debieron y pudieron haberse ejecutado en el plazo contractualmente establecido, toda vez que no existía interferencia alguna de las mismas con el cable de fibra óptica en comento, y, aun así, el Concesionario no ejecutó dichas obras dentro de los plazos estipulados.

Como se puede apreciar de lo antes expuesto, lo señalado en la demanda de reconvención no se compadece con la realidad de la ejecución contractual, ni con las obligaciones ni riesgos que asumió el Concesionario, de manera que no pueden ser el pretexto para que no se compense económicamente a la ANI como consecuencia de la reprogramación de las obras del anillo vial de crespo.

No obstante, de entrar a discutir sobre si tenía o no conocimiento el Concesionario sobre la existencia del cable, en el contrato de transacción el Concesionario asumió los efectos de dicha circunstancia<sup>10</sup>.

**Respecto del hecho 18.** No es cierto que el concesionario por disposición de la DIMAR haya realizado el análisis técnico de la zona marítima que sería intervenida en las obras del anillo vial de Crespo. Según el contrato de concesión 503 de 1994 y sus modificaciones, las partes acordaron que el Concesionario realizaría por su cuenta y riesgo todos los estudios y diseños, a nivel de fase III (detalle).

**Respecto del hecho 19.** No es cierto, que con el análisis de intervención se mencionaron los frentes afectados (playas) sin mencionar la existencia del cable submarino; debe aclararse que todos los estudios y diseños, a nivel de fase III (detalle) se realizarían por cuenta y riesgo del demandante en reconvención, luego si no se efectuó dicho estudio fue su propia omisión.

**Respecto del hecho 20.** No es un hecho, sino una extracción de apartes amañadas del contenido del Decreto 2324 de 1984, por medio del cual, se señalan las actividades que ejerce la DIMAR en virtud de su jurisdicción sobre las zonas costeras; por esta razón la ANI se atiene al tenor literal de dicha norma de manera integral.

Y, en el último párrafo donde se señala que la DIMAR debe ser quien jurídicamente determine la existencia de estructuras y obras en el suelo y subsuelo en terrenos del bajamar y la playa; es una conclusión totalmente subjetiva que no tiene fundamento jurídico, pues como se dijo anteriormente, y se comprueba con los actos administrativos expedidos por la DIMAR, el Concesionario siempre tuvo conocimiento previo a la ejecución de las obras de la existencia del cable submarino.

<sup>10</sup> Prueba 9: el acta de inicio de las obras del adicional No. 9 de 2010, Otrosí del 20 de enero de 2006, resolución de la DIMAR No.0186 del 18 de mayo-2010, resolución No. 0021 del 28 de enero de 2010, Oficio No. 2010-305-0008221 del 27 de enero de 2010 al Director General Marítimo, Oficio No. 200-005293 del 7 de mayo de 2010 radicado 20104090104282, Oficio No. 20103050062061 13 de mayo de 2010 y Oficio No. 20153000067791 del 30 de marzo de 2015.



**Respecto del hecho 21.** No es cierto que por no mencionar la DIMAR la existencia de cables submarinos en el informe de jurisdicción, el concesionario no los tuvo en cuenta en sus estudios.

Lo que no señala el Concesionario es que al ser el responsable de la elaboración de los estudios y diseños, a nivel de fase III (detalle), se realizarían por su cuenta y riesgo; y es claro que la circunstancia del cable submarino de fibra óptica, constituye un claro riesgo que por error en los diseños y estudios, tanto en los efectos favorables como desfavorables son enteramente a cargo del Concesionario, de acuerdo con lo establecido en el otrosí 20 de 2006; otrosí 4 de 2008 y adicional 9 de 2010; luego ahora no puede el Concesionario beneficiarse de su propia culpa.

Además de lo anterior se reitera, que con los actos administrativos expedidos por la DIMAR se demuestra que el Concesionario siempre tuvo conocimiento previo a la ejecución de las obras de la existencia del cable submarino como más adelante se sustenta.

**Respecto del hecho 22.** No es cierto que el Concesionario haya actuado con la debida diligencia, ni que haya confiado en el estudio de la DIMAR para calcular el cronograma de obras; el concesionario debió efectuar los estudios necesarios y cerciorarse de la no existencia de los cables, se reitera que el Concesionario tuvo conocimiento del cable submarino por lo menos desde el mes de enero de 2010, cuando participó en reunión con la DIMAR, y en segundo término, por la comunicación No. 2014409-0103122-1 del 14 de abril de 2011 enviada por Columbus Network en donde manifiesta:"(...)

*"Con base en lo anterior y dado que, a la fecha, (después de más de catorce meses de haberse iniciado las comunicaciones), no observamos resultados concretos por parte de Atlante y teniendo en cuenta la resolución mencionada, donde es el INCO. el beneficiario de las licencias y/o permisos, se entiende que es este mismo ente, el responsable con quien Columbus Networks, debe adelantar el convenio o acuerdo, donde se consigne que el INCO. asumirá la ..."*

De igual modo se reiteran todos y cada uno de los argumentos expuestos en el capítulo 2.2 sobre los antecedentes que llevaron a la suscripción del contrato de transacción (2.2.1. Cables submarinos CFX-1 y ARCOS-1), hecho 17 del presente escrito, donde se acredita que el Concesionario siempre tuvo conocimiento de la existencia del cable inclusive antes de la ejecución de las obras, con lo cual se desvirtúan todos sus argumentos.

**Respecto del hecho 23.** Es cierto que la DIMAR tenía conocimiento de la existencia de los cables submarinos de acuerdo con la Resolución 0089 de 2008, por medio de la cual autorizó a Colombia Networks a desarrollar actividades de mantenimiento del cable, pero ello en nada incide ni modifica las obligaciones, ni los riesgos asumidos por el Concesionario, ya que le correspondía desplegar toda su diligencia y experiencia para realizar los estudios y diseños a su cargo, según lo señalado en los documentos contractuales.

Se reitera que la existencia del cable correspondía a un hecho notorio o al menos conocido desde hace mucho tiempo, entre otros, por la publicación de la carta náutica de levantamientos hidrográficos 1era edición de julio 2004, y símbolos y abreviaturas carta Col 001, 2 ed. de 1997, efectuados por la DIMAR.

Es más, el INCO al presentar la solicitud a la DIMAR, menciona la existencia de cables de fibra óptica submarinos que pudieran afectar el área del proyecto, luego no se entiende cuál es la sorpresa del Concesionario por este hecho.



Lo anteriormente expuesto permite reiterar, una vez más, que el Concesionario antes de suscribir el adicional 9 de 2010, tenía pleno conocimiento de la existencia del cable submarino y no argumentó nada al respecto, máxime cuando incurrió en error en sus estudios y diseños al no haberlos tenido en cuenta, luego no se puede valer de su propia culpa<sup>11</sup>.

**Respecto del hecho 24.** No es cierto, toda vez que la Resolución No. 0021 del 28 de enero de 2010, por la cual la DIMAR autorizó la construcción de unas obras dentro del Anillo vial Malecón del Barrio Crespo, en los considerandos menciona textualmente la existencia del cable submarino, así:

*"...Que mediante oficio No. 20103050008221 del 27 de enero de 2010, el Subgerente de Gestión Contractual del INSTITUTO NACIONAL DEL (sic) CONCESIONES, indicó que: **Teniendo en cuenta los diagramas de ubicación del trazado del cable submarino CFX-1 de Columbus Networks de Colombia, en la zona del proyecto ANILLO VIAL DE CRESPO, se hace necesario una reducción de la zona prevista como fuente de materiales para los rellenos hidráulicos de acuerdo con el plano anexo, lo cual no afecta ni los volúmenes requeridos ni la calidad de los mismos para el desarrollo de las obras.**"*

***(...) Las obras en el área correspondiente a los espolones 6 y 7 incluyendo los rellenos, quedarán sujetas a las recomendaciones técnicas convenidas con los propietarios del cable de tal forma que durante el proceso constructivo no se afecte su infraestructura (...)"***

Fue tanta la falta de diligencia del Concesionario en este punto, que el 14 de abril de 2011, la firma Columbus Networks de Colombia mediante comunicación No. 2011409-010312-2 manifestó al INCO hoy ANI, que después de más de catorce meses de haberse iniciado las conversaciones, no observaba resultados concretos por parte del Concesionario<sup>12</sup>.

**Respecto del hecho 25.** No es cierto, el demandante en reconvención solo distorsiona la realidad para tratar de ocultar su descuido, pues tal y como quedó dicho en la respuesta anterior, la Resolución No. 0021 del 28 de enero de 2010, por la cual la DIMAR autorizó la construcción de unas obras dentro del Anillo Vial Malecón del Barrio Crespo, en los considerandos menciona textualmente la existencia del cable submarino.

Debe tenerse en cuenta que el 2 de septiembre de 2010 se suscribió el acta de inicio de las obras del adicional No. 9 de 2010, y lo enunciado en la demanda de reconvención respecto al cable submarino CFX-1 y ARCOS -1, no puede ser considerado como hechos o circunstancias ajenas al Concesionario, toda vez que el Consorcio Vía al Mar, de acuerdo con el Otrosí del 20 de enero de 2006 y el Otrosí No. 4 del 28 de noviembre de 2008, realizó por su cuenta y riesgo todos los estudios y diseños, a nivel de fase III (detalle), conforme al clausulado contractual pactado por las partes, y fue precisamente que el riesgo de diseño se asignó al Concesionario, en consideración de su experticia en el tema, señalándose al respecto lo siguiente:

*"El concesionario asume los efectos favorables o desfavorable de las variaciones de los componentes técnicos..., relacionados con la elaboración de sus propios estudios y diseños, los procedimientos constructivos, y el manejo ambiental y social."*

<sup>11</sup> Prueba 10: publicación de la carta náutica de levantamientos hidrográficos lera edición julio 2004, y símbolos y abreviaturas carta Col 001,2 ed 1997, efectuados por la DIM

<sup>12</sup> Prueba 11: comunicación No. 2011409-010312-2 de Columbus Networks.



Además antes de la suscripción del adicional No. 9 de 2010, el Concesionario ya tenía conocimiento de la existencia del cable según se evidencia en la Resolución de la DIMAR No.0186 del 18 de mayo-2010, luego era una circunstancia totalmente previsible.

También esta circunstancia fue ampliamente soportada en las mesas de trabajo previas a la suscripción del Contrato de Transacción de fecha 21 de octubre de 2014, el cual en su Cláusula Cuarta estableció:

**“CLÁUSULA CUÁRTA- Así mismo, EL CONCESIONARIO reconoce y acepta que los hechos y/o circunstancias consistentes en: la existencia, ubicación, ejecución y pago de las obras de protección y recubrimiento del cable de fibra óptica de propiedad de COLUMBUS NETWORKS S.A.; la pérdida de material y retraso en las obras costeras con ocasión de la ocurrencia de eventos climáticos, tales como los huracanes Thomas y Sandy; el retraso en las obras con ocasión de los bloqueos realizados por la Comunidad de Pescadores de Comfenalco, así como la situación presentada con el concreto utilizado en la obra del "Túnel Sumergido de Crespo", que conlleva a desarrollar las obras de reparación del Túnel que se requieran, se encuentran dentro de los riesgos constructivo, ambiental y social asignados y reconocidos al CONCESIONARIO conforme al Adicional No. 009 de 2010, razón por la cual, no serán reclamados por éste y todos sus efectos se entenderán transados, por lo que, serán asumidos en su integralidad por el CONCESIONARIO.**

**PARÁGRAFO: Que en concordancia con lo expuesto y frente a la situación particular y concreta de las obras, del denominado "Anillo Vial de Crespo", el CONCESIONARIO renuncia a cualquier reclamación en contra de la AGENCIA, entendiéndose solucionado cualquier conflicto entre las Partes respecto de las obras del "Anillo Vial de Crespo" contratadas con el Adicional No. 9 de 2010, mediante la suscripción del presente Contrato de Transacción, especialmente pero sin limitarse, lo que tenga que ver con la solicitud por parte del CONCESIONARIO de reclamaciones por sobrecostos, reconstrucciones, reparaciones, mayor permanencia en obra, stand by, o cualquier otro valor que se pretenda por la ocurrencia de los hechos antes enunciados.”**

De lo anteriormente expuesto queda comprobado que el Concesionario, inclusive antes de suscribir el adicional 9, tenía pleno conocimiento de la existencia del cable submarino y no argumentó nada respecto de costos o circunstancias que le impidieran la ejecución de las obras.

**Respecto del hecho 26.** No es un hecho, es una transcripción conveniente de un aparte de la Resolución 186 expedida por la DIMAR, la Agencia se atiene al tenor literal de lo señalado en el referido acto administrativo, como también de la Resolución No. 0475 del 6 septiembre 2012, que aclara en su Artículo primero lo siguiente<sup>13</sup>:

**“ARTÍCULO I. Modificar las Resoluciones No. 0186 del 18 de mayo de 2010, 0228 del 16 de junio de 2010 y 0677 del 24 de noviembre de 2011, en el sentido de aclarar que todas las referencias que allí se hagan del Instituto Nacional de Concesiones -INCO-, beneficiario y/o peticionario deben entenderse referidas a la Agencia Nacional de Infraestructura y/o su concesionario, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.” (se resalta)**

**Respecto del hecho 27.** No es un hecho, que el concesionario realizó sus mejores esfuerzos para lograr un acuerdo con la empresa Columbus Networks, propietaria del cable, en virtud de lo señalado por la DIMAR y que resultaron ser un obstáculo; sino que se trata de afirmaciones subjetivas del demandante en reconvención que carecen de fundamento probatorio. Se reitera una vez más que dicha circunstancia era un riesgo previsible a cargo del Concesionario, además debe tenerse en

<sup>13</sup> Prueba 12: Resolución No. 0475 del 6 septiembre 2012



182  
10

cuenta que son apreciaciones y conclusiones subjetivas del Concesionario toda vez que el contrato de concesión es de resultados y no de realizar los mejores esfuerzos.

**Respecto del hecho 28.** Es parcialmente cierto, respecto de las negociaciones que se adelantaron entre el Concesionario y la compañía propietaria del cable Columbus Network. No obstante, debe resaltarse que el demandante en reconvención incurre en una evidente contradicción respecto de las fechas en las que tuvo conocimiento de la existencia del cable, porque el Concesionario participó en reuniones previas a la suscripción del acuerdo con la Dimar y Columbus Network, tal como se evidencia entre otros, en la comunicación No. 2011409010312-2 del 14 de abril de 2011 enviada por Columbus Network a la ANI, y en el Acta del 26 abril de 2010, es decir, antes de expedir la resolución de aclaración del 18 de mayo de 2010.

Dice textualmente la comunicación de 14 de abril de 2011:

*“Con base en lo anterior y dado que a la fecha, (después de más de catorce meses de haberse iniciado las comunicaciones), no observamos resultados concretos por parte de Atlante y teniendo en cuenta la resolución mencionada, donde es el INCO, el beneficiario de las licencias y/o permisos, se entiende que es este mismo ente, el responsable con quien Columbus Networks, debe adelantar el convenio o acuerdo, donde se consigne que el INCO, asumirá la responsabilidad de los costos económicos por los ajustes en diseño y las medidas técnicas y obras civiles que se requieran, no solo durante el proceso constructivo sino operativo, de tal forma que no se afecte el sistema de comunicaciones de fibra óptica.*

*Esperamos que, para cuando se surtan estos acuerdos con el INCO, ya Atlante haya logrado una posición más clara sobre sus diseños y proponga para aprobación y/o ajustes a Columbus Networks tales modificaciones técnicas.*

*Una vez más, dejamos consignada nuestra buena voluntad para ayudar a Atlante a encontrar una solución a sus diseños. Así mismo ratificamos que a la fecha no existe por parte de Atlante ninguna propuesta de modificación a su proceso constructivo y por lo tanto no existe al momento ningún acuerdo firmado.”*

**Respecto del hecho 29.** No es cierto que el concesionario haya estado imposibilitado de ejecutar las obras relacionadas con el Anillo Vial el Crespo, sector donde se encontraron los cables, hasta que Columbia Networks efectuara las adecuaciones al cableado y se informara al concesionario; pues como quedó visto, la existencia del cable era algo notorio y que conocía el Concesionario, pero que, aun así, lo omitió en los estudios y diseños que estaban a su cargo a nivel de fase III (detalle), y por ende tampoco adoptó de manera oportuna las medidas necesarias para sortear dicha situación.

Debe tenerse en cuenta que en el documento de transacción los mismos fueron considerados y ratificados como riesgo a cargo del Concesionario, a tal punto que renunció a presentar cualquier reclamación contra la ANI tal y como quedó convenido y acordado en el contrato de transacción del 21 de octubre de 2014, luego no resulta aceptable que ahora exponga este hecho como justificación de su incumplimiento en el cronograma de obras.

**Respecto del hecho 30.** No es cierto que el concesionario haya estado imposibilitado en efectuar las obras y por ello existió un retraso de 2 años y 10 meses; pues como quedó visto la existencia del cable era algo notorio y que conocía el Concesionario, y aun así, lo omitió en los estudios y diseños que estaban a su cargo a nivel de fase III (detalle), y por ende tampoco adoptó de manera oportuna las medidas necesarias para sortear dicha situación.



Debe tenerse en cuenta que en el documento de transacción los mismos fueron considerados y ratificados como riesgo a cargo del Concesionario, a tal punto que renunció a presentar cualquier reclamación contra la ANI tal y como quedó convenido y acordado en el contrato de transacción del 21 de octubre de 2014, luego no resulta aceptable que ahora exponga este hecho como justificación de su incumplimiento en el cronograma de obras.

### **Hechos relacionados con los pescadores**

**Respecto del hecho 31.** Es cierto, que el Ministerio del Interior certificó que en la zona del proyecto no existía la presencia de comunidades negras y/o indígenas; sin embargo, tal como se registra en el contrato de Transacción con fecha 21 de octubre de 2014, Cláusula Cuarta y Cláusula décima "...se encuentran dentro de los riesgos constructivo, ambiental y social asignados y reconocidos al CONCESIONARIO conforme al Adicional No. 009 de 2010, razón por la cual, no serán reclamados por éste y todos sus efectos se entenderán transados, por lo que serán asumidos en su integralidad por el CONCESIONARIO." los riesgos sociales se encuentran asignados y reconocidos por el concesionario.

Conforme a lo anterior, los bloqueos de los pescadores ya habían sido revisados y acordados por las partes en el contrato de concesión, como un riesgo social asumido por el concesionario, que se considera con efectos de Cosa Juzgada.

Por otra parte, la Asociación Asopescomfe no hace parte de comunidades étnicas y por ende no se registra ningún proceso de consulta previa que haya adelantado el Concesionario con dicha comunidad, por lo anterior, no precede este hecho.

**Respecto del hecho 32.** Es parcialmente cierto, en lo que se refiere a la solicitud del concesionario de la licencia ambiental y su expedición. Lo relacionado con que se había agotado los trámites de ley, son afirmaciones subjetivas del demandante en reconvención, ausentes de fundamento probatorio.

No obstante, se reitera que para la suscripción del Adicional 9 se efectuó el análisis y tipificación de riesgos y tal como quedó establecido en la cláusula octava, se asignaron al Concesionario los riesgos de diseño, toda vez que fue quien elaboró los estudios y diseños a fase III, Riesgo Constructivo y el Riesgo Social y Ambiental, entre otros.

Dice textualmente la cláusula octava:

*"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 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 del tráfico, encaminadas a lograr la cabal ejecución de este Contrato.*

En la misma línea, en el contrato de transacción se dijo:



187  
11

*"13. Para la AGENCIA, es claro que los hechos analizados son parte de los riesgos asumidos por el CONCESIONARIO y adicionalmente, no posee el grado de información necesaria para determinar con certeza si el proveedor del CONCESIONARIO contravino las recomendaciones y especificaciones entregadas por el CONCESIONARIO, circunstancia que además, la AGENCIA entiende como un riesgo y ventura connatural al riesgo de construcción a cargo del CONCESIONARIO.*

**Respecto del hecho 33.** No es cierto. En el adicional No. 9 de 2010 se estableció para la ejecución de las obras del Anillo Vial de Crespo un plazo de 48 meses, contados a partir de la aprobación de las garantías, hecho que se dio el 2 de septiembre de 2010.

En este sentido, el Concesionario debió realizar trabajo social en la zona independientemente de las certificaciones que expidiera el Ministerio del Interior, con el fin de conocer las comunidades existentes en el área de influencia del proyecto. Olvida el Concesionario que la consulta previa solamente aplica para minorías étnicas, es decir, afrodescendientes y/o comunidades indígenas, pero no para el caso de comunidades de pescadores como lo es Asopescomfe.

Es más, ante el Tribunal Administrativo de Bolívar se interpuso un tutela por los miembros de Asopescomfe, en donde se dice: *"Manifiestan los miembros de Asopescomfe que desde hace muchos años han desarrollado la pesca artesanal en las playas que anteriormente eran llamadas Crespo o Marbella, y hoy se llaman playas de Comfenalco".* Afirman que realizaban actividades como comercialización de frutos del mar y reuniones de la asociación, y utilizaban el espacio para parquear allí sus botes mientras pescaban. Así mismo se señala que *" (...) con el fin de llegar a un acuerdo porque ven un inminente cierre de las playas y como a través de las técnicas de construcción, se han secado los cuerpos de agua y cada día es más difícil coger los frutos del mar, como lo han hecho más de 50 años".*

Lo anterior es importante para destacar que la existencia de pescadores en la zona donde se desarrollaron las obras del Anillo Vial de Crespo eran un hecho notorio que debió ser considerado y tenido en cuenta el Concesionario, y si hubiese actuado con diligencia y cuidado en el cumplimiento de sus obligaciones, inclusive desde la elaboración de los estudios y diseños y no un año después de iniciada las obras, tal como se evidencia en los hechos de la demanda ante el Tribunal Administrativo de Bolívar. En otras palabras, lo que demuestra este hecho fue la falta de diligencia del Concesionario.

Además, se reitera que esta circunstancia corresponde a un riesgo asumido por el Concesionario, tal y como se dijo en el contrato de transacción:

*"13. Para la AGENCIA, es claro que los hechos analizados son parte de los riesgos asumidos por el CONCESIONARIO y adicionalmente, no posee el grado de información necesaria para determinar con certeza si el proveedor del CONCESIONARIO contravino las recomendaciones y especificaciones entregadas por el CONCESIONARIO, circunstancia que además, la AGENCIA entiende como un riesgo y ventura connatural al riesgo de construcción a cargo del CONCESIONARIO*

En el adicional 9 también se dijo

*"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 Otrósí del 20 de enero de 2006 y en el Otrósí 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 del tráfico, encaminadas a lograrla cabal ejecución de este Contrato."*

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que, tal como se registra en el contrato de Transacción con fecha 21 de octubre de 2014, Cláusula Cuarta y Cláusula décima "...se encuentran dentro de los riesgos constructivo, ambiental y social asignados y reconocidos al CONCESIONARIO conforme al Adicional No. 009 de 2010, razón por la cual, no serán redamados por éste y todos sus efectos se entenderán transados, por lo que serán asumidos en su integridad por el CONCESIONARIO."

Conforme a lo anterior, estos hechos ya habían sido revisados y acordados por las partes y son contenidos que se consideran con efectos de Cosa Juzgada. Por otra parte, la Asociación Asopescomfe, no hace parte de comunidad étnicas y por ende no se registra ningún proceso de consulta previa que haya adelantado el Concesionario con dicha comunidad, por lo anterior no procede este hecho.

**Respecto del hecho 34.** No es cierto que la comunidad Asopescomfe no fue posible detectarla y que se constituyó con posterioridad a la realización de los procesos de socialización. Es importante señalar que de acuerdo con el otrosí No. 4 de noviembre de 2008, cláusula octava, se estableció que los trámites de licenciamiento ambiental son a cuenta y riesgo del Concesionario.

Así mismo, vale la pena mencionar que dichos trámites implican el levantamiento de información primaria de tipo ambiental y social, considerando así que lo que hubo fue un débil diagnóstico social y posteriormente débil relacionamiento con las comunidades del área de influencia toda vez, que la Concesión argumenta no haber detectado esta comunidad ni su proceso de constitución.

No obstante lo anterior, se reitera que tal como se registra en el contrato de Transacción con fecha 21 de octubre de 2014, Cláusula Cuarta y Cláusula décima "...se encuentran dentro de los riesgos constructivo, ambiental y social asignados y reconocidos al CONCESIONARIO conforme al Adicional No. 009 de 2010, razón por la cual, no serán reclamados por éste y todos sus efectos se entenderán transados, por lo que serán asumidos en su integridad por el CONCESIONARIO." Conforme a lo anterior, estos hechos ya habían sido revisados y acordados por las partes y son contenidos que se consideran con efectos de Cosa Juzgada.

**Respecto del hecho 35.** No me consta que una vez el concesionario se enteró de la existencia de Asopescomfe realizara reuniones de concertación, no conocemos las actas que se levantaron de dichas reuniones.

No obstante, se reitera que el Concesionario debió realizar trabajo en la zona independientemente de las certificaciones que expediera el Ministerio del Interior, con el fin de conocer las comunidades existentes en el área de influencia del proyecto, pues olvida el Concesionario que la consulta previa solamente aplica para minorías étnicas, es decir, afrodescendientes y/o comunidades indígenas, pero no para el caso que relata.



Lo anterior es importante para destacar que con base en lo dicho por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en la sentencia T-348 de 2012, la existencia de pescadores en la zona donde se desarrollaron las obras del Anillo Vial de Crespo eran un hecho notorio que debió haber considerado y tenido en cuenta el Concesionario, si hubiese actuado con diligencia y cuidado en el cumplimiento de sus obligaciones, inclusive desde la elaboración de los estudios y diseños y no un año después de iniciada las obras, tal como se evidencia en los hechos de la demanda ante el Tribunal Administrativo de Bolívar. En otras palabras, lo que demuestra este hecho fue la falta de diligencia del concesionario, máxime cuando dicha circunstancia fue un riesgo asumido por el Concesionario, se acuerdo con los documentos contractuales que ya se han mencionado.

**Respecto del hecho 36.** Es cierto que se solicitó con la acción de tutela que se nombrara una comisión donde se vieran involucrados todos los actores del conflicto.

**Respecto del hecho 37.** Es cierto que mediante sentencia de tutela de fecha 13 de junio de 2011 se tuteló el derecho fundamental de las personas de la tercera edad y miembros de la Asociación Asopescomfe. En lo demás, la Agencia se atiene al tenor de la decisión judicial.

**Respecto del hecho 38.** Es cierto que el fallo de tutela de primera instancia fue revocado por la sección cuarta del Consejo de Estado, en tanto que Asopescomfe no hacía parte de una comunidad indígena, afrodescendiente o tribal, no reconocida en el censo de pescadores y reconocida con posterioridad a la socialización y concertación del proyecto; y que sin embargo se ordenó adoptar medidas de compensación con dicha comunidad. En lo demás, la Agencia se atiene a lo señalado en la decisión judicial referida.

**Respecto del hecho 39.** No me consta los bloqueos de las obras por parte de los pescadores Asopescomfe, ni tampoco las ayudas brindadas por el concesionario a dicha comunidad, como quiera que el demandante en reconvencción no aportó prueba alguna que respalde su dicho.

No obstante, de que estos hechos corresponden a un riesgo asumido por el Concesionario. Aun así la cláusula cuarta del contrato de transacción del 21 de octubre de 2014 se determinó que el Concesionario reconoce y acepta que los hechos presentados por los pescadores se encuentran dentro de los riesgos constructivos, ambiental y social asignados y reconocidos al Concesionario conforme al adicional No. 9 de 2010, y peor aun cuando todos estos efectos quedaron transados, de manera que no pueden tenerse en cuenta.

**Respecto del hecho 40.** No es cierto que los hechos de los pescadores no fueran imputables al Concesionario, toda vez que los riesgos ambientales y sociales fueron asumidos por este, tal y como se estableció en el otrosí del 20 de enero de 2006, Otrosí No. 4 de 2008 y el adicional No. 9 de 2010.

En este sentido la existencia de la comunidad de pescadores no es un hecho extraordinario como pretende hacerlo ver el Concesionario, por el contrario, es el resultado de una deficiente evaluación social y de impacto de las obras en la comunidad, obligación que estaba a cargo del Concesionario.

La anterior afirmación encuentra sustento en pronunciamiento de la Corte Constitucional en la revisión del fallo de la tutela interpuesta sobre el particular, el cual se fundamenta en la demostración por parte de la comunidad de pescadores, de ser un asentamiento local, de arraigo ancestral e histórico, situación que permite concluir, que el argumento utilizado por el Concesionario, según el cual, se desconocía la existencia de la citada comunidad, carece de fundamento probatorio alguno,



evidenciándose por el contrario falta de la debida diligencia del Concesionario en desarrollo de sus obligaciones sociales.

### **Hechos relacionados con los efectos climáticos**

**Respecto del hecho 41.** No es un hecho, sino una introducción de lo que se aborda a continuación.

**Respecto del hecho 42.** No es un hecho sino una serie de transcripciones parciales que hace el Concesionario respecto de lo que supuestamente fue el fenómeno de la niña en los años 2010 y 2011, por lo que la Agencia solo se atiene a las cifras oficiales que se comprueben al respecto.

**Respecto del hecho 43.** No es un hecho, se transcriben datos de la IDEAM del fenómeno de la niña para los años 2010/11, me atengo a lo que se pruebe.

**Respecto del hecho 44.** No me consta la información aportada por el demandante en reconvención, respecto de las temporadas de los oleajes acaecidos desde la instalación del proyecto, comoquiera que no se aporta prueba que respalde sus afirmaciones.

No obstante, debe resaltarse que, de los supuestos temporales descritos por el demandante, el registrado el 12 de enero de 2010, no pudo haber causado daño o afectación alguna, como quiera que el plazo de construcción inició en el mes de septiembre de ese mismo año, es decir, más de ocho meses después del supuesto fenómeno (oleaje).

Ahora bien, la presentación de los otros temporales referenciados en la tabla se da en el tiempo en que normalmente existe la presencia notoria de vientos alisios, usualmente entre los periodos mencionados, de manera que son hechos totalmente previsibles y conocidos, al punto que el Concesionario previó la restricción de ciertas actividades, tales como el suministro de material de relleno mediante la draga marina, su acopio y la ejecución del relleno.

**Respecto del hecho 45.** No me consta los huracanes reportados y la zona de influencia, ni mucho menos que hayan causado averías a las playas, la parte demandante en reconvención no aporta prueba que sustente sus afirmaciones de la ocurrencia de los huracanes.

No obstante, la supuesta ocurrencia de los eventos referenciados en la tabla se da en el tiempo en que normalmente existe la presencia notoria de vientos alisios, usualmente entre los periodos mencionados, de manera que son hechos totalmente previsibles y conocidos, al punto que el Concesionario previó la restricción de ciertas actividades, tales como suministro de material de relleno mediante la draga marina, su acopio y la ejecución del relleno.

**Respecto del hecho 46.** Los eventos climáticos no son hechos objetivos acaecidos durante la ejecución contractual, sino la conclusión subjetiva del concesionario, de lo que - a su juicio - fueron los efectos de los eventos climáticos, que por demás a la ANI no le constan como quiera que no se aporta prueba alguna en este sentido que demuestre los supuestos efectos devastadores.

**Respecto del hecho 47.** Es parcialmente cierto, que se causó un efecto en el cronograma por los eventos climáticos, el cual fue reprogramado por el Concesionario, a fin de permitir el avance de la obra; sin embargo, el Concesionario ajustó su cronograma de tal manera que, conforme a la reprogramación presentada por él mismo, la obra terminaría el 1 de septiembre de 2014.



185  
13

De acuerdo con lo anterior, en el nuevo cronograma se incluyó la planeación efectuada por el Concesionario frente a estos hechos, para mitigarlos o sortearlos, para lograr el cabal cumplimiento de la ejecución de las obras; por lo que no es de recibo, que años más tarde y por vía de la demanda de reconvencción que ahora se contesta, los mismos eventos climáticos sean presentados como sustento y justificación para no reconocer el efecto financiero del desplazamiento de la inversión que se reconoció en favor de la ANI, en el citado contrato de transacción donde se dijo textualmente<sup>14</sup>:

*"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 v 5.2 de la Lev 80 de 1993. la ley aplicable al contrato encuentra de la mayor utilidad pública v garantía del interés general a su carao, proponer al CONCESIONARIO que ante un nuevo cronograma de obra este acceda a una medida compensatoria en favor d e/a AGENCIA por el retraso o***

***desfase en el cronograma contractualmente fijado para la culminación v 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: ... **iiii 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 v la ANI someterán la situación del efecto económico del desplazamiento de la inversión a la 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.*

**Respecto del hecho 48.** No me consta que por los eventos climáticos fue necesario modificar los diseños de las obras, tal y como se dijo anteriormente, de acuerdo con el esquema de riesgos asumido por el Concesionario, especialmente en el adicional 9, los estudios, diseños y procesos constructivos son de cuenta y riesgo del Concesionario, luego se trata del cumplimiento de una obligación contractual.

**Respecto del hecho 49.** No me consta que ante la ocurrencia de los eventos climáticos el programa de obras haya sido replanteado, se reitera que, de acuerdo con el esquema de riesgos asumido por el concesionario, especialmente en el adicional 9, los estudios, diseños y procesos constructivos son de cuenta y riesgo del Concesionario, luego se trata del cumplimiento de una obligación contractual.

Además, en el estudio de impacto ambiental el Concesionario debió contemplar estas situaciones dentro del análisis de riesgos del plan de contingencias.

<sup>14</sup> Prueba 13: reprogramación presentada por El Concesionario



En concordancia con lo anterior, el otrosí 4 de 2008, cláusula 5, exigió la constitución de garantía para proteger bienes, obras, equipos por cualquier circunstancia generada como consecuencia de fuerza mayor y caso fortuito.

Dice textualmente la cláusula quinta, frente al amparo de todo riesgo:

*"GARANTÍA CONTRA TODO RIESGO. De manera adicional a la garantía única de cumplimiento y como amparo autónomo, el CONCESIONARIO deberá constituir una garantía para proteger las obras, bienes y equipos, por cualquier circunstancia generada como consecuencia de la ocurrencia de un evento de fuerza mayor o caso fortuito, de conformidad con lo establecido en la Cláusula Séptima del presente Contrato, por el término de un (1) año, prorrogable por periodos sucesivos de un (1) año, de tal forma que las obras y equipos estén cubiertos durante la vigencia del presente Otrosí. Las prórrogas deberán hacerse antes de treinta (30) días, a la expiración del amparo.*

Adicionalmente mediante comunicación No. 2014-305-016476 del 01/09/2014 que se aporta como prueba, la interventoría desvirtuó todos y cada uno de los argumentos planteados por el concesionario para tratar de justificar la reprogramación de las obras, entre ellos, los eventos climáticos, con lo cual queda sin fundamento lo mencionado por la demandante en reconvencción. Se reitera el contrato de concesión es de resultados y no de medios.

**Respecto del hecho 50.** No me consta la razón de modificación del diseño estructural del muro marginal. Debe tenerse en cuenta que en el documento de transacción los mismos fueron considerados como riesgo a cargo del Concesionario y sobre los que renunciaba a presentar cualquier reclamación contra la ANI tal y como quedó convenido y acordado en el contrato de transacción del 21 de octubre de 2014<sup>15</sup>.

**Respecto del hecho 51.** No me consta que la modificación del programa de obras y la pérdida del material de dragado significaran un retraso en el cronograma de obra, se insiste que en el documento de transacción, se tuvo en cuenta la modificación del cronograma y la pérdida del material, lo cual fue considerado como riesgo a cargo del concesionario y sobre los que renunciaba a presentar cualquier reclamación contra la Agencia, tal y como quedó convenido y acordado en el contrato de transacción del 21 de octubre de 2014.

**Respecto del hecho 52.** No me constan las circunstancias climáticas, sin embargo, se insiste, que en el documento de transacción de fecha 21 de octubre de 2014 se tuvo en cuenta dichos eventos, lo cual fue considerado como riesgo a cargo del Concesionario y sobre los que se renunciaba a presentar cualquier reclamación contra la Agencia.

#### **Hechos relacionados a la patología del concreto**

**Respecto de los hechos 53 al 61.** Es parcialmente cierto, lo que narra el demandante en reconvencción en los hechos 53 a 61, que su proveedor de materiales al parecer no acató sus instrucciones y le suministró unos materiales que causaron reactividad con el concreto utilizado en la construcción del túnel sumergido; pero solo y únicamente en cuanto que el Concesionario le informó a la Agencia sobre esta circunstancia.

En lo demás, debe decirse que de acuerdo con el contrato de concesión y el esquema de riesgos, lo narrado en este acápite es un riesgo asumido por el Concesionario, lo cual se reiteró en el contrato de transacción del 21 de octubre de 2014, donde se renunció a presentar cualquier reclamación en contra

<sup>15</sup> Prueba 14: el oficio No. 2014-305016476 del 01/09/2014.



186  
14

la Agencia, de manera que no puede ahora el concesionario valerse de esta misma situación para tratar de desvirtuar el derecho que le fue reconocido a la Agencia, en el mismo contrato de transacción, de ser compensada económicamente por la reprogramación de las obras del anillo vial de Crespo.

### Hechos relacionados con el contrato de transacción

**Respecto del hecho 62.** No es un hecho, que por las circunstancias relatadas en los hechos anteriores se establecieron mesas de trabajo con la ANI para tratar los retrasos del cronograma; sino son afirmaciones subjetivas del Concesionario, de manera que la Agencia solo se atiene al tenor literal de los documentos contractuales.

Se reitera que las circunstancias que alega el demandante en reconvención como ajenas e imprevisibles, fueron analizadas para la suscripción del contrato de transacción de fecha 21 de octubre de 2014, en donde quedó claramente establecido que se trata de hechos asumidos contractualmente por el Concesionario, tal y como puede observarse en la cláusula cuarta del contrato de transacción:

**"CLÁUSULA CUARTA- Así mismo el CONCESIONARIO reconoce y acepta que los hechos y/o circunstancias consistentes en: la existencia, ubicación, ejecución y pago de las obras de protección y recubrimiento del cable de fibra óptica de propiedad de COLÚWBUS NETWORKS S A; la pérdida de material y retraso en las obras costeras con ocasión de la ocurrencia de eventos climáticos, tales como los huracanes Thomas y Sandy; el retraso en las obras con ocasión de los bloqueos realizados por la Comunidad de Pescadores de Comfenalco, así como la situación presentada con el concreto utilizado en la obra del Túnel Sumergido de Crespo", que conlleva a desarrollar las obras de reparación del Túnel que se requieran, se encuentran dentro de los riesgos constructivo, ambiental y social asignados y reconocidos al CONCESIONARIO conforme al Adicional No. 009 de 2010, razón por la cual, no serán reclamados por éste y todos sus efectos se entenderán transados, por lo que, serán asumidos en su integridad por el CONCESIONARIO."** Se resalta

**Respecto del hecho 63.** Es cierto en lo que se refiere a que el 10 de septiembre de 2014 se llevó a cabo una reunión entre las partes. En lo demás, no se trata de un hecho sino de apreciaciones subjetivas del Concesionario y de la transcripción parcial del contenido del acta de la reunión celebrada ese día, por lo que la Agencia solo se atiene al tenor literal de dicha acta, ya que esta sintetiza lo expuesto por las partes, esto es, el Concesionario, la ANI e Interventoría.

**Respecto del hecho 64.** No es un hecho, sino una memoria parcializada del concesionario del contenido del acta de la reunión de 10 de septiembre de 2014, por lo que la Agencia solo se atiene al tenor literal del acta correspondiente, ya que esta sintetiza lo expuesto por las partes, esto es, el Concesionario, la ANI e Interventoría.

**Respecto del hecho 65.** No es un hecho, sino una memoria por parte del concesionario de la explicación brindada a la ANI de los cuatro hechos resaltados en la demanda en la reunión del 10 de septiembre de 2014, por lo que la ANI solo se atiene al tenor literal del acta correspondiente, ya que esta sintetiza lo expuesto por las partes, esto es, el Concesionario, la ANI e Interventoría.

**Respecto del hecho 66.** Es parcialmente cierto, en relación con la celebración de las reuniones del 15, 16, 24 y 26 de septiembre de 2014. En lo relacionado con la necesidad de suscribir un documento para dar solución a los eventos que afectan las obras, solo es una conclusión subjetiva de la demandante en reconvención por lo que la Agencia solo se atiene al tenor literal de los documentos auténticos.



**Respecto del hecho 67.** No es un hecho, sino un resumen parcializado y conveniente que hace el demandante en reconvención, de la necesidad de verificar el desplazamiento de la inversión, por lo que la ANI solo se atiene al tenor literal del documento correspondiente. Además, dichas apreciaciones tampoco resultan ser tan ciertas, como quiera que en el contrato de transacción las partes reconocieron el derecho de la ANI a ser compensada económicamente por cuenta de la reprogramación de las obras del anillo vial de crespo.

**Respecto del hecho 68.** Es parcialmente cierto, que de las mesas de trabajo se llegó a la suscripción del contrato de transacción de fecha 21 de octubre de 2014, que con éste se acordó un nuevo cronograma de obras. Sin embargo, de forma deliberada el Concesionario omite hacer mención del claro reconocimiento que se hizo en dicho contrato, del legítimo derecho que le asiste a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI de ser compensada económicamente por cuenta de otorgarle al Concesionario un nuevo cronograma para la ejecución de las obras del anillo vial de crespo. Además, también pasa por alto que el Concesionario que, en contravía de lo pactado en el contrato de transacción, ahora eleva una demanda de reconvención, cuando quedó pactado que todos los efectos de las circunstancias narradas en los hechos quedaron transados en su totalidad.

**Respecto del hecho 69.** No es un hecho, sino un resumen parcializado e incompleto de los acuerdos y reconocimientos que hicieron las partes el 21 de octubre de 2014, a través del contrato de transacción, específicamente sobre el cronograma de las obras, sin mencionar el claro reconocimiento que se hizo en dicho contrato, del legítimo derecho que le asiste a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI de ser compensada económicamente por cuenta de otorgarle al Concesionario un nuevo cronograma para la ejecución de las obras del anillo vial de crespo. Además, también pasa por alto que el Concesionario que, en contravía de lo pactado en el contrato de transacción, ahora eleva una demanda de reconvención, cuando quedó pactado que todos los efectos de las circunstancias narradas en los hechos quedaron transados en su totalidad.

Por lo anterior, la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, solo se atiene al tenor literal del contrato de transacción.

**Respecto del hecho 70.** No es un hecho, sino una transcripción parcial e incompleta de la cláusula cuarta del contrato de transacción, en donde el concesionario acepta y reconoce que los eventos climáticos, los bloqueos de los pescadores, el cable submarino y el concreto utilizado, se encuentran dentro de los riesgos constructivo, ambiental y social asignados y reconocidos por el concesionario, por lo que la Agencia solo se atiene al tenor literal del referido contrato.

*"CLÁUSULA CUÁRTA- Así mismo, **EL CONCESIONARIO reconoce y acepta que los hechos y/o circunstancias consistentes en: la existencia, ubicación, ejecución y pago de las obras de protección y recubrimiento del cable de fibra óptica de propiedad de COLUMBUS NETWORKS S.A.; la pérdida de material y retraso en las obras costeras con ocasión de la ocurrencia de eventos climáticos, tales como los huracanes Thomas y Sandy; el retraso en las obras con ocasión de los bloqueos realizados por la Comunidad de Pescadores de Comfenalco, así como la situación presentada con el concreto utilizado en la obra del "Túnel Sumergido de Crespo", que conlleva a desarrollar las obras de reparación del Túnel que se requieran, se encuentran dentro de los riesgos constructivo, ambiental y social asignados y reconocidos al CONCESIONARIO conforme al Adicional No. 009 de 2010, razón por la cual, no serán reclamados por éste y todos sus efectos se entenderán transados, por lo que, serán asumidos en su integralidad por el CONCESIONARIO.***

**PARÁGRAFO: Que en concordancia con lo expuesto y frente a la situación particular y concreta de las obras, del denominado "Anillo Vial de Crespo", el CONCESIONARIO renuncia a cualquier reclamación en contra de la AGENCIA, entendiéndose solucionado cualquier conflicto entre las Partes respecto de las obras del "Anillo Vial de Crespo" contratadas con el Adicional No. 9 de**



187

15

**2010, mediante la suscripción del presente Contrato de Transacción, especialmente pero sin limitarse, lo que tenga que ver con la solicitud por parte del CONCESIONARIO de reclamaciones por sobrecostos, reconstrucciones, reparaciones, mayor permanencia en obra, stand by, o cualquier otro valor que se pretenda por la ocurrencia de los hechos antes enunciados."**

**Respecto del hecho 71.** No es un hecho, sino un resumen incompleto del acuerdo de las partes de someter a un Tribunal de Arbitramento la cuantificación del monto del valor del desplazamiento de la inversión, por lo que la Agencia solo se atiene al tenor literal del referido contrato que contiene la cláusula compromisoria.

*'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).*

**Respecto del hecho 72.** No es cierto que suscrito el contrato de transacción el concesionario procedió a ejecutar las obras, comoquiera que según el contrato de transacción suscrito el 21 de octubre de 2014, tenían un nuevo plazo de 12 meses, el cual no se cumplió, por la falta de compromiso del Concesionario y al inadecuado manejo que le dio al desarrollo de la obra. Se hizo entrega de las obras hasta el 22 de septiembre de 2017.

**Respecto del hecho 73.** Es cierto, la Agencia Nacional de Infraestructura ANI eleva demanda con el fin de que sea definido el valor a compensar a la Agencia por el desplazamiento a la inversión, tal y como puede leerse en el contrato de transacción, cuyos apartes más relevantes se transcriben 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 la 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 imparte al CONCESIONARIO".*



**Respecto del hecho 74.** No es un hecho, se transcribe la cláusula séptima del contrato de transacción, respecto de la competencia del Tribunal de Arbitramento de definir el valor del desplazamiento de la inversión por reprogramación del cronograma de obras del Anillo Vial de Crespo. Por lo que la Agencia solo se atiene al tenor literal del contrato suscrito el 21 de octubre de 2014.

**Respecto del hecho 75.** No es cierto, que la controversia contractual según el contrato de transacción, se dirige a determinar cuál es o si existe un efecto económico por el desplazamiento de la inversión, se trata de una interpretación totalmente sesgada a conveniencia del Concesionario, pues si se revisa el contrato de transacción, fácil es entender que las partes reconocieron la existencia del desplazamiento de la inversión por la reprogramación de las obras del Anillo Vial de Crespo, y por tanto, el asunto sometido a consideración del Tribunal es determinar el valor del efecto económico del desplazamiento.

Se reitera que el contrato transacción en su cláusula séptima establece que el Tribunal arbitral definirá solo el valor del desplazamiento, toda vez que su existencia ya fue aceptada por las partes y es un hecho cierto.

Debe recordarse, que tal y como se estipuló en el contrato de transacción, se adelantó el trámite arbitral previsto en la ley 1563 de 2012; sin embargo la parte demandada (Concesionario) no pagó los honorarios del Tribunal de Arbitramento fijados a su cargo, razón por la cual la demanda de controversias contractuales se formuló ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

**Respecto del hecho 76.** No es cierto que el ejercicio financiero para determinar los efectos del desplazamiento de la inversión, consistente en modificar el modelo financiero, no permite determinar los verdaderos efectos que el desplazamiento haya generado a las partes; toda vez que con ello desconoce la distribución de riesgos que determina el contrato de concesión y que son remunerados por la Agencia a través de la rentabilidad reconocida en el proyecto.

Se deben distinguir los factores que se evidencian en los flujos de caja y los que son reconocidos por el wacc de acuerdo con la Resolución 446 del 24 de febrero de 2010 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP) y su anexo técnico.

Así también, se debe hacer una distinción especial entre las fechas de inversión y el plazo máximo de entrega de las obras, pues es del entender de las partes que las inversiones se llevan a cabo en periodos de tiempo, que pueden tener variaciones frente a lo inicialmente planteado; pero los plazos constituyen en fecha límite de entrega de obra, que han sido acordados por las partes con base en la conciencia de que los periodos de inversión tienen variación, pero estas variaciones se deben limitar. Como efectivamente se limitó, estableciendo en el clausulado del contrato, la fecha máxima de puesta al servicio de las obras, como parte del nivel de servicio que se espera de esta.

Es decir, el Concesionario aceptó las fechas límites, fue con su conocimiento las variaciones en los tiempos de ejecución de obra, asumiendo y adquiriendo un compromiso de que no se iban a violar, máxime cuando la inclusión de las inversiones realizadas por el Concesionario para determinar el valor del desplazamiento de la inversión, de acuerdo con el contrato de transacción es facultativo y no obligatorio, ver parágrafo 1 de la cláusula cuarta.



188

16

#### IV. RESPECTO DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO EN CONTRA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

A continuación, se proponen las siguientes excepciones de mérito, las cuales se exponen frente a cada una de las pretensiones de la demanda de reconvencción, que junto con la respuesta a cada uno de los hechos, constituyen, para todos los efectos procesales, las razones de defensa de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

**Respecto de la pretensión enumerada 2.1**, por medio de la cual se solicita: "2.1. Que se declare que los hechos generadores de la reprogramación del cronograma de obras correspondiente al "Anillo Vial de Crespo" pactada en el Contrato de Transacción suscrito entre las partes el 21 de octubre de 2014, son ajenos y no imputables al CONCESIONARIO", esta defensa se opone expresamente, como ya se señaló en la parte introductoria, la cual se enerva con las siguientes excepciones:

1. El concesionario con el contrato de transacción asumió los efectos por la ocurrencia de los hechos que alega como ajenos y no imputables que generaron la reprogramación del cronogramas de obras – Cosa juzgada.

Las circunstancias que conllevaron a la reprogramación de obras fueron analizadas y revisadas por las partes durante la celebración del contrato de transacción, el cual tiene efectos de cosa juzgada, suscrito el 21 de octubre de 2014, en donde se determinó, según la cláusula cuarta, que dicha ocurrencia constituye los riesgos constructivos, ambientales y sociales, asignados y asumidos directamente por el concesionario. Por tal razón no puede el concesionario ahora señalar que se trata de hechos ajenos y no imputables.

El Concesionario pretende ocultar de forma conveniente pero censurable, que, en la cláusula cuarta del contrato de transacción, además de quedar establecido que los hechos o circunstancias consistentes en – i) Existencia del cable de fibra óptica de Columbus Networks SA. ii) Pérdida de material y retraso en las obras costeras con ocasión de la ocurrencia de eventos climáticos, tales como huracanes, iii). Retrasos por bloqueos de comunidad de pescadores de Comfenalco, y, iv). La situación que presentaba el concreto utilizado en la obra — se encontraban dentro de los riesgos constructivo, ambiental y social asignados al Concesionario, donde también quedó pactado que ninguno de esos hechos podría ser reclamados por el Concesionario y que todos sus efectos quedaron transados con la firma del contrato de transacción, renunciando inclusive a cualquier tipo de reclamación contra la ANI.

La cláusula cuarta del contrato de transacción señala:

**"CLÁUSULA CUÁRTA- Así mismo, EL CONCESIONARIO reconoce y acepta que los hechos y/o circunstancias consistentes en: la existencia, ubicación, ejecución y pago de las obras de protección y recubrimiento del cable de fibra óptica de propiedad de COLUMBUS NETWORKS S.A.; la pérdida de material y retraso en las obras costeras con ocasión de la ocurrencia de eventos climáticos, tales como los huracanes Thomas y Sandy; el retraso en las obras con ocasión de los bloqueos realizados por la Comunidad de Pescadores de Comfenalco, así como la situación presentada con el concreto utilizado en la obra del "Túnel Sumergido de Crespo", que conlleva a desarrollar las obras de reparación del Túnel que se requieran, se encuentran dentro de los riesgos constructivo, ambiental y social asignados y reconocidos al CONCESIONARIO conforme al Adicional No. 009 de 2010, razón por la cual, no serán reclamados**



*por éste y todos sus efectos se entenderán transados, por lo que, serán asumidos en su integralidad por el CONCESIONARIO.*

**PARÁGRAFO: Que en concordancia con lo expuesto y frente a la situación particular y concreta de las obras, del denominado "Anillo Vial de Crespo", el CONCESIONARIO renuncia a cualquier reclamación en contra de la AGENCIA, entendiéndose solucionado cualquier conflicto entre las Partes respecto de las obras del "Anillo Vial de Crespo" contratadas con el Adicional No. 9 de 2010, mediante la suscripción del presente Contrato de Transacción, especialmente pero sin limitarse, lo que tenga que ver con la solicitud por parte del CONCESIONARIO de reclamaciones por sobrecostos, reconstrucciones, reparaciones, mayor permanencia en obra, stand by, o cualquier otro valor que se pretenda por la ocurrencia de los hechos antes enunciados."**

Como se puede evidenciar, el Concesionario por vía de la demanda de reconvención, está violando el acuerdo transaccional, pues precisamente está reclamando y alegando hechos ya transados, se reiteran, *i)* Existencia del cable de fibra óptica de Columbus Networks SA. *ii)* Pérdida de material y retraso en las obras costeras con ocasión de la ocurrencia de eventos climáticos, tales como huracanes, *iii)*. Retrasos por bloqueos de comunidad de pescadores de Comfenalco, y, *iv)*. La situación que presentaba el concreto utilizado en la obra, como sustento de las pretensiones de la demanda.

En otras palabras, se está valiendo y utilizando los mismos hechos que ya fueron objeto de transacción total, y sobre los que aceptó renunciar y no reclamar, para que le sean concedidas las pretensiones de la demanda de reconvención, lo cual obviamente no es procedente desde el punto de vista jurídico, y por tanto, deberán denegarse las pretensiones de la demanda de reconvención.

Sobre este punto es importante resaltar, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 2483 del Código Civil, la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, lo cual deja sin fundamento las pretensiones de la reconvención.

Por lo anterior respetuosamente se solicita al Tribunal Administrativo de Bolívar declarar probada la presente excepción y ordenar la terminación del proceso frente a la demanda de reconvención y/o se denieguen las pretensiones de la demanda de reconvención.

**2. Los hechos alegados por el concesionario, ajenos y no imputables, además de que ya fueron transados, no constituyen fuerza mayor o caso fortuito porque fueron asumidos expresamente como riesgos contractuales.**

El concesionario, al conocer la contundencia de sus declaraciones vertidas en el contrato de transacción en el sentido de ratificar que los hechos alegados en la demanda son riesgos asumidos contractualmente por éste, y donde además reconoció la existencia del desplazamiento de la inversión y el derecho que tiene la ANI a ser compensada económicamente por el concesionario ante el otorgamiento de un nuevo cronograma para la ejecución de las obras del Anillo Vial de Crespo; pretende acreditar que las circunstancias alegadas en la demanda de reconvención se constituyen en fuerza mayor o caso fortuito para tratar de evadir su responsabilidad de pago del efecto económico del desplazamiento de la inversión a favor de la ANI.



189  
17

Esta tesis no tiene fundamento y no puede ser aceptada, porque sencillamente el concesionario aceptó en el marco del contrato de transacción, que los hechos alegados constituyen riesgos contractuales asumidos de manera libre y voluntaria y por ende dichas situaciones no pueden ser tratadas a la vez como circunstancias constitutivas de fuerza mayor y caso fortuito.

Para entender el esquema de riesgos del contrato de concesión 503 de 1934 corredor Cartagena Barranquilla Vía al Mar, debemos decir que el mismo se rige por la cláusula sexta del otrosí del 20 de enero de 2006, ratificado por el otrosí No 4 del 28 de noviembre de 2008 y el adicional No 9 de 2010. Y bajo el entendido que para las obras contratadas mediante el otrosí del 20 de enero de 2006 y subsiguientes modificatorios, el concesionario presentó propuesta propia para solucionar la problemática de servicio que presentaba la carretera "Vía al Mar" (Considerandos No. 15 y 17 del otrosí del 20 del 2006) y que posteriormente realizó estudios y diseños propios fase III (Considerando No. 20 y cláusula primera del otrosí 4 del 2008), así como que se pactó reingeniería financiera para cambiar la forma de remunerar al concesionario mediante "Ingreso Esperado" (cláusula séptima del otrosí del 20 de enero de 2006). El esquema de riesgos se resume así:

*'El concesionario asume los efectos favorables y desfavorables de los siguientes: Demanda; Precios y variaciones de mercado; Materiales, insumos, cantidades de obra y mano de obra; Devaluación real frente a la estimada; Alteración de condiciones financieras; Daños y perjuicios o pérdidas de los bienes de su propiedad causados por los terceros; Existencia de lucro cesante porta ocurrencia de hechos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito; Rentabilidad del negocio y obtención de utilidades o sufrimiento de pérdidas; Variaciones en la legislación tributaria; Variaciones de los componentes económicos, fiscales, legales y técnicos necesarios para cumplir con las 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; Alteración de las condiciones de financiación.'*<sup>16</sup>.

Lo anterior también se ve reflejado en el objeto de la modificación contractual del otrosí del 20 de enero de 2006 así:

**"CLAUSULA PRIMERA-OBJETO. El objeto del presente Otro Si es la ejecución, bajo la responsabilidad y por cuenta y riesgos 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 (...)"**

Por lo anterior el riesgo constructivo, social, ambiental y de diseño entre otros son enteramente del concesionario, tal como quedo ratificado en la Cláusula Cuarta del contrato de transacción suscrito el 21 de octubre de 2014.

Igualmente, es pertinente reiterar la distribución y asignación de riesgos del contrato de concesión 503 de 1994, la que se puede observar en el siguiente esquema:

<sup>16</sup> Prueba 2: contrato de concesión 503 de 1994 con sus modificaciones y adiciones.



**Esquema de Asignación de Riesgos Vigente Cartagena Barranquilla "Via Al Mar"**

AREA	TIPO DE RIESGO	ASIGNACIÓN DE RIESGO	
Diseño	Cambio o ajustes en el diseño	PRIVADO	Otrosí No 4 del 28 de noviembre de 2008 - Cláusula 1 y Cláusula 9 Adicional 9 del 26 de junio 2010, cláusula 8
Construcción	Mayor cantidad de obras	PRIVADO	Otrosí 20 de enero de 2006, cláusula 6
	Precios de los Insumas	PRIVADO	Otrosí No 4 del 28 de noviembre de 2008 - Cláusula 9. Otrosí del 20 de enero de 2006 cláusula 6. Adicional 9 del 26 de junio 2010, cláusula 8
Comercial	Demanda por volumen de tráfico	PRIVADO	Otrosí No 4 del 28 de noviembre de 2008 - Cláusula 9 y Otrosí del 20 de enero de 2006 cláusula 6
	Evasión y efusión	PRIVADO	Otrosí No 4 del 28 de noviembre de 2008 - Cláusula 9. Otrosí del 20 de enero de 2006 cláusula 6.
	Compensación por no obtención del ingreso esperado	PÚBLICO	Otrosí 20 de enero de 2006 cláusula 10
operación	Operación y mantenimiento	PRIVADO	Contrato de concesión No 503 de 1994, cláusula 6 y 25. Adicional 9 del 26 de junio de 2010, cláusula 4
Financiero	Financiación	PRIVADO	Otrosí No 4 del 28 de noviembre de 2008 - Cláusula 9
	Condiciones financieras de la deuda	PRIVADO	Otrosí No 4 del 28 de noviembre de 2008 - Cláusula 9. Otrosí del 20 de enero de 2006, cláusula sexta. Adicional 9 del 26 de junio 2010, clausula 8
Regulatorio	Nuevas tarifas diferenciales	PÚBLICO	Contrato 503 de 1994, cláusula 5
	Cambio normatividad	PRIVADO	Otrosí No 4 del 28 de noviembre de 2008 - Cláusula 9. Adicional 9 del 26 de junio 2010, cláusula 8
Predial	Gestión predial	PRIVADO	Otrosí 4 de 28 de noviembre de 2008. Cláusula 6
	Sobrecosto Predial	PUBLICO-PRIVADO	Otrosí 4 de 28 de noviembre de 2008. Cláusula 6



190  
 18

Ambientales	Modificación de licencias y planes de manejo Ambientales	PRIVADO	Otrosí No 4 del 28 de noviembre de 2008 Cláusula 8. Adicional 9 del 26 de junio 2010, cláusula 8
<b>Fuerza Mayor</b>	<b>Eventos asegurantes</b>	<b>PRIVADO</b>	<b>Otrosí No 4 del 28 de noviembre de 2008-Cláusula 9</b>
	Eventos no asegurables (salvo excepciones contractuales)	PÚBLICO	Otrosí No 4 del 28 de noviembre de 2008-Cláusula 9. Adicional 9 del 26 de junio de 2010, cláusula 7.
Político social	Obras Complementarias	PUBLICO	Contrato 503 de 1994, cláusula 21
	Invasión de derecho de vía	PRIVADO	Otrosí No 4 del 28 de noviembre de 2008 - Cláusula 9

Teniendo en cuenta lo evidenciado contractualmente frente a la asignación y tipificación de riesgos vigente para el presente contrato frente a la asignación de riesgos pactados contractualmente, no caben reclamaciones y se entienden incluidos y retribuidos financieramente dentro de la remuneración del Ingreso Esperado, tal y como lo indica la cláusula Novena del otrosí 4 de 2008 así:

*'CLAUSULA NOVENA: RIESGOS DEL CONTRATO: A partir de la fecha se tendrá la siguiente regulación de riesgos:*

**RIESGOS QUE ASUME EL CONCESIONARIO A partir de la fecha DE SUSCRIPCION DEL PRESENTE OTROSÍ. EL concesionario ASUME LOS EFECTOS DERIVADOS DE TODOS Y CADA UNO DE LOS RIESGOS., SALVO LOS CASOS EN QUE EXPRESAMENTE SE HA DETERMINADO LO CONTRARIO.** En este sentido, el Concesionario asume los efectos derivados de los riesgos que se listan a continuación. Además de aquellos que se desprendan de otras cláusulas o estipulaciones del Contrato de Concesión No. 503 de 1994 sus anexos y sus Apéndices sus modificaciones o que se deriven de la naturaleza de este contrato.

*'Por lo tanto, no procederán reclamaciones de EL CONCESIONARIO basadas en el acaecimiento de alguno de los riesgos asumidos por EL CONCESIONARIO y consecuentemente - EL INCO no tendrá reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna a EL CONCESIONARIO, que permita eliminar o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de algunos de estos riesgos, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentren expresamente pactados en el Contrato de Concesión No. 503 de 1994...' (se resalta)*

En cuanto a la fuerza mayor, debe tenerse en cuenta que jurídicamente ha sido estudiada por la doctrina y la jurisprudencia, como un hecho ajeno a la voluntad de las partes, imprevisible e irresistible, surgido con posterioridad a la firma del contrato, cuya ocurrencia exime de responsabilidad al contratista frente a la no ejecución del objeto pactado, sin que ello en principio comporte indemnización o compensación a su favor.

Dentro de las notas características de la fuerza mayor, se identifican *i)* la presencia de una causa extraña y extrema a la actividad contractual ejecutada por las partes, *ii)* que no puede ser pronosticada al momento en la firma del contrato, *iii)* la ocurrencia hace que sea imposible de ejecutar las obligaciones a cargo del contratista y *iv)* la situación deriva un incumplimiento contractual justificado por el ordenamiento legal.



Sobre la fuerza mayor, la jurisprudencia del Consejo de estado ha señalado lo siguiente:

*'La fuerza mayor se produce, como se indicó cuando el hecho exógeno a las partes es imprevisible e irresistible en las condiciones igualmente señaladas, con la precisión de que la irresistibilidad en materia contractual se traduce en la imposibilidad absoluta para el contratista de cumplir sus obligaciones en las condiciones o plazos acordados.'*<sup>17</sup>

Frente a lo anterior, tampoco es posible alegar la ocurrencia de fuerza mayor, por cuanto el concesionario realizó en su momento obras y ejecutó varias de sus obligaciones, situación que denota la ausencia de uno de los elementos principales de la figura en estudio relacionado con la existencia de una situación irresistible que impida de manera absoluta al contratista ejecutar las prestaciones a su cargo.

Tanto es así, que el mismo concesionario reconoció en nota periodística que pese a las dificultades en las obras seguían adelante, con lo cual se comprueba una vez más que jamás se encontró en imposibilidad absoluta de ejecutar las obras por los hechos alegados<sup>18</sup>.

*"Aunque los vientos alisios quieren convertirse en enemigo del proyecto Anillo Vial de Crespo, el desarrollo de la obra sigue sin interrupciones.*

*Así lo asegura Jaime Andrés Silva, coordinador del Consorcio Vía al Mar, a cargo del trabajo.*

*Según el ingeniero, la obra en general va en un 50% de avance. Se estima que en septiembre del año próximo finalicen los trabajos en su totalidad, pues en lo que respecta específicamente al túnel, no han habido inconvenientes.*

*No obstante, se han incrementado las quejas de vecinos de la zona a causa de la cantidad de arena que, dicen, entra a sus casas.*

*"Estamos atravesando el tema de los vientos alisios y eso genera una incomodidad para todas las personas. Pero es algo inherente a la zona y es imposible evitarlo", explicó Silva. 'Lo que queremos es acudir a la tolerancia y a la buena disposición de los vecinos'.*

#### *Condescendientes*

*Rodolfo Díaz, habitante y líder de Crespo, aseguró que, aunque es típico el 'arenero' que trae la brisa en estos meses, el Consorcio debe comprometerse a mitigar la situación, a pesar de ser una consecuencia del trabajo que están realizando.*

*Al respecto, el ingeniero Jaime Silva sostuvo que se hacen rieques permanentes en la obra para controlar el impacto que se pueda generar en los vecinos de Crespo.*

*Otra de las alternativas que sugieren los habitantes para aplacar el fenómeno natural, es la disposición de mallas en los edificios afectados para protegerlos de la arena.*

*Sin embargo, son conscientes de que las obras del proyecto Anillo vial de Crespo no deben detenerse, dado el beneficio futuro que supone.*

<sup>17</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia de fecha 11 de septiembre de 2003- consejero ponente Ricardo Hoyos Duque-Radicado No.14781.

<sup>18</sup> Veamos lo que dijo el concesionario en nota periodística de 8 de febrero de 2013 (que puede ser consultado a través del siguiente link: <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/local/tunel-de-crespo-avanza-pese-las-fuertes-brisas-107869>)



191  
19

*'Preferimos esto a que intervinieran la calle 70 (vía de la cual se quejaron por siempre estar atestada de tráfico y generar ruido), lo que hubiera traído la desaparición del barrio. Esta es una solución moderna, innovadora, ecológica que le va a servir al barrio. Hay que soportar el trabajo", dijo Rodolfo Díaz.*

*Por su parte, Antonio González, edil de la Localidad 1 a la que pertenece Crespo, advirtió que las obras han traído una protección costera a la zona. "De no estarse haciendo, ya el agua estaría metida en los edificios, como en años anteriores."*

*El coordinador del Consorcio Vía al Mar agregó que situaciones como esta no solo ocurren en Crespo, por motivo de la obra, sino en todas las zonas de Cartagena que tengan frente marino, como la Avenida Santander y Boca grande.*

*El avance*

*El ingeniero Jaime Sirva explicó que ya hay un 62% listo en el túnel. Dentro del porcentaje está el trabajo hecho hasta ahora con las pantallas(muros), placa de fondo y las vigas.*

*'Estamos poniendo vigas para la cubierta, terminamos las pantallas y seguimos avanzando en las placas de fondo' informó el ingeniero.*

*Cuando El Universal realizó un recorrido a la obra, en diciembre, el túnel tenía 450 metros listos, de 600 que debe tener en total. Actualmente el túnel tiene 520 metros.*

*En cuanto a los espolones que tiene el diseño de la obra, el avance ha sido menor. En la última visita de este medio, eran 5 los espolones que ya estaban listos. A la fecha este número se mantiene, restan 2 por ejecutar.*

*"Ya se hizo la ubicación del cable con la empresa Columbus. Ellos están haciendo el diseño para la protección de la infraestructura de cables de fibra óptica y una vez terminen de hacer esas protecciones continuamos con el muro marginal y con los espolones que hacen falta", aclaró.*

*En total, el proyecto Anillo Vial de Crespo consiste en 2 kilómetros y medio que agilizarán el tráfico en esa zona de Cartagena.*

*133 mil millones de pesos cuesta el proyecto Anillo Vial de Crespo".*

De igual modo, debe destacarse que las obras del sector norte debieron y pudieron haberse ejecutado en el plazo contractual mente establecido, toda vez que no existía interferencia alguna de las mismas con el cable de fibra óptica en comento, tales como el empalme de la vía con la ruta 90 A, Cartagena – Barranquilla.

Por tanto, se solicitó respetosamente se declare probada la presente excepción y se denieguen las pretensiones de la demanda en reconvención.

**Respecto de la pretensión enumerada 2.2**, por medio de la cual se solicita: "2.2. Que se declare que con ocasión de la reprogramación pactada en el Contrato de Transacción del 21 de octubre de 2014 y ejecución de las obras correspondientes al "Anillo Vial de Crespo", la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA no sufrió ningún perjuicio, esta defensa se opone expresamente, por lo cual se enerva con las siguientes excepciones:



**3. Con la suscripción del contrato de transacción se acordó el deber de compensar (no indemnizar) por parte del concesionario a favor de la ANI, en relación con el beneficio económico recibido por el desplazamiento en el cronograma de obras**

De entrada con esta pretensión se observa, que lo que se busca es confundir al juzgador, comoquiera que con la demanda presentada por la Agencia Nacional de Infraestructura, no se está reclamando una indemnización por un perjuicio causado, sino lo que se solicita, es el reconocimiento que ya fue aceptado por las partes en el contrato de transacción, de la existencia de un derecho económico o compensación originado por el desplazamiento de la inversión que se mide a través del modelo financiero, al punto que según la cláusula compromisoria establecida en la transacción, solo quedó pendiente la cuantificación de dicho efecto económico, que es lo que se somete a consideración por parte de la Jurisdicción Contenciosa.

De acuerdo con lo pactado en el contrato de transacción de fecha 21 de octubre de 2014, la Agencia Nacional de Infraestructura ANI debe ser compensada económicamente por cuenta del concesionario por la reprogramación de las obras del anillo vial de Crespo, a través del otorgamiento de un nuevo cronograma al Concesionario; por lo cual las partes acordaron someter a un Tribunal de Arbitramento la definición del derecho económico a favor de la Agencia por el desplazamiento de la inversión por la reprogramación del cronograma de obras correspondiente al "Anillo Vial de Crespo".

El contrato de transacción textualmente señala:

"ANTECEDENTES (...) 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).

(...)

"CONSIDERACIONES (...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 la 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 resultaren favor de la AGENCIA - Proyecto, podrá ser reinvertido en el proyecto, de acuerdo con las instrucciones que oportunamente la AGENCIA imparta al CONCESIONARIO.



192

20

Debe resaltarse que el Concesionario percibió un rendimiento mayor a lo pactado en el contrato 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 la inversión según el Cronograma convenido en el Adicional No. 9 de 2010, hasta el momento en que definitivamente terminó las obras.

Lo anterior teniendo en cuenta, que 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%, lo cual demuestra abiertamente el rendimiento mayor percibido por el concesionario.

Con todo, no puede desconocerse que la Agencia Nacional de Infraestructura también sufrió un daño reputacional, pues es claro que los contratos que celebran las entidades públicas, persiguen el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, en este caso, el de ofrecer a los usuarios una solución vial para atender el congestionamiento de la entrada a Cartagena por la vía al Mar. Situación que no se logró de forma oportuna debido a la falta de diligencia, buena planeación y ejecución de las obras por parte del Concesionario.

En atención a los fines sociales que entraña la ejecución de este tipo de proyectos para las comunidades, es clara la afectación para la Agencia al no poder entregar la infraestructura a la comunidad en los tiempos establecidos, poniendo en riesgo la credibilidad e imagen de la Entidad.

#### **4. Con el contrato de transacción se acordó que el valor a compensar sería determinado por el Tribunal de Arbitramento**

Esta excepción se comprueba plenamente con la suscripción del contrato de transacción de fecha 21 de octubre de 2014, pues según la cláusula séptima, se sometería a la decisión de un Tribunal de Arbitramento la definición del valor del desplazamiento de la inversión por la reprogramación del cronograma de obras, en los siguientes términos:

*'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).*

Conforme a lo pactado en esta cláusula, del contrato de transacción de fecha 21 de octubre de 2014, se comprueba que las partes Agencia Nacional de Infraestructura ANI y Consorcio Vial al Mar acordaron que debía existir una compensación a favor de la Agencia por el retraso o desfase en el cronograma, cuyo valor sería definido por el Tribunal de Arbitramento.

**Respecto de la pretensión enumerada 2.3**, por medio de la cual se solicita: "Que se declare que el ejercicio financiero consistente en modificar únicamente las fechas de las inversiones en el modelo financiero del Adicional No. 9 al Contrato de Concesión No. 503 de 1994 no permite determinar los reales efectos económicos del "desplazamiento de la inversión, por reprogramación del cronograma de obras correspondientes al 'Anillo Vial de Crespo'" esta defensa se opone expresamente, y la controvierte con las siguientes excepciones:



## 5. El desplazamiento de la inversión es consecuencia al acaecimiento de riesgos asumidos por el concesionario en el contrato de concesión y sus modificaciones

La demandante en reconvenición realiza una mezcla de ternas que generan confusión, y por tanto, debe aclararse que el desplazamiento de inversión consiste en la ejecución de la inversión en periodos posteriores a los pactados. Cabe aclarar que, el desplazamiento cuyo valor se pretende cuantificar corresponde a la violación del pacto contractual por parte del concesionario sobre la entrega de las obras plasmada en la cláusula sexta del Adicional 9 de 2010.

También es importante hacer una distinción especial entre las fechas de inversión y el plazo máximo de entrega de las obras; pues es claro que conforme al contrato y el modelo financiero, las inversiones se llevan a cabo en periodos de tiempo que pueden tener variaciones frente a lo inicialmente planteado; pero los plazos constituyen la fecha límite de entrega de las obras que han sido acordadas por las partes con base en la conciencia de que los periodos de inversión, que tienen variaciones, pero que estas se deben acotar.

La aceptación de las fechas límites que hizo el Concesionario, lo hizo sobre el conocimiento de las variabilidades en los tiempos de ejecución de obra, asumiendo y adquiriendo el compromiso de que no se iban a desconocer.

Con esta pretensión, el Concesionario procura desconocer que la asignación de riesgos determinada contractualmente ya fue remunerada en el modelo financiero pactado por la Agencia a través de la rentabilidad reconocida en el proyecto. Por lo tanto, los riesgos asociados a las variaciones en costos y gastos de las inversiones pactadas son a cargo del Concesionario como lo establece la asignación y distribución contractual de riesgos, la cual no fue modificada con la firma del contrato de transacción.

Tal y como quedó dicho en las respuestas a los hechos, el adicional 9, del 26 de junio de 2010, en su cláusula octava -RIESGOS, establece que "... 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 4 suscrito el 28 de noviembre de 2008.'

De igual modo, debe tenerse en cuenta que la modalidad en que fue pactado el contrato, esto es, un contrato a precio global (valor más alto que un contrato normal) hace que el concesionario haya incluido dentro de la negociación la retribución por los riesgos sin importar su materialización, por lo tanto, el valor pactado fue mayor que el de un contrato normal. Es así como la cláusula 6 del otrosí 20 de 2006, ratificado posteriormente con otras modificaciones contractuales, claramente establece que, a partir de esa fecha, el Concesionario asume todos los riesgos, salvo los expresamente indicados previamente.

Dice el otrosí 20 de 2006:

**'CLÁUSULA SEXTA. RIESGOS QUE ASUME EL CONCESIONARIO. A partir de la fecha de suscripción del presente contrato, EL CONCESIONARIO asume los efectos derivados de todos y cada uno de los riesgos, salvo los casos en que expresamente se ha determinado lo contrario. En este sentido, el concesionario asume los efectos derivados de los riesgos que se listan a continuación, además de aquellos que se desprendan de otras cláusulas o estipulaciones del Contrato de Concesión No. 503 de 1994, sus anexos y sus Apéndices, sus modificaciones o que se deriven de la naturaleza de este Contrato.**

**Por lo tanto, no procederán reclamaciones de EL CONCESIONARIO basadas en el acaecimiento de algunos de los riesgos asumidos por EL CONCESIONARIO y -consecuentemente - EL INCO no hará reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna a EL**



**CONCESIONARIO**, que permita eliminar o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de estos riesgos, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentren expresamente pactados en el Contrato de Concesión No. 503 de 1994.

Al enunciarse cada uno de los riesgos se indica que el Concesionario asume "los efectos favorables y desfavorables de cada riesgo allí incluido..."; y adicionalmente, en la cláusula 6 del otrosí 20 de 2006, indica que no procederán reclamaciones del Concesionario basadas en el acaecimiento de alguno de los riesgos que fueran asumidos por el Concesionario y -consecuentemente- el INCO no hará reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna al EL CONCESIONARIO que permita eliminar o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de estos riesgos previstos, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentren expresamente pactados en el Contrato.

En ese orden de ideas, uno de los efectos causados por la ocurrencia de algunos de los riesgos asumidos por el Concesionario, fue precisamente la reprogramación de las obras del anillo vial de crespo, toda vez que las partes haciendo concesiones mutuas pactaron un nuevo cronograma de obra a cambio de una compensación económica en favor de la ANI, tal y como se transcribe a continuación:

"ANTECEDENTES. (...) 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 Lev 80 de 1993 de 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. CONSIDERACIONES. (...) 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 del Crespo", el CONCESIONARIO y la ANI someterán la situación del efecto económico del desplazamiento de la inversión a la 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 más, las partes contratantes en la misma cláusula séptima del contrato de transacción establecieron una cuantificación aproximada del valor del desplazamiento, con base en el cálculo efectuado por la Gerencia Financiera de la ANI, que dio como valor la suma de COP \$20.350 millones de pesos para el año 2014.



Así las cosas, queda claro que el derecho de la ANI a ser compensada por la reprogramación de las obras del Anillo Vial de Crespo, como consecuencia del acaecimiento de los riesgos a cargo del Concesionario, hace parte del acuerdo transaccional y por tanto las pretensiones de la demanda de reconvencción deben ser denegadas.

Ahora bien, en el caso de que eventualmente puedan existir otros efectos económicos asociados a imprevistos o dificultades propias de la ejecución de una obra, como por ejemplo, mayor permanencia en obra, daño emergente, lucro cesante, entre otras (los cuales se mencionan en este escrito solo como posibilidades hipotéticas), no tienen relación con el desplazamiento de la inversión, es decir, el hecho de que se puedan presentar simultáneamente como un desplazamiento de inversión no implican que sean parte del mismo, por tal motivo, para la cuantificación del efecto de desplazamiento basta trabajar con los tiempos y las cantidades inicialmente pactadas, porque se reitera, que las variaciones en los costos y gastos inicialmente pactados son a riesgo del Concesionario y por los cuales recibe una remuneración.

Por lo anterior, es perfectamente válido que el valor del desplazamiento se determine de forma exclusiva con las variables tiempo e inversiones.

#### **6. Los efectos del desplazamiento serían determinados por el Tribunal de Arbitramento, según lo acordado en el contrato de transacción**

Tal y como ha quedado expuesto, las partes de la presente controversia, por vía del contrato de transacción, ante el desplazamiento de la inversión acaecido por la reprogramación de las obras del Anillo Vial de Crespo, reconocieron a favor de la Agencia una compensación, la cual debía ser fijada por un Tribunal de Arbitramento.

Dice textualmente el contrato de transacción:

*'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, ley aplicable al contrato, encuentra de la mayor utilidad pública y garantía del interés general a su carao, 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 efe 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 del Crespo", el CONCESIONARIO y la ANI someterán la situación del efecto económico del desplazamiento de la inversión a la 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 ja 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.

Las partes contratantes en la misma cláusula séptima del contrato de transacción establecieron una cuantificación aproximada del valor del desplazamiento, con base en el cálculo efectuado por la Gerencia Financiera de la ANI, que dio como valor la suma de COP \$20.350 millones de pesos en 2014, de suerte que lo que sería sometido a la justicia arbitral, hoy justicia ordinaria, es la determinación del valor definitivo del desplazamiento de la inversión en favor de la ANI y la definición de si debe compensar a la Agencia.

Este aspecto también fue resuelto en favor de la Agencia en el contrato de transacción, pues se reitera, se definió una compensación económica a su favor, por cuenta de la reprogramación de las obras y porque las circunstancias alegadas por el Concesionario en la demanda de reconvención estaban asumidas expresamente como riesgos a su cargo, de manera que no constituyen justificación alguna para evadir lo pactado y no compensar económicamente a la ANI.

#### 7. El contrato es ley para las partes y obliga a lo allí pactado. Pacta Sunt Servanda

Las partes contratantes haciendo concesiones recíprocas, decidieron libre y voluntariamente dar solución a la controversia planteada, siendo precisamente uno de esos acuerdos, el otorgamiento de un nuevo cronograma de obra al Concesionario para ejecutar los trabajos del Anillo Vial de Crespo, y el reconocimiento que se hizo del derecho de la ANI a ser compensada económicamente por este hecho.

En tal virtud, como quiera que el contrato de transacción se encuentra debidamente celebrado y produciendo plenos efectos jurídicos, no le es dable al Concesionario evadir su obligación de compensación por vía de la demanda de reconvención, pues de aceptarse su postura, conllevaría a un desconocimiento total de lo pactado, en contravía de la buena fe contractual.

Sobre la obligatoriedad de los contratos, la jurisprudencia ha dicho:

*"Señala la explicación del artículo 1602 del Código Civil "consagrando el principio lex contractas, pacte sunt servanda, por cuya virtud se impone el cumplimiento obligatorio de los pactos que dimanar de toda relación jurídica negocial (rectius: contrato), bien de manera espontánea o forzosamente. La mencionada disposición advierte sobre la fuerza normativa característica de todo contrato como efecto inicial del vínculo, en tanto 'ata' a sus intervinientes al cumplimiento de un propósito común, lo cual supone una consecuencia práctico-jurídica de gran utilidad dentro del tráfico de bienes y servicios, en tanto ofrece estabilidad, previsibilidad y certidumbre en las relaciones contractuales y, en principio, genera la imposibilidad de aniquilar el vínculo por un acto unilateral.*

**El artículo 1602 del Código Civil refleja la fuerza vinculante del contrato y, por lo tanto, repudia toda actuación unilateral y caprichosa de alguna de las partes que tenga por finalidad afectar el interés común de los sujetos negociales y, en general, el desapegarse arbitrariamente del acuerdo de voluntades válidamente celebrado**(-negritas y subrayas fuera del texto de la providencia)

*La autoridad de las partes, empero, no sólo comprende un acuerdo generatriz o fuente de un vínculo negocial; la autonomía que les es otorgada por el ordenamiento jurídico también supone su capacidad para la modificación o terminación de sus relaciones negociales por consenso recíproco (rectius: mutuus consensus, contrarias consensus, mutuus dissensus). Sobre el particular ha señalado la Sala:*



*"Ciertamente es que el artículo 1602 del Código Civil, establece que los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y solo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales; con otras palabras, consagra el principio "lex contractus, pacta sunt servanda" que supone el carácter obligatorio para las partes y con efectos frente a terceros de un contrato celebrado que no esté afectado por vicio de invalidez; no obstante, en virtud de este mismo principio y como corolario de la autonomía de la voluntad de las partes, el contrato bien puede modificarse o extinguirse si éstas así lo convienen, excepciones que proceden según las estipulaciones y cláusulas del contrato y que encuentran en el pacto de una condición resolutoria expresa una de sus modalidades.*

**Por lo anterior, del texto normativo que se comenta, observa la Sala que no sólo es posible afirmar la capacidad creadora de disposiciones normativas con fuerza vinculante a las partes del contrato, sino también la capacidad de variar, consensualmente, sus acuerdos previos e, incluso, extinguirlos. La fuerza normativa reconocida por el artículo 1602 del estatuto civil, en consecuencia, goza de una amplitud suficiente que abarca la creación, modificación v extinción relaciones jurídicas negociales.**<sup>19</sup> (negritas y subrayas fuera del texto)

Por tanto, se solicita declarar probada la presente excepción y se denieguen las pretensiones de la demanda en reconvención.

**8. Violación de la cláusula general de buena fe incorporada en el contrato de concesión y en el contrato de transacción. Violación de la prohibición de desconocer los actos propios.**

De conformidad con lo que se ha dejado expuesto con la contestación sobre los hechos en que se funda la demanda de reconvención, las pruebas que se arman al expediente con este escrito y en armonía con los medios exceptivos propuestos en precedencia, es evidente que el demandante en reconvención viola el deber de actuar de buena fe y de ejecutar los negocios de buena fe, desconociendo sus actos propios.

Por tanto, se solicita declarar probada la presente excepción y se denieguen las pretensiones de la demanda reformada.

**9. El concesionario se benefició por el desplazamiento del cronograma de obras, para mantener el equilibrio de la ecuación económica del contrato y con la suscripción del contrato de transacción se pactó una compensación**

Se reitera, el Concesionario percibió un rendimiento mayor a lo pactado en el contrato 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 la inversión según el Cronograma convenido en el Adicional No. 9 de 2010, hasta el momento en que definitivamente terminó las obras. Tener en cuenta el acta de entrega de obras de fecha 22 de septiembre de 2017.

Lo anterior teniendo en cuenta, que 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%, lo cual demuestra abiertamente el rendimiento mayor percibido por el concesionario.

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 01 de abril de 2016. C P Jaime Orlando Santofimio Expediente S2532.



195

23

**Respecto de la pretensión enumerada 2.4**, por medio de la cual se solicita: *“2.4 Que, como consecuencia de la prosperidad de una, alguna, o cualquiera de las anteriores pretensiones, se declare que con ocasión de la reprogramación pactada en el Contrato de Transacción del 21 de octubre de 2014 y ejecución de las obras correspondientes al Anillo Vial de Crespo”, el CONCESIONARIO no tiene obligación de indemnizar o compensar a la ANI*”, esta defensa se opone expresamente, y la controvierte también con lo señalado en la excepción número tres:

Esta pretensión no tiene vocación de prosperidad, se reitera, el demandante en reconvención omite, que en el marco del contrato de transacción, las partes, haciendo reconocimientos y concesiones mutuas para la solución de la controversia planteada, reconocieron expresamente la existencia del desplazamiento de la inversión, ante el otorgamiento de un nuevo cronograma al Concesionario para la ejecución de las obras, y por tanto, que debía compensarse económicamente a la ANI.

Además, no resulta consecuente la postura del Concesionario en este punto, pues la figura del desplazamiento de la inversión no es desconocida por las partes en el marco del contrato de concesión, y por el contrario, ha sido de común utilización, donde el valor del desplazamiento fue aplicado por el Concesionario, como por ejemplo para la realización de obras adicionales de mantenimiento del parque lineal fase II, según otrosí del 24 de noviembre de 2015.

Con fundamento en lo anterior, se reitera, que la Agencia Nacional de Infraestructura, no se está reclamando una indemnización por un perjuicio, sino el reconocimiento de la existencia de un derecho económico o compensación originado por el desplazamiento de la inversión que se mide a través del modelo financiero, el cual ya fue aceptado por las partes en el contrato de transacción.

**Respecto de la pretensión enumerada 2.4.1**, por medio de la cual se solicita: *“Que en subsidio de la pretensión anterior, se declare que en caso de existir la obligación de indemnizar o compensar a la ANI, con ocasión de la re programación pactada en el Contrato de Transacción del 21 de octubre de 2014 y ejecución de las obras correspondientes al “Anillo Vial de Crespo”, el cálculo de la compensación o indemnización deberá incluir el valor de las inversiones realizadas por el CONSORCIO en las obras correspondientes al ‘Anillo Vial de Crespo’*”, esta defensa se opone expresamente, y señala que:

Es importante poner de presente que las inversiones incluidas en el ejercicio que mide el impacto financiero del desplazamiento del cronograma, corresponderán al valor de compensación a favor de la Entidad, y se reconocen las obras contratadas y realizadas por el Concesionario, remuneradas por el Estado a través de la entrega de recursos del Presupuesto General de la Nación.

Cifras que en atención a la asignación de riesgos del Concesionario incluyen las dificultades propias de la ejecución de una obra, que pueden producir variaciones en los costos y gastos inicialmente pactados y que son a cargo del Concesionario. Sería contrario al espíritu de un contrato de concesión y a su esquema de riesgos, reconocer cada uno de los costos y gastos de las actividades realizadas, ya que los riesgos a cargo del Concesionario, con sus efectos favorables y desfavorables, son asumidos por este y ya han sido remunerados.

En consecuencia, la pretensión no está llamada a prosperar, pues sí se están teniendo en cuenta las inversiones realizadas por el Concesionario, al punto de considerar que las causas que generaron la reprogramación correspondieron a hechos imputables al Concesionario, tal como fue aceptado en el contrato de transacción, y como se señaló en las excepciones ya planteadas.

**Respecto de la pretensión enumerada 2.5**, por medio de la cual se solicita: *Que como consecuencia de una, alguna o cualquiera de las anteriores pretensiones principales o subsidiarias, se declare que, con ocasión de la reprogramación pactada en el Contrato de Transacción del 21 de octubre de 2014 y ejecución de*



*las obras correspondientes al 'Anillo Vial de Crespo', el CONSORCIO no adeuda ninguna suma de dinero a la ANI.*, esta defensa se opone expresamente y señala:

Es claro que esta pretensión es descabellada y desconoce el reconocimiento claro y expreso que hicieron las partes sobre la existencia del desplazamiento de la inversión y el derecho que tiene la ANI a ser compensada económicamente por este hecho, dado que se le otorgó un nuevo cronograma al Concesionario para la ejecución de las obras, al punto de que lo único que quedó pendiente fue la determinación del valor, que es precisamente el principal objeto de esta demanda.

#### **4.6. Excepción genérica.**

Respetuosamente se solicita al Tribunal Administrativo de Bolívar declarar de oficio cualquier otro hecho o medio exceptivo que resulte probado en el curso del proceso.

---

### **V. RESPECTO DE LOS FUNDAMENTOS JURIDICOS**

---

Solicito al respetuoso Tribunal Administrativo de Bolívar tener como fundamentos de la presente contestación de la demanda de reconvenición, todos los documentos, leyes y jurisprudencia relacionada en la contestación de los hechos, así como los expuestos en el acápite de excepciones de mérito propuestas contra las pretensiones.

---

### **VI. RESPECTO DE LAS PRUEBAS**

---

#### **6.1. Documentales**

##### **Documentales aportados con la demanda presentada por la ANI.**

Se solicita al Tribunal Administrativo de Bolívar que, como parte integral de la presente contestación a la demanda de reconvenición, se decreten, practiquen y valoren las documentales aportadas con la demanda contractual presentada por la Agencia.

##### **Documentales que se aportan con la presente contestación de demanda de reconvenición.**

Se solicita al Tribunal Administrativo de Bolívar que como parte integral de la presente contestación a la demanda de reconvenición, se decreten, practiquen y valoren como tales, los siguientes documentales que se listan y que se aportan en CD:

1. Prueba 1. Acta de reversión y entrega de fecha 7 de noviembre de 2019
2. Prueba 2: contrato de concesión 503 de 1994 con sus modificaciones y adiciones.
3. Prueba 3: Resolución No. 3728 del 24 de septiembre de 2003,
4. Prueba 4: modificación contractual del 20 de enero de 2006.
5. Prueba 5: ofrosí No. 4 de 28 de noviembre de 2008.
6. Prueba 6: adicional No. 9 suscrito el 26 de junio de 2010.



7. Prueba 7: Otrosí modificadorio al otrosí del 20 de enero de 2006, y el aclaratorio del Otrosí No. 4 de 2008.
8. Prueba 8. Contrato de transacción de 21 de octubre de 2014.
9. Prueba 9:  
El acta de inicio de las obras del adicional No. 9 de 2010,  
Resolución No. 0021 del 28 de enero de 2010,  
Resolución de la DIMAR No.0186 del 18 de mayo-2010  
Oficio No. 2010-305-0008221 del 27 de enero de 2010, al Director General Marítimo,  
Oficio No. 200-005293 del 7 de mayo de 2010 radicado 20104090104282.  
Oficio No. 20103050062061 13 de mayo de 2010  
Oficio No. 20153000067791 del 30 de marzo de 2015
10. Prueba 10: publicación de la carta náutica de levantamientos hidrográficos lera edición julio 2004, y símbolos y abreviaturas carta Col 001,2 ed 1997, efectuados por la DIM.
11. Prueba 11: comunicación No. 2011409-010312-2 de Columbus Networks.
12. Prueba 12: Resolución No. 0475 del 6 septiembre 2012.
13. Prueba 13: reprogramación presentada por El Concesionario.
14. Prueba 14: el oficio No. 2014-305016476 del 01/09/2014.
15. Prueba 16: Constancia de pagos.
16. Prueba 17: Acta de entrega de las obras de fecha 22 de septiembre de 2017

## 6.2. Declaración de parte

Sírvase señor Magistrado señalar fecha y hora para recepcionar el interrogatorio de parte de la señora Ana Lucía Dugand Ocampo, o por quien haga sus veces al momento de la recepción, en su condición de representante legal del Consorcio Vía al Mar, quien puede ser citada a través del Consorcio y/o apoderado del demandante en reconvencción.

## 6.3. Declaración de terceros

Para probar las afirmaciones contenidas en el presente escrito de contestación a la demanda de reconvencción, solicito se decrete la recepción de los siguientes testimonios, precisando que cuando quiera que se trate de profesionales de la arquitectura o la ingeniería, finanzas o derecho, concurrirán en condición de testigos técnicos, así:

- El de José Román Pacheco Gallego, en calidad de gerente de asesoría legal gestión contractual 1 Vicepresidencia Jurídica de la ANI, quien podrá ser citado en las oficinas de la Agencia - Calle 26 No. 59-51, Edificio T4, Torre B, Piso 2 de la ciudad de Bogotá, y declarará sobre los aspectos relacionados con la inclusión de las obras del anillo vial de creso, el incumplimiento del cronograma por parte del Concesionario y los hechos alegados, sobre las circunstancias que originaron el contrato de transacción y el desplazamiento de la inversión generado por la reprogramación de las obras.



- El de Edgar Alba Parra en calidad de representante legal de la interventoría quien podrá ser citado en las oficinas de la Interventoría carrera 50 No. 102 A -87 de la ciudad de Bogotá, y declarará sobre los fundamentos de la presente contestación a la demanda de reconvención y especialmente, sobre el desplazamiento de la inversión por la reprogramación de las obras.
- El de Cesar Alba Quintero en calidad de Subdirector Financiero de la interventoría, quien podrá ser citado en las oficinas de la Interventoría carrera 50 No. 102 A -87 de la ciudad de Bogotá, y declarará sobre los fundamentos de la presente contestación a la demanda de reconvención y especialmente sobre el desplazamiento de la inversión por la reprogramación de las obras.
- El de Nohora Milena Garzón Delgado, contratista de la ANI, quien podrá ser citada en las oficinas de la Agencia - Calle 26 No. 59-51, Edificio T4, Torre B, Piso 2 de la ciudad de Bogotá, y declarará sobre los fundamentos de presente contestación a la demanda de reconvención y especialmente sobre todo lo relacionado con el desplazamiento de la inversión por la reprogramación de las obras.

### Oposición al decreto y práctica de una prueba solicitada por la parte demandante en reconvención.

Me opongo a que sea decretada y practicada la prueba pedida por la parte demandante en reconvención, consistente en:

La declaración de parte de la señora Ana Lucia Dugand Ocampo, toda vez que la misma es la representante legal del Consorcio Vía al Mar, y fungiendo como parte en reconvención, no procede solicitar su declaración como si fuera un tercero sin interés, teniendo en cuenta que el fin del interrogatorio de parte es la confesión.

---

## VII. NOTIFICACIONES Y COMUNICACIONES

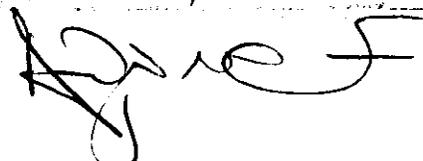
---

El suscrito recibirá notificaciones en la Secretaría de su despacho o en la sede de la Agencia que represento, ubicada en la Calle 26 No. 59-51 Edificio T-3 Torre B, Piso 6° Ciudad de Bogotá – Gerencia de Defensa Judicial.

Igualmente, bajo el entendido que la Agencia que represento cuenta con **única sede** en la ciudad de Bogotá D. C., autorizo expresamente para que las providencias que se profieran y comunicaciones que se libren en el presente asunto, sean remitidas a la dirección de buzón judicial oficial de la ANI: [buzonjudicial@ani.gov.co](mailto:buzonjudicial@ani.gov.co).

Del señor Magistrado,

  
**ANDRÉS MAURICIO ORTIZ MAYA**  
C.C. No. 1.015.406.682  
T.P. No. 222.474 del CSJ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ  
NOV 3 Feb 2020  
EXHIBICIÓN - 201 -  
CONVOCACIÓN  
RECIBIDO  
29  
X  
X  




La movilidad  
es de todos

Mintransporte