ESTUDIO DE CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD PARA LA SUSCRIPCIÓN DEL OTROSÍ No 7 AL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP NO. 17 DE 2015 "CONCESIÓN CORREDOR VIAL NEIVA - ESPINAL - GIRARDOT" CELEBRADO ENTRE LA ANI Y CONCESIONARIA AUTOVÍA NEIVA GIRARDOT S.A.S.

Fecha Elaboración	08 de mayo de 2018

1. INTRODUCCION

El presente documento contiene el análisis de los aspectos técnicos, ambientales, jurídicos, financieros, prediales, sociales y de riesgos, que sustentan la suscripción del Otrosí No 7 al Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 17 de 2015 "Concesión Corredor Vial Neiva - Espinal - Girardot" celebrado entre la Agencia y la Concesionaria Autovía Neiva Girardot S.A.S, con los objetivos que se describen a continuación:

a) **Eliminación de la Sección 3.6 del Apéndice Técnico 1 del Contrato de Concesión que ordena la reubicación de la estación del Peaje El Patá al municipio de Natagaima de acuerdo con lo establecido en el Apéndice Técnico 2, con el fin de dejar sin efectos dicho obligación.**
b) **Modificación de la Sección 4.2.3.3 del Apéndice Técnico 2 del Contrato, con el fin de excluir el literal a) del mismo, que establece que la Actualización Integral del Manual de Operación debe efectuarse anualmente.**

2. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO

El proyecto Neiva - Espinal - Girardot está enmarcado en las Asociaciones Publico Privadas de Iniciativa Privada de cuarta generación y su finalidad es mejorar la conectividad en las vías de los Departamentos de Huila y Tolima, con el fin de brindar la oportunidad de fomentar el intercambio comercial del centro del país y la frontera con el Ecuador, al conectar hacia el sur con la Concesión Neiva – Mocoa - Santana y hacia el norte con las concesiones Bogotá - Girardot, Girardot - Ibagué - Cajamarca y Girardot – Honda – Puerto Salgar.

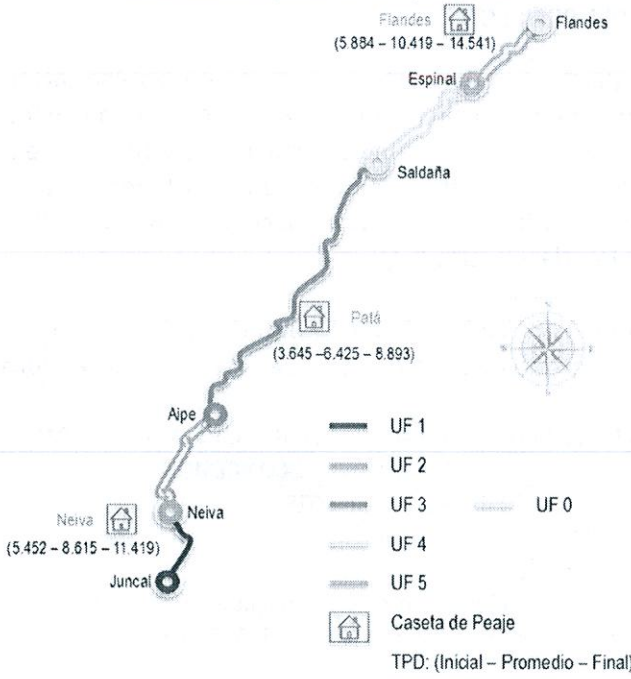
Las vías objeto de la concesión "Neiva - Espinal - Girardot", tienen una longitud total estimada de 196,85 kilómetros y su recorrido discurre entre los Departamentos del Huila y Tolima.

Tabla No 1. Información general Contrato de Concesión 017 de 2015

CONTRATO DE CONCESIÓN	
Contrato No.	17 del 30 de octubre de 2015
Unidades Funcionales	**UF0:** Unidad Funcional de Operación y Mantenimiento de la Infraestructura entregada en Condiciones de Operación. **UF1:** Mejoramiento y Rehabilitación El Juncal (PR 99 - Ruta 4505) hasta Intercambiador Neiva Norte (PR 0+000 Ruta 4506).

	UF2: Construcción segunda calzada y rehabilitación calzada existente desde Intercambiador Neiva Norte (PR0+500 Ruta 4506) hasta Aipe (PR32+340 Ruta 4506) **UF3:** Rehabilitación desde Aipe (PR32+340 Ruta 4506) hasta Saldaña (PR14+160 Ruta 4507) Incluye rehabilitación paso urbano por Saldaña **UF4:** Construcción segunda calzada y Rehabilitación de la vía existente. Saldaña (PR14+160 Ruta 4507) hasta Conexión Par Vial (PR36+950 Ruta 4004). No incluye pasos urbanos por los municipios de Guamo y El Espinal **UF5:** Construcción vía Nueva Par Vial (desde el PR36+950 Ruta 4004 hasta PR47+815 Ruta 4507). Construcción segunda calzada y Rehabilitación de la existente desde fin Par vial (PR47+815 Ruta 4507) hasta Intercambiador San Rafael (PR56+280 Ruta 4507). Rehabilitación vía existente fin Par vial (PR47+815 Ruta 4507) hasta Flandes (PR60+800 Ruta 4507). Incluye la rehabilitación de doble calzada del paso Urbano de Flandes
Objeto	El otorgamiento de una concesión para que, de conformidad con lo previsto en este Contrato, el Concesionario, por su cuenta y riesgo, lleve a cabo el Proyecto. El alcance físico del Proyecto se describe en la Parte Especial y en el Apéndice Técnico 1. Y cuyo alcance conforme a la sección 3.2. de la Parte Especial es: "...El Alcance del Contrato corresponde a los estudios, diseño, construcción, operación, mantenimiento, gestión social, predial y ambiental del corredor Neiva - Espinal – Girardot, de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 y demás Apéndices del Contrato."
CONTRATISTA	AUTOVÍA NEIVA GIRARDOT S.A.S.
Plazo inicial del contrato	30 años
Valor inicial del contrato	$2.017.901.636.047 pesos de diciembre de 2014
Generación	Cuarta

Localización general del proyecto



La Concesión Neiva Espinal Girardot tiene una longitud total (origen destino) de 198.35 km y está dividida de la siguiente manera:

La carretera Neiva – Espinal - Girardot, con nomenclatura de la red vial nacional Ruta 45 – tramo 6, y Ruta 45 tramo 7, se extiende por los departamentos de Huila y Tolima, tiene su origen en la salida de la población de Neiva sobre el Puente sobre el Rio Magdalena, transcurre por los municipios de Aipe (Huila), Natagaima, Castilla, Saldaña, Guamo, Espinal y Flandes (Tolima) finalizando en el inicio del Puente Mariano Ospina Pérez sobre el Rio Magdalena. Adicionalmente tiene la vía Neiva – El Juncal la cual comunica con los municipios de Palermo, El Juncal y Yaguará mediante las Rutas 43HL02, 43HL02-2 y la Interconexión vial Juncal.

3. ANTECEDENTES Y DESCRIPCIÓN DE LA NECESIDAD

La Agencia Nacional de Infraestructura -ANI, en cumplimiento de sus funciones, tiene a su cargo la Estructuración y la Gestión Contractual, Técnica, Legal y Financiera de todos los proyectos de concesión de infraestructura que a nivel nacional se constituyan en obras de interés público y mejoren las condiciones de la prestación efectiva de los servicios en cabeza del Estado.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 4º. del Decreto 4165 de 2011, es función general de la Agencia Nacional de Infraestructura "*identificar, evaluar la viabilidad y proponer iniciativas de concesión u otras formas de Asociación Público Privada para el desarrollo de la infraestructura de transporte y de los servicios conexos o relacionados*"

El artículo 4 del Decreto 4165 de 2011, es función general de la ANI "*identificar, evaluar la viabilidad y proponer iniciativas de concesión u otras formas de Asociación Público - Privada para el desarrollo de la infraestructura de transporte y de los servicios conexos o relacionados*".

El artículo 14 de la Ley 1508 de 2012 establece que los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración y presentarlos de forma confidencial bajo reserva a consideración de las entidades competentes.

Haciendo uso de la facultad conferida por el artículo 14 de la Ley 1508 de 2012 la estructura plural denominada "PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AUTOVÍA NEIVA – GIRARDOT" mediante comunicación No. 2014-409-040711-2 presentó propuesta de Prefactibilidad de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada que no requiere desembolsos públicos.

Mediante oficio No. 2015-409-001996-2 del 15 de enero de 2015, la citada estructura plural presentó propuesta de Factibilidad.

Una vez agotadas las etapas de Prefactibilidad y Factibilidad, emitidos los conceptos de que trata la Ley 1082 de 2015, y la recomendación de aprobación de la propuesta en etapa de Factibilidad presentada por "PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AUTOVÍA NEIVA – GIRARDOT" efectuada por el Comité de Contratación de la ANI en sesión del 13 de julio de 2015, se consideró que la propuesta presentada era Viable.

Mediante el Oficio No. 2015-409-042111-2 del 13 de julio de 2015 la "PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AUTOVÍA NEIVA – GIRARDOT" aceptó de manera irrevocable los términos y condiciones de la Factibilidad del proyecto.

De conformidad con lo previsto en el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, logrado el acuerdo entre la entidad y el originador del proyecto, el 13 de julio de 2015 la ANI publicó en el SECOP los documentos correspondientes al proyecto de asociación público privada de iniciativa privada, señalando las condiciones que debían cumplir los interesados, la minuta del contrato, sus anexos, el proyecto de pliego de condiciones de selección abreviada de menor cuantía y demás documentos correspondientes al Proceso de Asociación Público Privada No. VJ-VE-APP-IPV-005-2015. Sin embargo, no se presentaron manifestaciones de interés en el proceso de Asociación Público Privada No. VJ-VE-APP-IPV-005-2015, razón por la cual con fundamento en lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, mediante Resolución No. 1579 del 15 de septiembre de 2015, la ANI adjudicó el Contrato de Concesión objeto del proceso de Asociación Público-Privada referido, a la estructura plural denominada PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AUTOVÍA NEIVA-GIRARDOT en su condición de originadora del Proyecto.

Con base en lo anterior, el 30 de octubre de 2015, se celebró entre la ANI y la sociedad Autovía Neiva Girardot S.A.S, el Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 017 de 2015.

Mediante Otrosí No 1 suscrito el 16 de diciembre de 2015, se amplió el plazo para la suscripción del Acta de Inicio del Contrato de Concesión hasta el 23 de diciembre de 2015.

Mediante Otrosí No. 2 suscrito el 17 de marzo de 2016, se modificó la Tabla No. 7 de la Sección 3.3.9.2 del Apéndice Técnico 2 del Contrato de Concesión en relación con el equipo mínimo a entregar a la Policía de Carreteras así como del plazo para su entrega.

Mediante Otrosí No. 3 suscrito el 19 de agosto de 2016, se modificaron los plazos estimados de las fases de la Etapa Preoperativa, el plazo para la acreditación del cierre financiero y la programación de obras, en lo relacionado con el plazo máximo de ejecución de obras en la Unidad Funcional 4.

Mediante Otrosí No. 4 suscrito el 24 de marzo de 2017, se acordaron los términos para adelantar ante el Ministerio de Transporte el trámite de la modificación de la Resolución No. 2109 de 2015 "Por la cual se reubica la estación de Peaje denominada El Patá, y se establecen las tarifas a cobrar

en las estaciones de Flandes, Neiva y El Patá, pertenecientes al proyecto de asociación público privada de iniciativa privada Neiva – Girardot" y se aclaró el alcance de la Unidad Funcional 1.

Mediante Otrosí No. 5 suscrito el 23 de mayo de 2017, se modificó la Sección 3.13 de la Parte General del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 17 de 2015, con el fin de: (i) incluir dentro de las causales de Toma de Posesión a favor de los prestamistas, la declaración de una inhabilidad sobreviniente en cabeza del Contratista, (ii) incluir dentro de la Sección 3.13 de la Parte General del Contrato, un numeral que regula la consecuencia que se generará en el evento en que los prestamistas no ejerzan el derecho de toma de posesión o que habiéndolo ejercido la ANI no autorice al nuevo concesionario, consistente en la renuncia a la ejecución del mismo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de ley 80 de 1993, y la aplicación de las fórmulas de liquidación previstas en el Capítulo XVIII del presente Contrato, y se (iii) modificó la Sección 17.2(b)(iii) de la Parte General del Contrato de Concesión, relacionada con las causales de terminación anticipada del contrato no imputables a ninguna de las partes, con el fin de corregir la referencia cruzada que existía.

Mediante Otrosí No 6 suscrito el 11 de octubre de 2017 se modificó el Apéndice Financiero No. 2, para efectos de instrumentar la financiación del proyecto, permitiendo la alternativa para la cesión del cien por ciento (100%) de la retribución y de la compensación especial cuando sea aplicable, incluir una nueva definición de Cesionario Aceptable, modificar la definición de Suma Máxima de Cesión, modificar los formatos de solicitud de cesión especial y de certificación de cesión anexos al Apéndice Financiero 2 y destinar las sumas a cargo de la ANI y en favor del concesionario que surjan de la liquidación del contrato, en caso de terminación anticipada, de manera preferente al repago de todas las sumas adeudadas bajo la financiación y no sólo para el repago del capital.

Mediante comunicación con radicado ANI No. 2017-409-058966-2 del 05 de junio de 2017, el Concesionario solicitó la suscripción de un Otrosí al Contrato de Concesión No. 17 de 2015, con el fin de modificar, entre otras, las estipulaciones que regulan los temas que se señalan a continuación y que serán objeto del referido Otrosí.

- No traslado del peaje Patá por riesgo de sobrecostos en Consultas Previas con comunidades indígenas de Natagaima.
- Aclaración sobre la periodicidad de actualización del Informe de Operación y Mantenimiento.

Teniendo en cuenta que anteriormente se modificó la Resolución No 2109 de 2015 suscribiendo primero Otrosí al Contrato de Concesión previo a la modificación de la resolución por parte del Ministerio de Transporte, se surtirá el mismo trámite.

4. ESTIMACIÓN, TIPIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE LOS RIESGOS PREVISIBLES QUE PUEDEN AFECTAR LA ECUACION FINANCIERA DEL CONTRATO.

El análisis de riesgos está enmarcado dentro de los lineamientos de política establecidos por los CONPES que rigen la materia (3107 y 3133 de 2001, 3760 de 2013, 3800 de 2014), ley 448 de 1998, ley 1150 de 2007 y demás decretos y leyes que la modifican y ajustan.

4.1. CONSIDERACIONES:

El análisis de riesgos está enfocado básicamente en tratar de manera integral los temas planteados, teniendo en cuenta entre otros aspectos, la asignación de riesgos del proyecto, las obligaciones contractuales, los pronunciamientos de la Interventoría, los documentos aportados por el Concesionario y los impactos (positivos y negativos) que se pueden generar como consecuencia de la suscripción de la modificación contractual, en la cual, se plantean los siguientes temas:

a. No reubicación de Estación de Peaje El Patá:

i. Inicio del trámite de modificación de la Resolución No. 02109 de 2015, por medio de la cual, entre otras cosas, se ordena la reubicación de la estación del peaje El Patá, con el fin de dejar sin efectos la obligatoriedad de desplazar dicha estación al municipio de Natagaima.

ii. Eliminar del Apéndice Técnico 1, la Sección 3.6 en la cual se establece la reubicación del peaje El Patá, como consecuencia de lo establecido en el literal a) anterior.

b. Modificar la Sección 4.2.3.3 del Apéndice Técnico 2 del Contrato, con el fin de excluir el literal a) de la misma (Informe de Operación)

De lo anterior, este análisis parte de lo establecido contractualmente, de las consideraciones y situaciones actuales que se presentan en el proyecto para cada uno de los planteamientos citados y que se pretenden regular mediante la modificación contractual. Por lo tanto, se hace la revisión documental y las consideraciones correspondiente punto a punto como se presenta a continuación:

4.1.1. Inicio del trámite de modificación de la Resolución No. 02109 de 2015, por medio de la cual, entre otras cosas, se ordena la reubicación de la estación del peaje El Patá, con el fin de dejar sin efectos la obligatoriedad de desplazar dicha estación al municipio de Natagaima:

El Contrato de Concesión, en su Parte General, en su numeral 1.145 menciona como la Resolución de Peaje *"(...) fija las tarifas de Peaje que aplicaran en las Estaciones de Peajes del Proyecto (...)"*. Por otro lado, en lo referente a lo establecido en el Contrato de Concesión, Apéndice Técnico 1, numeral 3.6. Reubicación de Peaje *"(...) se indica la Estación de Peaje que el Concesionario deberá trasladar durante la Fase de Construcción de acuerdo con lo establecido en el Apéndice Técnico 2. (...)"*.

Del mismo modo, en el numeral 3.2. Compensaciones por Riesgo establece *"(...) El derecho económico del contrato a la Compensación por Riesgo del Concesionario se iniciará a partir de la*

suscripción del Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgo, originada por la materialización de Riesgo por Sobrecosto y/o Menor recaudo durante la vigencia del contrato (...)"

Igualmente, dentro de la Parte Especial, en su numeral 4.2. Estructura Tarifaria, literal (a) establece:

(...) (a) Para efectos de los dispuesto en la Sección 1.145 de la Parte General del, y de acuerdo con lo establecido por la Resolución No.02109 del 02 de julio de 2015, la estructura tarifaria que se aplicará (...)

Es importante también tener en cuenta que el Contrato de Concesión, en su Parte Especial, numeral 3.3. División del Proyecto contempla que la Unidad Funcional 3, contempla la rehabilitación como tipo de intervención.

Adicionalmente, el Concesionario mediante comunicación 6166-S1-002601 con fecha del 31 de marzo de 2017, informa entre otras cosas, que *"(...) se han venido realizando acercamientos con las entidades de orden regional y departamental, así como, con las comunidades del área de influencia directa del corredor concesionado y del referido peaje, en aras de socializar los avances de los estudios y diseños en donde además se ha informado de manera clara y precisa la obligación de traslado del Peaje El Pató (...)".* Igualmente *indica "(...) se ha manifestado por parte de la Administración Municipal de Natagaima, en cabeza del señor Alcalde Jesus Alberto Manios Urbano, y de diferentes asociaciones indígenas entre resguardos y cabildos asentados en el municipio de Natagaima, requerimientos en torno a la necesidad de consultar con dichas comunidades indígenas el traslado del señalado peaje. (...)* y más adelante el Concesionario indica *(...) de la Unidad Funcional 3 y específicamente en el sector de traslado del peaje, se han identificado preliminarmente 28 resguardos en un área de 6 kilómetros a lado y lado del corredor vial debidamente delimitados y georreferenciados y, la presencia de parcialidades indígenas en un número indeterminado (...)".*

El Concesionario igualmente, mediante su comunicación No. S1-003389 del 04 de julio de 2017 informa que *"(...) la proyección del tráfico para el peaje "El Pata" se realizó sobre el histórico del tráfico de la ubicación actual del peaje.*

Así mismo, nos permitirmos confirmarles que el no traslado del Peaje "El Pata" no implica la activación de la Compensación por Riesgo por menor recaudo establecida en el Contrato de Concesión en la Sección 3.2. (c). (...)"

En este sentido, también se considera el pronunciamiento de la Interventoría mediante su oficio No. HMV2909-928 del 29 de abril de 2017, donde hace un análisis sobre el "Traslado Peaje Pata Sector

K60 a K63 - UF3" considerando aspectos operativos, sociales, prediales, ambientales y jurídicos en los cuales, tienen en cuenta escenarios para la situación con reubicación o sin reubicación.

De lo anterior, es importante mencionar que luego de este análisis, la Interventoría en cada una de las áreas revisadas, estableció de manera general que dados los impactos e implicaciones que tiene la reubicación del Peaje Patá, lo que se consideraría más recomendable es mantener la ubicación actual del Peaje Patá.

Adicionalmente, mediante memorando interno No. 20176050172053 del 04 de diciembre de 2017, el área social de la Entidad se pronunció acogiendo el concepto emitido por la Interventoría, en lo referido a los impactos sociales en caso de realizar la reubicación del Peaje Patá, dado principalmente por la necesidad de realizar consultas previas y su considerable costo.

4.1.2. Eliminar del Apéndice Técnico 1, la Sección 3.6 en la cual se establece la reubicación del peaje El Patá, como consecuencia de lo establecido anteriormente:

Para este aspecto, se consideran los análisis realizados tanto por el Concesionario como la correspondiente validación realizada por la Interventoría, así como el pronunciamiento y análisis realizado por el equipo del proyecto, relacionado a los escenarios de reubicación o no del Peaje, Patá toda vez, que de estos escenarios permiten estimar los impactos relacionados a cada una de las áreas del proyecto (técnica, financiera, jurídica, predial, ambiental y social) y en general poder establecer un análisis integral de riesgos sobre el proyecto. En consecuencia, esta eliminación dentro del Apéndice Técnico 1, corresponde a la formalización de la modificación contractual, y se considera bajo la revisión de las obligaciones contractuales relacionadas.

De manera similar a la sección 4.1.1. del presente documento (dada la relación entre dichos numerales), se considera pertinente considerar las comunicaciones presentadas:

- Comunicación del Concesionario No. S1-002601 del 31 de marzo de 2017, cuyo asunto es "Solicitud evaluación requerimientos comunidades indígenas sector Natagaima.
- Comunicación de la Interventoría HMV No. 2909-928 del 29 de abril de 2017, cuyo asunto es "Traslado de Peaje Pata Sector K60 a K63 UF-3"
- Memorando Interno con No. de radicado 201720010831-3 del 4 de agosto de 2017 enviado por la Vicepresidencia de Estructuración a la Gerencia del Proyecto VGC, cuyo asunto es "Respuesta solicitud de Concesionario Proyecto Neiva Espinal – Girardot, Ubicación del Peaje de Pata. Rad 20173050072653"

4.1.3. Modificar la Sección 4.2.3.3 del Apéndice Técnico 2 del Contrato, con el fin de excluir el literal a) de la misma:

Este aspecto está relacionado básicamente con el literal a) de la Sección 4.2.3.3 del Apéndice Técnico 2, el cual establece que, dentro de los informes que requieren actualización anual está contemplado el Manual de Operación. No obstante, el Apéndice Técnico 2 en su sección 3.2.1 contempla que *"(...) 3.2.1 Manual de Operación (...) Cada veinticuatro (24) meses el Concesionario deberá presentar una actualización de este Manual, incorporando mejoras al mismo basado en las situaciones que hayan acontecido en el Contrato de Concesión y las recomendaciones proporcionadas por la Interventoría."*

4.2. OBSERVACIONES DE RIESGOS:

Teniendo en cuenta lo establecido en el Contrato de Concesión, la asignación de los riesgos establecidos para el desarrollo del proyecto y la modificación que se plantea en el presente estudio se puede mencionar lo siguiente con respecto a los riesgos:

4.2.1. No reubicación del Peaje El Pata:

- Gestión y Adquisición Predial: Con respecto a los riesgos asociados a la gestión predial, estos continúan a cargo del Concesionario tal como se encuentra la asignación de riesgos del contrato, no obstante, se debe tener en cuenta entre otras cosas, el pronunciamiento de la interventoría con respecto al traslado del Peaje Pata, ya que dicha comunicación trata el tema de los impactos sobre aspectos prediales en el escenario de mantener la ubicación actual de dicha estación. Por lo tanto, se considera que los aspectos y actividades relacionadas a dicha gestión, serán asumidas por el Concesionario y no generan riesgos adicionales a la Entidad. Pese a lo anterior, se recomienda que se pueda contemplar un análisis sobre posibles ahorros en gestión predial en comparación de los escenarios de reubicación y mantener la ubicación actual del Peaje.

  Ahora bien, para la adquisición predial, al igual que para la gestión predial, la presente modificación contractual no altera la asignación de este riesgo. Sin embargo, se recomienda realizar el balance financiero de los dos escenarios que permita a la Entidad adelantar las acciones de mitigación más apropiadas para el proyecto.

- Estudios, Diseños y Construcción: Con respecto a la construcción de las obras del proyecto, implica los ajustes en diseños, el plan de obras y las intervenciones sobre la calzada y el Peaje El Patá, cuyo riesgo continúa a cargo del Concesionario, por lo tanto, se espera que

éste adelante la gestión que permita cumplir en tiempo y calidad, así como con el alcance del contrato, los indicadores, la seguridad de los usuarios y los niveles de servicio. Es importante mencionar, que los ajustes y modificaciones en diseño y construcción que se deriven por la modificación contractual no podrían dar lugar a reconocimiento alguno por parte de la Entidad y continúan a cuenta y riesgo del Concesionario, en la medida que no es una imposición de la Entidad.

En este sentido, como parte del análisis de riesgo es indispensable contar con el estimado comparativo de CAPEX (incluidos equipos, obras civiles, y todas las actividades relacionadas) entre la NO reubicación y el traslado del Peaje según lo establecido contractualmente.

- Operación y Mantenimiento: El concesionario continuará con la obligación de realizar todas y cada una de las actividades relacionadas con la operación, los mantenimientos rutinarios y periódicos de la vía y la Estación de Peaje; con esta modificación contractual se preservan las obligaciones a cubrir durante todas las etapas definidas en el contrato de concesión. Es importante mencionar que esta modificación mantiene indemnes las actividades en alcance, periodicidad y frecuencia, entre otros factores técnicos, así como los riesgos de sobrecostos asociados.

- Riesgos asociados al Recaudo del Peaje**:** Teniendo en cuenta los pronunciamientos y análisis emitidos tanto por Interventoría como del Concesionario, así como la revisión del Estudio de Transporte del proyecto se puede en principio considerar que entre los dos puntos de la vía no se detectan condiciones (poblaciones, entradas o salidas, entre otros) que puedan alterar el flujo vehicular y por ende presentar diferencias significativas en el recaudo en el Peaje El Patá, dada la no reubicación de la Estación; por lo tanto, dentro de este análisis de riesgos, no se asumen mayores obligaciones de parte de la Entidad por compensación de riesgo por recaudo.

  Por otro lado, mantener la ubicación actual del Peaje, desde la perspectiva Social, se puede considerar como una medida de mitigación, dado que, de presentarse la reubicación del mencionado peaje, se estarían impactando varias comunidades indígenas (entre cabildos y resguardos), además de los pobladores de la zona del municipio de Natagaima, con efectos en los tiempos de ejecución para el desarrollo del proyecto. Desde la perspectiva Ambiental, se debe continuar con las gestiones de parte del Concesionario para tramitar y obtener los permisos ante las autoridades ambientales.

  Igualmente, es importante que dentro del otrosí se incluya la renuncia por parte del Concesionario al reconocimiento de compensaciones por reubicación de la estación de peaje.

No obstante lo anterior, y dado que la reubicación del Peaje corresponde a una obligación contractual, se recomienda, contar con las evidencias y los pronunciamientos socio-políticos donde se valide mantener la Estación de Peaje en la ubicación actual.

Adicionalmente, desde GIT Riesgos, se considera importante incluir las consultas realizadas a la Vicepresidencia de Estructuración, sobre las consideraciones técnicas, sociales, ambientales que motivaron la reubicación del Peaje El Pata.

Al margen de lo mencionado anteriormente, se recomienda hacer una validación en campo actualizada mediante conteos de tráfico en el sitio donde se proyecta la reubicación del Peaje El Pata, y compararlos con el tráfico en la ubicación actual del Peaje.

4.2.2. Modificar la Sección 4.2.3.3 del Apéndice Técnico 2 del Contrato, con el fin de excluir el literal a) de la misma (Informe de Operación):

En la medida que aclara las obligaciones contractuales, dando certidumbre sobre el periodo para los informes de operación, según consideraciones técnicas, periodicidad de 24 meses se considera conveniente desde el punto de vista Jurídico, dicha solicitud de aclaración no implica cambios en la identificación y asignación de los riesgos del proyecto.

En conclusión, la modificación contractual planteada, no implica ningún cambio en la identificación y asignación de los riesgos del contrato estándar y la parte especial, apéndices, así como sus documentos accesorios. Finalmente, el análisis presentado se realizó de acuerdo con la documentación aportada y teniendo en cuenta los impactos al proyecto que se pudieran generar en atención a la solicitud que realizó el Concesionario.

5. ANÁLISIS TÉCNICO

5.1. No traslado del peaje Patá por riesgo de sobrecostos en Consultas Previas con comunidades indígenas de Natagaima.

Mediante Resolución 2109 de 2015 "Por la cual se reubica la estación de peaje El Patá, y se establecen las tarifas a cobrar en las estaciones de Flandes, Neiva y El Patá, pertenecientes al proyecto de asociación público privada Neiva – Girardot" resolvió en su Artículo Primero que la estación de peaje El Patá se reubicaría del PR53+400 al PR58+000 en jurisdicción del municipio de Natagaima.

A su vez, el Apéndice Técnico 1 del Contrato de Concesión No 017 de 2015 en el numeral 3.6 - REUBICACIÓN DE PEAJE *"(...)indica la Estación de Peaje que el Concesionario deberá trasladar durante la Fase de Construcción de acuerdo con lo establecido en el Apéndice Técnico 2.*

Tabla 1. Reubicación del peaje El Patá.

Nombre	*Ubicación*	*Sentido de Cobro*
El Patá	*PR60+000 – PR63 +000 Ruta 4506*	*Bidireccional*

El 3 de abril de 2017, mediante comunicación radicada en la ANI bajo el No 2017-409-034957-2, el Concesionario pone en conocimiento que, en desarrollo de las actividades propias del Contrato No 17 de 2015 ha realizado acercamientos con las entidades de orden regional y las comunidades del área de influencia del proyecto indicando que:

> *"Al respecto, debemos señalar, que en dichos escenarios se ha manifestado por parte de la Administración Municipal de Natagaima, en cabeza del señor Alcalde Jesús Alberto Manios Urbano, y de diferentes asociaciones indígenas entre resguardos y cabildos asentados en el municipio de Natagaima, requerimientos en torno a la necesidad de consultar con dichas comunidades indígenas el traslado del señalado peaje. En este sentido, vale la pena informar que en el área directa de la Unidad Funcional 3 y específicamente en el sector de traslado del peaje,* ***se han identificado preliminarmente 28 resguardos*** *en un área de 6 kilómetros a lado y lado del corredor vial debidamente delimitados y georreferenciados y, la presencia de parcialidades indígenas en un número indeterminado."* (subrayado y negrilla fuera de texto)

La Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, mediante certificación No 788 del 9 de agosto de 2016 determinó:

> *"**PRIMERO**. Que no se registra presencia de comunidades indígenas, Minorías y Rom, en el área del proyecto: "ESTUDIOS, DISEÑOS, CONSTRUCCIÓN, OPERACIÓN, MANTENIMIENTO, GESTION SOCIAL, PREDIAL Y AMBIENTAL DEL CORREDOR NEIVA – ESPINAL – GIRARDOT. UNIDAD FUNCIONAL 3: AIPE – SALDAÑA SECTOR CONSTRUCCIÓN PEAJE EL PATÁ", localizado en La Vereda Pueblo Nuevo, jurisdicción del municipio de Natagaima, en el departamento de Tolima, identificado con las siguientes coordenadas: (...)"*

La Unidad Funcional 3, en la cual se encuentra ubicado el peaje Patá, cuyo alcance está definido en el Apéndice Técnico 1 del Contrato es la rehabilitación de la vía existente en una longitud de 89,4Km y el reemplazo del puente sobre el río Anchique.

Por su parte, el Apéndice Técnico 2 – Condiciones de operación y mantenimiento establecen el equipamento básico para las estaciones de peaje, independientemente de su ubicación así:

"3.3.4.1Equipamiento Básico

El Concesionario estará obligado a construir, sustituir y/o adecuar la infraestructura de las Estaciones de Peaje que se le entreguen, que a título indicativo más no limitativo incluirá las casetas, carriles, zonas de transición, cubiertas, iluminación, arborización, redes y edificaciones de soporte que conforman cada Estación de Peaje, con el objeto de poner a disposición de los Usuarios una Estación de Peaje que ofrezca las condiciones de nivel de servicio establecidas en este Apéndice Técnico y cumpla con los Indicadores establecidos en el Apéndice Técnico 4.

Las Estaciones de Peaje deberán contar con toda la infraestructura básica y las edificaciones que permitan ofrecer condiciones adecuadas de confort y seguridad a los usuarios, incluyendo señalización indicativa e iluminación de un tramo mínimo de la vía de 400 metros en cada sentido. Las acometidas de servicios de todas las instalaciones necesarias para la Operación de la vía serán administradas por el Concesionario, incluyendo las estaciones de peaje, pesajes, y centros de control, pero sin limitarse a ellas.

Además del equipamiento de cobro y control, el Concesionario deberá dotar a la Estación de Peaje con el equipamiento y los servicios públicos suficientes para sustentar su Operación, incluyendo la construcción de edificaciones de apoyo para servicios sanitarios y de descanso para el personal que trabaja en la Estación de Peaje, estacionamientos para los vehículos del Concesionario, oficinas, área para el manejo seguro de dinero y, espacios para la ubicación de equipos de computación que permitan el almacenaje y transmisión de datos, pero sin limitarse a ellos. La Estación de Peaje también debe contar con equipos para la Operación del peaje en condiciones de falla de la energía eléctrica.

El Concesionario estará obligado al pago del consumo de los servicios públicos en la Estación de Peaje, tales como agua, energía, alcantarillado, gas, teléfono, Internet y otros. Cuando proceda, también estará obligado al pago del suministro de combustible para el funcionamiento de la planta eléctrica de emergencia.

El Concesionario realizará la demarcación de piso de los resaltos y del carril en la zona de recaudo y la zona de transición de la Estación de Peaje, y dispondrá la fabricación e instalación de la señalización vertical informativa y de aproximación a la Estación de Peaje, conforme lo estipula el Manual de Señalización del Ministerio de Transporte, resolución 1050 del 2004, o las normas que la modifiquen o sustituyan.

La adecuación de la infraestructura y puesta en Operación de cada Estación de Peaje deberá culminar antes de la terminación de las Intervenciones de cada Unidad Funcional

según el Plan de Obras del Contrato. Por lo tanto, las obras de adecuación de las áreas de Peaje serán requisito para la suscripción del Acta de Terminación de la Unidad Funcional correspondiente."

Adicionalmente, el numeral 3.3.4.2 "*Dimensionamiento del Peaje. Niveles de Servicio",* establece que:

"El Concesionario será responsable del dimensionamiento inicial del número de cabinas de recaudo y de los equipos de cobro, inclusive semiautomáticos y automáticos, con el objeto de proveer un nivel de servicio satisfactorio que cumpla con los Indicadores.(...)

El diseño y la construcción de los sistemas de cobro y dimensionamiento del carril serán responsabilidad del Concesionario, quien asumirá todos los costos asociados, incluyendo los ajustes a la infraestructura que fuesen necesarios en las Estaciones de Peaje, entre otros."

Teniendo en cuenta lo manifestado por el Concesionario, en su comunicación radicada en la ANI bajo el No 2017-409-070192-2 del 05/07/2017, *"(...) que la proyección de tráfico para el peaje "El Patá" se realizó sobre el histórico del tráfico de la ubicación actual del peaje",* se concluye que el dimensionamiento inicial de la estación del peaje El Patá en el sitio actual (PR) ó en el especificado en el Apéndice 1 (PR60+000 – PR63+000) es el mismo y por lo tanto no tendría variación en número de casetas de recaudo ni de los equipos de cobro ya que está basado en la proyección de tráfico.

6. ANALISÍS JURÍDICO

Para empezar, es importante que se tenga en cuenta que en el presente estudio se conceptúa sobre dos cuestiones distintas relacionadas con el Contrato de Concesión No. 17 de 2015 y que, por tanto, en cada uno de los acápites siguientes se abordarán los temas de manera separada, identificándolos con los literales a y b.

6.1. Consulta

A continuación, se relacionan las modificaciones que se pretenden efectuar al Contrato y que son objeto de la consulta que mediante el presente memorando se absuelve:

a) Eliminación de la Sección 3.6 del Apéndice Técnico 1 del Contrato de Concesión que ordena la reubicación de la estación del Peaje El Patá al municipio de Natagaima de acuerdo con lo establecido en el Apéndice Técnico 2, con el fin de dejar sin efectos dicho obligación.

b) Modificación de la Sección 4.2.3.3 del Apéndice Técnico 2 del Contrato, con el fin de excluir el literal a) del mismo, que establece que la Actualización Integral del Manual de Operación debe efectuarse anualmente.

6.2. Conclusiones y recomendaciones

a) Sobre la eliminación de la Sección 3.6 del Apéndice Técnico 1 del Contrato de Concesión que ordena la reubicación de la estación del Peaje El Patá al municipio de Natagaima.

Esta gerencia recomienda la suscripción de un otrosí al Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 17 de 2015 con el objetivo de:

- Formalizar el acuerdo entre las Partes de adelantar ante el Ministerio de Transporte la modificación de la Resolución No. 2109 de 2015, con el fin de eliminar la obligación de reubicar el peaje El Patá al PR60+000 – PR63 +000 Ruta 4506.
- Formalizar la renuncia del Concesionario a la compensación del valor del riesgo materializado de menor recaudo que pudiera llegar a causarse como consecuencia de la instalación de la estación de peaje El Patá en una ubicación diferente a la inicialmente establecida en el Apéndice Técnico 1.

Es importante resaltar que la eliminación de la obligación de traslado del peaje El Patá y la efectividad de la renuncia antes referida, están sujetas a la modificación de la Resolución No. 2109 de 2015 por parte del Ministerio de Transporte, y que en caso de que por cualquier motivo no se efectúe modificación alguna del acto administrativo en mención, dichos acuerdos no surtirán efectos, pues por sí mismos no tienen la virtualidad de modificar el Contrato de Concesión.

b) Sobre la modificación de la Sección 4.2.3.3 del Apéndice Técnico 2 del Contrato, con el fin de excluir el literal a) del mismo, que establece que la Actualización Integral del Manual de Operación debe efectuarse anualmente.

Esta gerencia recomienda la modificación de la Sección 4.2.3.3 del Apéndice Técnico 2 del Contrato de Concesión, con el fin de excluir de los informes que deben ser actualizados anualmente, el Manual de Operación, contenido en el literal a) de la referida Sección.

6.3. Hechos y Antecedentes Relevantes

a) Sobre la eliminación de la Sección 3.6 del Apéndice Técnico 1 del Contrato de Concesión que ordena la reubicación de la estación del Peaje El Patá al municipio de Natagaima.

6.3.1. Mediante Resolución No. 2109 expedida el 2 de julio de 2015, el Ministerio de Transporte ordenó la reubicación de la Estación de Peaje El Patá del PR 53+100 al PR 58+000, de conformidad con las condiciones establecidas en el Contrato que se derivara de la Iniciativa Privada.

6.3.2. Como consecuencia de lo anterior, el Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 17 de 2015 dispuso en la Sección 3.6 del Apéndice Técnico 1, sobre la Reubicación del Peaje El Patá, lo siguiente:

"A continuación se indica la Estación de Peaje que el Concesionario deberá trasladar durante la Fase de Construcción de acuerdo con lo establecido en el Apéndice Técnico 2.

Tabla 16. Reubicación del peaje El Patá.

Nombre	*Ubicación*	*Sentido de Cobro*
El Patá	*PR60+000 – PR63 +000 Ruta 4506*	*Bidireccional*

6.3.3. De acuerdo con lo expuesto, actualmente el Concesionario se encuentra obligado a efectuar el traslado del Peaje El Patá en los términos establecidos en la Resolución No. 2109 de 2015 y en el Contrato de Concesión.

6.3.4. La Sección 3.4 (g) (i) de la parte general del Contrato de Concesión establece que en caso de que por causas no imputables al Concesionario no sea posible la instalación de las estaciones de peaje en las ubicaciones establecidas en el Apéndice Técnico 1 se generará a cargo de la entidad el pago de compensaciones.

6.3.5. Mediante comunicación radicada en la ANI el 2 de abril de 2017 bajo el No 2017-409-034957-2, el Concesionario comunicó que, en desarrollo de la etapa preoperativa del contrato ha realizado acercamientos con las autoridades locales y regionales y con las comunidades del área de influencia del corredor concesionado, en las que, entre otros aspectos, anunció de manera clara y precisa su obligación de trasladar la estación de peaje El Patá.

6.3.6. Así mismo informó que como resultado de las actuaciones previas antes señaladas, se identificaron en el área directa de la Unidad Funcional 3, específicamente en el sector de traslado del peaje, 28 resguardos en un área de 6 km a lado y lado del corredor vial debidamente delimitados y georreferenciados y parcialidades indígenas en un número indeterminado, y que las autoridades locales han hecho requerimientos en torno a la necesidad de consultar con dichas comunidades el traslado del peaje El Patá.

6.3.7. La Corte Suprema de Justicia mediante sentencias STC496-2017 y STC482-2017 del 25 de enero de 2017 señaló que para el emplazamiento de peajes se deberá consultar con las comunidades, sin importar que el tipo de intervención del corredor sea de rehabilitación. El análisis de las referidas sentencias se abordará en el acápite de consideraciones del presente concepto.

6.3.8. El Concesionario con base en los antecedentes señalados en los numerales 5.3.6 y 5.3.7. ha venido solicitando la suscripción de un otrosí al Contrato de Concesión con el fin de acordar la NO reubicación de la estación de peaje El Patá en las condiciones establecidas en la Resolución No. 2109 de 2015 y en el Contrato de Concesión. Dicha solicitud fue formalizada mediante oficio radicado en la ANI bajo el No. 2017-409-058966-2 del 5 de agosto de 2017.

6.3.9. Sobre la solicitud en mención se han cruzado las siguientes comunicaciones.

- Oficio radicado en la ANI bajo el No. 2017-409-034957-2 del 3 de abril de 2017, por medio de la cual, el Concesionario solicita que en consideración a los requerimientos de las comunidades indígenas del sector en el que se ordenó la reubicación del Peaje El Patá denominado Natagaima, se realice una evaluación del riesgo de reubicación teniendo en cuenta la nueva realidad jurídica creada por la Corte Suprema de Justicia y fruto de lo anterior, se modifique el Contrato de Concesión, eliminando la obligatoriedad de desplazar el peaje al municipio de Natagaima.

- Oficio radicado en la ANI bajo el No. 2017-409045068-2 del 2 de mayo de 2017, por medio del cual, la sociedad HMV Consultoría presenta la evaluación operativa, social, predial, ambiental y jurídica de las implicaciones de trasladar la estación de peaje en los términos de la Resolución No. 2109 de 2015 y del Contrato de Concesión y de mantenerlo en el mismo sitio, conceptuando favorablemente sobre la solicitud de no reubicación de acuerdo con las consideraciones incluidas en el mismo.

- Oficio radicado en la ANI bajo el No. 2017-409-058966-2 del 5 de junio de 2017, por medio del cual, el Concesionario reitera su solicitud de no reubicación de peaje El Patá teniendo en cuenta el alto riesgo de que se imponga la obligatoriedad de realizar consultas previas para tales fines.

- Oficio radicado en la ANI bajo el No. 2017-409-070192-2 del 5 de julio de 2017, por medio del cual, el Concesionario señala que la proyección de tráfico para el Peaje el Patá se realizó sobre el histórico de tráfico de la ubicación actual del peaje y que por tanto, su no traslado no implica la activación del riesgo por menor recaudo.

- Memorando radicado ANI No. 2017-200-010831-3 del 4 de agosto de 2017, por medio del cual, la Vicepresidencia de Estructuración de la Agencia Nacional de Infraestructura informa que, las proyecciones de tráfico para el Peaje El Patá se hicieron en la ubicación actual.

- Memorando radicado ANI No. 2017-101-014138-3 del 9 de octubre de 2017 la Gerencia Jurídica solicita a las Gerencias Social, Ambiental y Predial que se pronuncien sobre los asuntos solicitados por el Concesionario que eventualmente serían objeto del otrosí No. 7 al contrato.

- Memorando radicado ANI No. 2017-605-017205-3 del 4 de diciembre de 2017 por medio del cual las Gerencias Social, Ambiental y Predial dan respuesta al requerimiento antes señalado, conceptuando favorablemente sobre la solicitud del Concesionario de No reubicación del Peaje El Patá.

- Oficio radicado ANI No. 2018-409-018606-2 del 22 de febrero de 2018, por medio del cual la interventoría da alcance al concepto emitido con oficio radicado ANI No. 2017-4090450682 del 2 de mayo de 2017, conceptuando favorablemente sobre la solicitud de no reubicación de acuerdo con las consideraciones incluidas en el mismo.

- Memorando radicado ANI No. 2018-310-004424-3 del 8 de marzo de 2018, por medio del cual la Gerencia Financiera emite concepto favorable sobre la solicitud del Concesionario de No reubicación del Peaje El Patá, concluyendo que esta no le generaría efectos financieros favorables y señalando los argumentos técnicos, prediales, sociales y ambientales que soportan dicha conclusión.

- Memorando radicado ANI No 2018-604-006996-3 del 7 de mayo de 2018, por medio del cual la Gerencia Predial da alcance al concepto anterior indicando que en cualquier escenario, bien sea en la ubicación actual o en trasladarlo, el área es equivalente, por lo que no presumen sobrecostos o ahorros.

- Memorando radicado ANI No. 2018-602-005945-3 del 16 de abril de 2018, por medio del cual la Gerencia de Riesgos emite concepto favorable sobre la suscripción del Otrosí 7.

b) Sobre la modificación de la Sección 4.2.3.3 del Apéndice Técnico 2 del Contrato, con el fin de excluir el literal a) del mismo, que establece que la Actualización Integral del Manual de Operación debe efectuarse anualmente.

6.3.10. La Sección 3.2 del Apéndice Técnico 2 del Contrato establece con relación a la actualización del Manual de Operación lo siguiente:

"3.2 Obligaciones generales

(...) 3.2.1 Manual de Operación

(...)

Cada veinticuatro (24) meses el Concesionario deberá presentar una actualización de este Manual, incorporando mejoras al mismo basado en las situaciones que hayan acontecido en el Contrato de Concesión y las recomendaciones proporcionadas por la Interventoría."

6.3.11. Por su parte, la Sección 4.2 del mismo Apéndice dispone que:

"4.2 Preparación de Informes

4.2.3.3 Otros Informes Anuales

También serán entregados con una frecuencia anual los siguientes informes:

a. *Actualización integral del Manual de Operación para el año nuevo".*
(...)

6.3.12. De acuerdo con lo anterior, se advierte que, en la Sección 3.2.1 del Apéndice Técnico 2 que regula lo correspondiente al Manual de Operación y Mantenimiento se estableció que su actualización debe realizarse cada veinticuatro (24) meses; Sin embargo, la Sección 4.2.3.3 que regula lo correspondiente a "otros informes anuales" menciona dentro de los informes que deben ser actualizados anualmente el Manual de Operación

6.3.13. Mediante comunicación HMV2909-973 del 22 de mayo de 2017, la sociedad HMV CONSULTORÍA quien ejecuta la interventoría al Contrato de Concesión No. 17 de 2015, pone en conocimiento de la entidad la inconsistencia señalada, solicitando a la Entidad que proceda a aclarar lo pertinente.

6.4. Consideraciones

6.4.1. Marco Normativo

a) Sobre la eliminación de la Sección 3.6 del Apéndice Técnico 1 del Contrato de Concesión que ordena la reubicación de la estación del Peaje El Patá al municipio de Natagaima

- Resolución No. 2109 de 2015 por medio de la cual, entre otras cosas se ordena la Resolución del Peaje El Patá.
- Contrato de Concesión No. 17 de 2015
- Directiva Presidencial No. 1 del 26 de marzo de 2010
- Sentencia STC482-2017 Radicación N°44001-22-14-002-2016-00043-02 de la Corte Suprema de Justicia, aprobada en sesión del 25 de enero de 2017 Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona
- Sentencia STC496-2017 Radicación N°2000122140022016-00195-02 de la Corte Suprema de Justicia, aprobada en sesión del 25 de enero de 2017. Sala de Casación Civil Magistrado Ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo
- Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 14 de mayo de 2014

b) Sobre la modificación de la Sección 4.2.3.3 del Apéndice Técnico 2 del Contrato, con el fin de excluir el literal a) del mismo, que establece que la Actualización Integral del Manual de Operación debe efectuarse anualmente.

- Contrato de Concesión No. 17 de 2015
- Código Civil

6.4.2. Aplicación al caso Concreto

6.4.2.1. Sobre la eliminación de la Sección 3.6 del Apéndice Técnico 1 del Contrato de Concesión que ordena la reubicación de la estación del Peaje El Patá al municipio de Natagaima.

Frente a la necesidad de consultar a las comunidades del área de influencia sobre el traslado de peaje antes de la expedición de la Resolución No. 2109 de 2015 y en la estructuración de la Iniciativa Privada:

Esta gerencia analizó la necesidad de que con anterioridad a la expedición de la Resolución No. 2109 de 2015 se consultara con las comunidades del área de influencia del proyecto sobre el traslado del peaje, advirtiendo que, conforme con el numeral segundo de la Directiva Presidencial No. 1 del 26 de marzo 2010 que trata sobre la "*Garantía del derecho fundamental a la Consulta Previa de los Grupos Étnicos Nacionales*" la instalación de estaciones de peajes no se encuentra dentro de las acciones que requieren dicha garantía.

En la misma línea, se resalta que en la estructuración de la Iniciativa Privada se contempló que el traslado de la estación de peaje se realizara del PR 53+400 al PR 58+000, ubicación que hace parte de la Unidad Funcional 3 del proyecto que tiene alcance de Rehabilitación, por lo que, conforme con lo dispuesto en el numeral tercero de la Directiva Presidencial No. 1 de 2010 no requiere de proceso de consulta previa para su ejecución.

Así mismo, y siendo este un antecedente muy importante para el presente análisis, debe considerarse que, pese a que el literal b) del numeral segundo de la misma directiva en mención, establece las actividades que no requieren de consulta previa, el mismo insta a que en todo caso se solicite ante la Oficina de Consulta Previa la certificación correspondiente, y en cumplimiento de tal prerrogativa, se adelantó el trámite ante la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, quien mediante certificación No. 788 del 9 de agosto de 2016 determinó que: "no *se registra presencia de comunidades indígenas, Minorías y Rom. En el área del Proyecto ESTUDIOS, DISEÑOS, CONSTRUCCIÓN, OPERACIÓN, MANTENIMIENTO, GESTIÓN SOCIAL, PREDIAL Y AMBIENTAL DEL CORREDOR NEIVA ESPINAL GIRARDOT, UNIDAD FUNCIONAL 3 AIPE SALDAÑA SECTOR CONSTRUCCIÓN PEAJE EL PATA, localizado en la vereda de Pueblo Nuevo, jurisdicción del municipio de Natagaima, en el departamento del Tolima, identificado con las siguientes coordenadas (...)*".

Se concluye según lo mencionado, que conforme con la normatividad vigente ni el acto administrativo que ordenó el traslado de la estación del peaje, ni el Contrato de Concesión, contemplaron la necesidad de realizar consultas previas para tales efectos y que, de la misma forma, de acuerdo con lo establecido en la certificación No. 788 del 9 de agosto de 2016, no se registró la presencia de comunidades en el área correspondiente a la Unidad Funcional 3 del proyecto.

Frente al precedente jurisprudencial que alerta sobre el riesgo de que se imponga la obligación de realizar consultas previas para la instalación de estaciones de peaje:

Las sentencias STC496-2017 y STC482-2017 del 25 de enero de 2017 proferidas por la Corte Suprema de Justicia mediante las cuales se ordenó la ejecución de consulta previa a las comunidades étnicas tutelantes, con ocasión de la construcción de nuevas casetas de peaje en un proyecto cuyo alcance es la rehabilitación y mantenimiento de una calzada existente, crearon una nueva realidad jurídica que alerta sobre el riesgo de que se imponga la obligación de realizar dichas consultas a por lo menos 28 comunidades preliminarmente identificadas a lo largo de los 6 km descritos.

A continuación, se presenta un extracto de las referidas jurisprudencias:

STC482-2017 Radicación N.° 44001-22-14-002-2016-00043-02 (Aprobada en sesión del 25 de enero de 2017. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona

Mediante acción de tutela el Consejo Comunitario Ancestral "*Carmelo Banquet*" del Corregimiento de Los Haticos (Municipio San Juan del Cesar), reconocido mediante Resolución No. 0576 de 19 de septiembre de 2014, demandó la protección a las prerrogativas al debido proceso, información de los pueblos afrodescendientes, participación ciudadana, buena fe, igualdad, respeto por el consenso, pacto social y la autodeterminación de los pueblos, consulta previa y libertad de locomoción.

Lo anterior considerando que dichos derechos fueron presuntamente vulnerados por la Agencia Nacional de Infraestructura y los Ministerios de Transporte y del Interior, al autorizar a la Concesión Cesar Guajira S.A.S. a edificar una caseta de peaje en la vía que comunica a San Juan del Cesar con Valledupar, sin que, según anuncia, se haya socializado esa obra a través de consulta previa y sin que se hayan identificado las posibles afectaciones que el cobro del peaje puede traer consigo a la cultura y a la organización de las comunidades negras. En consecuencia, dicho Consejo solicitó que se dejaran sin efectos las Resoluciones No. 1919 de 2015 y 2036 de 2016, por medio de las cuales el Ministerio de Transporte otorgó autorización para la instalación del peaje Río Seco, en desarrollo del contrato de Concesión del proceso N° VJ-VE-APP-IPV-003-2015 de 23 de junio de 2015, hasta que se llevara a cabo la consulta previa con las comunidades asentadas dentro de cada uno de los territorios donde los Consejos Comunitarios tienen influencia.

La alta corporación para resolver la problemática planteada determinó que era necesario establecer si para la construcción del peaje "*Río Seco*" en el kilómetro 35 de la vía que comunica a San Juan del Cesar con Valledupar era necesario adelantar la consulta previa con las comunidades ancestralmente residentes en la zona de influencia, concluyendo que:

> *"Al respecto, el señalado proyecto planea edificarse en el kilómetro "(...) PR31 + 500 de la Ruta 8004 A, entre [los] corregimiento[s] de Badillo (...) jurisdicción de San Juan del Cesar (...) y Los Háticos (...) jurisdicción del municipio de Valledupar (...)" (fl. 108 vuelto), por tanto, teniendo en cuenta que el Consejo Comunitario Ancestral "Carmelo Banquet" está asentado en el último de los referidos corregimientos, es evidente que resultaba indispensable efectuar a ese colectivo la consulta previa, pues aunque no se encuentre la obra dentro de su terreno, la misma puede eventualmente afectarlo, debido a la proximidad del peaje, atendiendo lo definido en precedencia.*
>
> *7. Adicionalmente, de conformidad con lo estatuido por el Ministerio del Interior en la Resolución 0837 de 1995, modificatoria de la N° 002 de 1973, la región de influencia del peaje hace parte de la denominada "Línea Negra", esto es, dentro de la "(...) delimitación tradicional del territorio indígena y de protección a la diversidad cultural (...) de la Sierra Nevada de Santa Marta (...)" (fls. 4 a 5 vuelto y 17 vuelto cdno. Corte 2).*
>
> *Por tanto, habida cuenta que el Estado ha reconocido esa zona como de influencia y de residencia de minorías étnicas, es aún más necesaria la realización de la consulta previa, no sólo a la colectividad aquí activante, sino a todas aquellas localizadas en la "Línea Negra"*

Como consecuencia de lo anterior, la sentencia en comento ordenó suspender las Resoluciones No. 1919 de 2015 y 2036 de 2016 expedidas por el Ministerio de Transporte y todos los actos encaminados a la construcción del peaje Rio Seco, mientras se llevaba a cabo el proceso de consulta previa a la comunidad tutelante y a las comunidades ancestrales ubicadas en la denominada "Línea Negra" que de alguna manera pudieran eventualmente ser afectadas con la obra.

STC496-2017 Radicación N.° 2000122140022016-00195-02 (Aprobada en sesión del 25 de enero de 2017. Sala de Casación Civil Magistrado Ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Mediante acción de tutela la organización Wiwa Yugumaiun Bunkuanarrua Tayrona cuestionó las Resoluciones 1919 de 2015 y 2036 de 2016, expedidas por el Ministerio de Transporte, a través de las cuales, respectivamente, (i) "*se emite concepto vinculante previo al establecimiento de las estaciones de peaje denominadas Rincón Hondo, Cuestecitas, San Diego, Salguero, Río Seco y Urumita*", y se "*establecen las tarifas a cobrar en las anteriores estaciones y en una estación de peaje existente denominada San Juan ubicada en el trayecto El Molino- San Juan del Cesar - Distracción*",

pertenecientes al proyecto de asociación público privada de iniciativa privada para la conexión de los Departamentos de Cesar y La Guajira.

La Corte al analizar si se vulneraba el derecho a la diversidad étnica y cultural de las comunidades Kogi, Arahuaco, Wiwa y Kankuamo, con la construcción de las casetas de peaje de Salguero, Río Seco, Rincón Hondo y San Diego dentro del territorio denominado la Línea Negra de la Sierra Nevada de Santa Marta, al no agotar el mecanismo de consulta previa, concluyó lo siguiente:

> *"(...) se concluye que en el sub examine resultaba necesario el adelantamiento de la consulta previa, puesto que la instalación de los peajes involucraba al territorio denominado Línea Negra y, por tanto, las comunidades indígenas accionante y vinculadas, se verían directamente afectadas.*
>
> *Ciertamente, tras analizar la demarcación simbólica de los hitos periféricos de la Línea Negra consignados en la Resolución 0837 de 1995, se observa que tres de los seis peajes enunciados en la Resolución 1919 de 2015, modificada por la 2036 de 2016 del Ministerio de Transporte, se encuentran dentro de dicho territorio sagrado, estos son: Río Seco, Salguero y Cuestecitas, último respecto del cual esta Corporación ya se pronunció en sentencia STC8883-2016, denegando el amparo por carencia de objeto, pues la "Concesión Cesar Guajira S.A.S., debido a toda [la] problemática social y política, decidió junto con la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), no adelantar las obras tendientes a la puesta en marcha del peaje que quedaría localizado en Cuestecitas".*
>
> *En efecto, de acuerdo con la prenotada Resolución 1919 de 2015, las estaciones de Salguero y Río Seco se encuentran en la ruta 80, especificando que los segmentos donde serán ubicadas son los designados 8004 y 8004-A, respectivamente, vía que está dentro de la delimitación de la Línea Negra, y conduce de Salguero a Río Seco, atravesando, entre otros, el municipio de Valledupar; mientras que los peajes de Rincón Hondo, San Diego y Urumita no están en esa zona protegida sino en la vía 49, tramos 4901 y 4902, mismos que se hallan ubicados sobre esa ruta en el recorrido de Rincón Hondo a Urumita.*
>
> *De manera que al localizarse dichos peajes dentro del territorio ancestral, existe una afectación directa (i) a la movilización de la comunidad accionante desde y hacia sus sitios sagrados, así como (ii) a su economía e, incluso, (iii) a sus costumbres y rituales; razón por la que se hacía necesario el adelantamiento del anotado proceso de consulta previa.*
>
> *Todo lo anterior de conformidad con las Resoluciones 0002 de 1973 y 0837 de 1995 del Ministerio de Interior, la jurisprudencia constitucional atrás citada, el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, y la Ley 21 de 1991 por la cual se adopta el anterior, última que prevé en el artículo 6 que se les deberá "consultar a los pueblos interesados,*

mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente".

En suma, se ampararan las prerrogativas fundamentales de la comunidad indígena accionante, para lo cual, se precisa, no se dispondrá dejar sin valor las resoluciones cuestionadas, pues no todos los peajes se encuentran en la mencionada Línea Negra, sino que se le ordenará al Ministerio de Transporte la suspensión inmediata de los efectos de los actos administrativos respecto de las estaciones de Salguero y Río Seco, la que se deberá mantener hasta que el Ministerio del Interior con la participación de los interesados en la instalación de esos peajes, agote el trámite de consulta previa, advirtiendo que, finalizado ese proceso, aquella Cartera tendrá que adoptar la decisión que corresponda"

De acuerdo con lo anterior, es justificada la preocupación manifestada por el Concesionario de que eventualmente se le imponga consultar a las comunidades del área directa del proyecto acerca del traslado de la estación de peaje El Patá si éstas hacen uso de la acción de tutela para tales efectos, pues dicha acción se ha considerado como el mecanismo idóneo para salvaguardar las prerrogativas esenciales de las comunidades accionantes como sujetos de especial protección constitucional, según el precedente creado a partir de las sentencias referidas.

Frente a la renuncia del Concesionario a la compensación del valor del riesgo materializado por menor recaudo originado por instalación en ubicación diferente a la establecida inicialmente en el Apéndice Técnico 1.

Considerando que el Concesionario manifestó su renuncia a cualquier tipo de compensación que se genere por la no reubicación del Peaje en los términos de la Sección 3.6 del Apéndice Técnico 1, a continuación, se analiza la licitud y validez de dicha renuncia, acudiendo a lo señalado en la jurisprudencia sobre el asunto.

Sobre el particular, se encontró que, luego de hacer un análisis sistemático de los artículos 5.3 y 24.5 de la ley 80 de 1993, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, se pronunció en sentencia del 14 de mayo de 2014, sobre las cláusulas de renuncia a reclamaciones por parte de contratistas, llegando a la conclusión de que estos podían renunciar a su derecho a reclamar, siempre y cuando tuvieran pleno y previo conocimiento de cuáles eran los derechos a los que renunciaban, manifestando lo siguiente:

"La renuncia de Construca SA., expresada en la cláusula segunda del "Acta de terminación" del contrato, según la cual: "... renuncia a cualquier reclamación judicial o extrajudicial en relación con el contrato No. 941 de 1989 y sus adicionales que por este documento se da por terminado..." - f l . 21, vto., cdno. 2-, hace parte de las posibilidades lícitas que admitía el

ordenamiento jurídico aplicable, porque se trataba de disponer de los derechos que conocía la parte hasta ese momento, y de ninguna manera expresó en este proceso judicial que se suscribió bajo presión indebida, para acceder a un pago o a reconocer un derecho o algo equivalente, que permitiera calificar la cláusula como abusiva, y por tanto nula (Negrillas de la Sala).

"Esto significa, tratándose de la disposición de derechos transigibles -como la mayoría de los patrimoniales-, que las partes pueden negociarlos, siempre que al hacerlo no medie intención de negar otros, que simplemente se intercambian o renuncian para evadir un mal mayor o para no perder ventajas o derechos presentes o futuros que le representa la otra parte del contrato -a favor de quien se renuncia-.

(...).

"De la misma manera, tampoco renunció desconociendo los derechos que tenía ni los efectos que produciría este acto sobre su patrimonio, teniendo en cuenta que en ese instante nadie mejor que él sabía si tenía o no reclamos presentados o por formular. Lo anterior significa que el conocimiento pleno y claro que tenga el contratista-renunciante o la entidad-renunciante al disponer de sus derechos es suficiente para que lo haga sin incurrir en ilegalidad. Caso contrario sucede cuando se renuncia a una indemnización o a un reclamo sin conocer los efectos que la actuación tiene o tendrá sobre los intereses de quien lo hace, como acontece en materia de responsabilidad médica, cuando los pacientes renuncian a demandar a las instituciones médicas sin conocer claramente el alcance de su voluntad (Negrillas de la Sala).

(...)

"Además -se Insiste-, la carga impugnatoria de esta cláusula la tenía la parte actora, quien ni siquiera la mencionó en su demanda, quizá con la esperanza de que pasara inadvertida en este proceso, a sabiendas de que tenía claro el alcance de lo que manifestó cuando la suscribió, pese a lo cual luego demandó. En consecuencia, la renuncia analizada, sin prueba de que haya sucedido por abuso de la posición de la entidad estatal, tendrá plenos efectos en el proceso, y por esta otra razón también se confirmará la decisión apelada".

Analizada la jurisprudencia antes referida, esta gerencia encuentra valida la renuncia del concesionario a hacer reclamaciones por compensación del riesgo de menor recaudo por la NO reubicación del peaje, toda vez que, la misma versa sobre derechos transigibles, es decir, disponibles por su titular.

Frente al análisis realizado por el equipo de supervisión del Proyecto y la Interventoría

En el curso de las mesas de trabajo que sobre el asunto de la modificación propuesta se adelantaron, esta gerencia solicitó que se analizaran los aspectos señalados a continuación, cuya valoración resultaba indispensable para el pronunciamiento jurídico correspondiente.

- Desde el punto de vista financiero se solicitó que se analizara si la NO reubicación del Peaje El Patá en las condiciones determinadas en la Resolución 2109 de 2015 y en el Apéndice Técnico 2 del Contrato de Concesión afectaba el modelo financiero de la IP.

Para tales efectos se sugirió que se tuviera en cuenta lo dispuesto en el oficio radicado ANI No. 2017-409-070192-2 del 5 de julio de 2017, por medio de la cual el Concesionario manifestó que la proyección del tráfico para el peaje El Patá se realizó sobre el histórico del tráfico de la ubicación actual del peaje y en el memorando No. 2017-200-010831-3 del 4 de agosto de 2017 en el que la Vicepresidencia de Estructuración manifestó que las *"proyecciones de tráfico fueron tomadas a partir de los peajes existentes, es decir que para el peaje El Patá, se hizo sobre la ubicación actual"*

- Se solicitó que las áreas financiera, ambiental, predial, social, técnica y de riesgos del equipo de supervisión y la interventoría, analizaran y cuantificaran la forma como variarían las intervenciones a cargo del Concesionario relacionadas con el traslado del peaje si se acuerda la no reubicación del mismo. Ello con el fin de garantizar que pese a la modificación contractual se conserven las condiciones de inversión y evitar así, que se generen beneficios económicos para el Concesionario o que deban asumirse costos superiores a los contemplados.

- Se solicitó a la Gerencia Predial que analizara las implicaciones que se generarían en materia de adquisición predial, sus costos, tiempos, demoras, etc., en el escenario de no traslado del peaje.

- Se solicitó a la Gerencia Ambiental que analizara las implicaciones que generaría el no traslado del peaje El Patá, determinando la necesidad de obtener permisos, licencias o cualquier trámite ambiental que correspondiera, sus costos, demoras, etc.

- Se solicitó a la Gerencia Social que analizara las implicaciones que generaría el traslado del peaje El Patá, especialmente en lo relacionado con la necesidad de consultar a las comunidades para la instalación de la estación El Patá en la ubicación establecida en la Resolución 2109 de 2015 y en el Apéndice Técnico 1 del Contrato.

- Se solicitó a la Gerencia de Riesgos que analizara las implicaciones que generaría el no traslado del peaje, especialmente frente al riesgo asignado a la entidad, relacionado con el pago de la compensación del valor materializado por menor recaudo generado por la no

instalación de las estaciones de peaje en las ubicaciones establecidas en el Apéndice Técnico 1 del Contrato.

- Frente a las solicitudes antes señaladas, todas las áreas involucradas en el asunto conceptuaron favorablemente, indicando lo siguiente:

De conformidad con lo señalado por la interventoría en el concepto HMV 2909-928 del 29 de abril de 2017, el traslado del peaje, según los antecedentes jurisprudenciales abordados anteriormente, podría generar la necesidad de realizar alrededor de 25 consultas previas con las comunidades indígenas existentes en el área adyacente del proyecto, cuyo valor, que vale la pena resaltar, no se encuentra previsto en los costos de estructuración de la Iniciativa Privada, se ha estimado en la suma de $56.997.500.000. Así mismo, en las reuniones adelantadas con las autoridades del municipio de Natagaima y las comunidades, se anunciaron una serie de perjuicios por la construcción del peaje, necesidad de reubicación del colegio o deserción escolar, desordenes sociales, protestas, plantones, daños en la vía, etc. Aunque estas últimas consecuencias no fueron valoradas en términos económicos su ocurrencia es muy factible y por tanto, se considera conveniente y necesario que se modifique el contrato con el fin de evitar, no solo el pago de mayores costos por el componente social que se requeriría, sino también, que debido a la oposición de las autoridades y de las comunidades de Natagaima no sea posible la instalación del peaje y la ejecución del contrato en condiciones normales.

- En cuanto a los costos derivados de la construcción de la nueva caseta de peaje El Patá, se estimó que estos son los mismos en ambos eventos, es decir en caso de que se reubique la caseta o que se mantenga en la ubicación actual. Ello teniendo en cuenta que las actividades de demolición del peaje, retiro de escombros y de construcción se deben ejecutar independientemente de que no se modifique la Resolución y que este continúe en la ubicación actual, pues es obligación del Concesionario que la estación de peaje El Patá cumpla con los requerimientos contractuales establecidos, que son superiores en especificaciones a los existentes.

- En materia predial se conceptuó que teniendo en cuenta que la sección de la vía y sus condiciones geométricas son similares en ambas ubicaciones y que las especificaciones de la infraestructura a construir también lo son, sin importar cuál sea su ubicación, el área requerida en cualquiera de los sitios es muy similar, por lo cual no se estiman mayores costos por el componente predial. Así mismo se señaló que, no obstante, en caso de que la adquisición predial resulte menor, este ahorro sería del proyecto y no para el Concesionario, de acuerdo con el manejo contractualmente estipulado para la Subcuenta Predios.

- En cuanto a las actividades ambientales correspondientes a las labores de aprovechamiento forestal, relacionadas con la posibilidad de traslado del Peaje El Patá o de su permanencia en la ubicación actual, se estimó que las mismas se mantienen, ya que la cantidad y condición de los individuos arbóreos que se aprovecharán en una u otra ubicación serán sensiblemente iguales, en razón a que el tipo de cobertura vegetal, densidad y especies

dominantes en cualquiera de los dos sitios también lo son. Así las cosas, se conceptuó que mantener el peaje en la ubicación actual no afectaría de ninguna manera las obligaciones ambientales del Concesionario y que este, debe abstenerse de adelantar intervenciones y en general cualquier actividad que requiera del trámite de licencias y/o permisos ambientales sin contar con los mismos.

- En materia de riesgos se indicó en resumen que:

(i) La modificación propuesta no altera la asignación de los riesgos de adquisición y gestión predial.

(ii) No existe diferencia en cuanto a la construcción de obras del proyecto y que en caso de que se requieran modificaciones de diseño y/o construcción por parte del Concesionario dichas actividades seguirán a cuenta y riesgo del Concesionario, en la medida que no se derivan de una imposición de la entidad.

(iii) La modificación contractual no afecta las obligaciones de operación y mantenimiento a cargo del Concesionario, las cuales deberán seguirse ejecutando en condiciones normales.

(iv) Conforme con pronunciamientos y análisis emitidos tanto por la Interventoría como por el Concesionario, así como la revisión del Estudio de Transporte del Proyecto, se considera en principio que entre los dos puntos de la vía no se detectan condiciones (poblaciones, entradas o salidas, entre otros) que puedan alterar el flujo vehicular y por ende presentar diferencias significativas en el recaudo del peaje en la estación El Patá, dada su no reubicación; por lo tanto, dentro del análisis de riesgos, no se asumen mayores obligaciones de parte de la Entidad por compensación de riesgo por recaudo.

(v) Mantener la ubicación actual del Peaje, se puede considerar una medida de mitigación del riesgo social dado que, de presentarse la reubicación del mencionado peaje, se estarían impactando varias comunidades indígenas (entre cabildos y resguardos) y a los pobladores de la zona del municipio de Natagaima, con efectos en los tiempos de ejecución para el desarrollo del proyecto.

(vi) Desde la perspectiva Ambiental, se debe continuar con las gestiones de parte del Concesionario para tramitar y obtener los permisos ante las autoridades ambientales.

- En materia financiera se conceptuó que no existen implicaciones derivadas de la modificación contractual propuesta, dado que:

(i) La proyección de los ingresos por recaudo de peajes se hizo con base en la ubicación actual del Peaje.

(ii) El Concesionario renunciaría a la compensación del riesgo de menor recaudo.

(iii) Teniendo en cuenta el concepto de la Interventoría según el cual, el valor de la reubicación del peaje asciende al mismo valor que tendría la ampliación y construcción de la caseta en el sitio actual, en cuanto a las inversiones en materia de infraestructura, adquisición predial y ambiental, etc.

Frente a la modificación de los Contratos de Concesión

La modificación de los Contratos de Concesión se encuentra soportada en las distintas providencias emitidas por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado, en las que se ha señalado lo siguiente:

- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 13 de agosto de 2009, Radicación 1952.

"La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que se emite, se resalta que ***la posibilidad de modificar los contratos estatales es una especial forma de hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo****. Por mutabilidad del contrato estatal se entiende el derecho que tiene la administración de variar, dadas ciertas condiciones, las obligaciones a cargo del contratista particular,* ***cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado.***

(...) es posible modificar de común acuerdo un contrato de concesión de servicio público cuando ***existan razones de conveniencia que permitan una mejora del objeto contratado y una mejor prestación del servicio público y se busque un efectivo cumplimiento de los fines estatales*** *y una eficiente prestación de los mismos, siempre que se demuestre que no hacer tal modificación acarrearía una grave afectación del servicio.*

De lo expuesto, y a manera de solución al interrogante planteado, ***surgen estas dos ideas que han servido de hilo conductor al análisis que aquí se hace: el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente****; advirtiendo, y esta es la segunda idea, que toda modificación* ***debe tener una causa real***

***y cierta**, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes*". (Subrayado y negrillas fuera de texto).

- Corte Constitucional, Sentencia C-300 de 2012

"*La modificación de los contratos estatales **es especialmente importante en aquellos por naturaleza incompletos**, es decir, (i) los afectados por asimetrías de información que impiden la previsión de **todas las contingencias que pueden afectar su ejecución**, y (ii) en el marco de los cuales, por esa misma razón, **es difícil prever ex ante los remedios necesarios para afrontar tales contingencias, como ocurre por lo general con los contratos de largo plazo**. En efecto, con el paso del tiempo, pueden surgir nuevas exigencias sociales, tecnológicas, culturales, etc. sobre la forma cómo el Estado debe cumplir sus fines y sobre cómo se deben prestar los servicios públicos, o simplemente **pueden aparecer circunstancias** extraordinarias e imprevisibles al momento del diseño del negocio, para que las que tampoco era posible, en dicho momento, prever un remedio adecuado y específico. **En este tipo de contratos es preciso entonces el diseño de reglas que permitan la adaptación y la resolución pacífica de las controversias para evitar el fracaso.**(...)* (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Frente a la necesidad de suscribir un otrosí al Contrato de Concesión con el fin de materializar el acuerdo de las Partes de adelantar ante el Ministerio de Transporte los trámites para la modificación de la Resolución No. 2109 de 2015.

Sobre el particular, resulta indispensable tener en cuenta que conforme con el Decreto 087 de 2011, es el Ministerio de Transporte la entidad encargada de *"Establecer los peajes, tarifas, tasas y derechos a cobrar por el uso de la infraestructura de los modos de transporte, excepto el aéreo."* y que en tal sentido, es la competente para modificar la Resolución No. 2109 de 2015, por lo que, el acuerdo que se logre entre las Partes del Contrato de Concesión será únicamente un trámite previo que no implica la modificación del contrato.

Así las cosas, se aclara que mediante el Otrosí las partes formalizarían el acuerdo según el cual, en caso de que se modifique la Resolución No. 2109 de 2015 y se establezca que la estación de peaje El Patá seguirá en la ubicación actual, NO se causaría compensación alguna a cargo de la ANI derivada de la no instalación de peaje en la ubicación establecida inicialmente en el Apéndice Técnico 1.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la solicitud de no reubicación fue iniciativa del Concesionario, quien además mediante oficio radicado ANI No. 2017-409-070192-2 del 5 de julio de 2017 manifestó que la proyección de tráfico de la Iniciativa Privada fue realizada en la ubicación actual del peaje y

expresó su renuncia a la activación de la compensación del valor del riesgo por menor recaudo que eventualmente hubiera podido generarse.

Sobre lo señalado se consultó a la Vicepresidencia de Estructuración de la Agencia, quien mediante memorando radicado ANI No. 2017-200-0108313 del 4 de agosto de 2017 ratificó lo dicho por el Concesionario, indicando que *"de acuerdo al estudio de tráfico del proyecto de Iniciativa Privada Neiva - Espinal – Girardot, las proyecciones de tráfico fueron tomadas a partir de los peajes existentes, es decir que para el peaje del Patá, la proyección se hizo sobre la ubicación actual"*.

Esta gerencia recomienda que, en el otrosí a suscribir se establezca de manera clara que pese al no traslado de la estación de peaje El Patá, el Concesionario se encuentra obligado a realizar la misma inversión que por la reubicación le correspondía, en la ampliación y reconstrucción del peaje en la ubicación actual, y que por tanto la modificación efectuada no genera efectos financieros a favor del Concesionario.

b) Modificar la Sección 4.2.3.3 del Apéndice Técnico 2 del Contrato, con el fin de excluir el literal a) del mismo, que establece que la Actualización Integral del Manual de Operación debe efectuarse anualmente.

Mediante comunicación HMV2909-973 del 22 de mayo de 2017, la sociedad HMV CONSULTORÍA quien ejecuta la interventoría al Contrato de Concesión No. 17 de 2015, pone en conocimiento de la entidad la inconsistencia existente en el Apéndice Técnico 2, al establecerse frente a la periodicidad de la actualización del Manual de Operación y Mantenimiento, en las Secciones 3.2.1 y 4.2.3.3 del mismo, lo siguiente:

> *"**3.2 Obligaciones generales***
>
> ***(...) 3.2.1 Manual de Operación***
>
> ***(...)***
>
> *Cada veinticuatro (24) meses el Concesionario deberá presentar una actualización de este Manual, incorporando mejoras al mismo basado en las situaciones que hayan acontecido en el Contrato de Concesión y las recomendaciones proporcionadas por la Interventoría."*
>
> ***"4.2 Preparación de Informes***
>
> ***4.2.3.3 Otros Informes Anuales***
>
> *También serán entregados con una frecuencia anual los siguientes informes:*
>
> b. *Actualización integral del Manual de Operación para el año nuevo".*

(...)

De acuerdo con lo anterior, se advierte que, en la Sección 3.2.1 del Apéndice Técnico 2 que regula lo correspondiente al Manual de Operación y Mantenimiento se estableció que su actualización debe realizarse cada veinticuatro (24) meses; Sin embargo, la Sección 4.2.3.3 que regula lo correspondiente a "*otros informes anuales*" menciona dentro de los informes que deben ser actualizados anualmente el Manual de Operación. En tal sentido, es claro que existe una contradicción entre lo dispuesto en las mencionadas Secciones.

La Interventoría solicitó a la entidad que mediante el documento contractual correspondiente aclarara la periodicidad de la actualización del Manual de Operación y Mantenimiento.

Criterios para resolver el asunto en cuestión

Para resolver esta inconsistencia, en primer lugar, se acude a la Sección 19.14 de la Parte General del Contrato que establece la prelación de sus documentos y que sirve como regla a aplicar en caso de inconsistencias o ambigüedades en las cláusulas contractuales, sin embargo, se advierte que en el caso que nos ocupa no es posible establecer cual disposición prima sobre la otra, como quiera que ambas están contenidas en el mismo Apéndice del Contrato.

Así pues, no es posible aclarar el contrato aplicando las disposiciones contractuales que establecen la prelación de documentos, razón por la cual, para resolver la inconsistencia planteada, acudiremos a los criterios de interpretación previstos en el Código Civil Colombiano, los cuales se entienden incorporados al Estatuto General de Contratación conforme con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual, los contratos estatales se rigen por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en el referido estatuto.

Lo anterior, considerando que el Estatuto de Contratación no contiene reglas especiales en materia de interpretación del contrato estatal, sino que únicamente establece en el artículo 28 de la ley 80 de 1993, que la interpretación de debe tener en cuenta los fines y principios de la ley, la buena fe y el equilibrio de las prestaciones reciprocas.

Así las cosas, encontramos que conforme al principio de autonomía contractual, establecido en el artículo 1602 del Código Civil, en virtud del cual "*todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causa legales*", al efectuarse la interpretación de las cláusulas del contrato debe acudirse a la común intención de las partes exteriorizada, la cual prevalecerá sobre el sentido estrictamente gramatical de la expresión, al corresponder a la voluntad común y originaria que acompañó a los contratantes, en concordancia con el artículo 1618 del Código Civil que dispone que "*conocida la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*".

La jurisprudencia contencioso administrativa ha estudiado las reglas de interpretación de los contratos, distinguiendo entre la interpretación y la valoración del contrato, al indicar que la primera ocurre para establecer el negocio jurídico y sus efectos, no particularmente para cada una de las partes si no en su conjunto y la segunda para las repercusiones jurídicas de las cláusulas contractuales acordadas por las partes.

La interpretación del negocio jurídico, cuando de contratos se trata, no pretende establecer el querer dispositivo de cada uno de los contratantes individualmente considerado, sino que propende por establecer la intención común de los contratantes. Para ello se acude a la aplicación de una serie de reglas contenidas en el Código Civil, a partir de las cuales, (i) se extrae la intención de los contratantes al tener literal plasmado en las cláusulas contractuales (artículo 1618 del C.C), (ii) las estipulaciones de un contrato pueden interpretarse por la de otro que las partes hayan celebrado sobre la misma materia (artículo 1622 inc 2°) o por la aplicación práctica que de ellas hayan hecho (artículo 1622 inc 3°) o las cláusulas deben interpretarse unas por otras dándole a cada una el sentido que más convenga al contrato en su totalidad (artículo 1622 inc 1°), (iii) si en un contrato se expresa un caso para explicar la obligación se entiende que esa mención ni es restrictiva sino ejemplificativa (artículo 1623) y (iv) las expresiones generales contenidas en el negocio solo se aplican a la materia sobre la que se ha contratado (artículo 1619).

Así mismo, existen otros principios de interpretación desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia que deben ser aplicados si producen mejores efectos. En el caso que nos ocupa se advierte que nos encontramos frente a un conflicto normativo, como quiera que dos normas regulan simultáneamente el mismo supuesto de hecho de modo incompatible entre sí, siendo el problema central la selección de la norma aplicable.

Al respecto, la Teoria General del Derecho ha propuesto tres criterios sucesivos para determinar la norma aplicable: (i) la jerarquía (norma de rango superior prima sobre la inferior), la especialidad (norma especial prima sobre la general) y la temporalidad (norma posterior prima sobre anterior).

Considerando que, las normas contrarias que establecen la periodicidad de actualización del Manual de Operación y Mantenimiento hacen parte del mismo Apéndice del Contrato, se descarta la aplicación de los principios de jerarquía y de temporalidad, y se advierte que es el de "especialidad" el que produciría mejores efectos.

Ahora bien, sobre el principio de especialidad, es importante resalta que la regla "norma especial prima sobre la norma general" constituye un principio general de Derecho y como tal, podría cumplir con las dos funciones claramente diferenciadas asignadas a tales principios, esto es: (i) una función de fuente de Derecho que permite la creación de normas jurídicas ante las denominadas lagunas de derecho y (ii) una función informadora" de derecho, que permite que sea utilizado como criterio de interpretación de normas jurídicas.

Así pues, aplicando el principio de especialidad o especificidad, ante las dos normas que regulan el mismo caso se aplica la más específica.

Analizadas las disposiciones del Contrato de Concesión, encontramos que en la Sección 3.2.1 del Apéndice Técnico 2 del contrato, se regula todo lo correspondiente al Manual de Operación y Mantenimiento, y que la Sección 4.2.3.3 regula lo correspondiente a "otros informes anuales" e incluye el Manual de Operación, sin tener en cuenta que la regulación del mismo tiene su sección específica. En tal sentido, es claro que es la Sección 3.2.1 la norma especial que debe primar sobre la general.

Así las cosas, bajo la anterior interpretación del contrato, se conceptúa que la periodicidad para la actualización del Manual de Operación y Mantenimiento debe ser cada 24 meses.

7. ANALISÍS SOCIAL

Mas que argumentar los impactos que generaría el no traslado del peaje, desde el área social se procede a analizar la generación de nuevos impactos con muy alta significancia para el medio, en caso de que el peaje existente sea trasladado. Lo anterior, se concluye basados en que los posibles impactos que genera la actual operación del peaje en su instalación se han minimizado y controlado por cuanto las comunidades del área y los usuarios de la vía ya están habituados a su funcionamiento.

Se considera por lo expuesto, que desde el punto de vista social el traslado o relocalización del peaje existente, causaría conflictividad social por las siguientes razones:

i. Las comunidades del área de relocalización del peaje se opondrían al nuevo peaje por considerar que aumenta los costos del transporte público, escolar y privado.
ii. Las comunidades consideran que cobrar por el uso de una vía ya construida no es legal.
iii. Las comunidades del área de relocalización del peaje consideran que con la localización de un peaje aumenta los costos de la canasta familiar.
iv. En general, las comunidades desean que se construyan vías pero que no se instalen peajes.
v. Existe el riesgo de movilizaciones sociales con el fin de bloquear la vía.
vi. Existe el riesgo que en una movilización social se decida quemar las casetas del peaje.

Por otra parte, se considera desde el punto de vista social que existe una alta posibilidad de generación de conflictividad con las comunidades y organizaciones indígenas presentes en el área de relocalización del peaje, por cuanto los grupos étnicos consideran que cualquier actividad que se ejecute en el área debe ser consultada. A este riesgo se suma la manifestación del señor alcalde del municipio de Natagaima quien solicitó se diera comienzo al proceso de consulta previa con aproximadamente 25 comunidades que habitan el área de interés del proyecto de traslado o relocalización del peaje.

En consecuencia:

i. La concesionaria tendría que destinar los recursos económicos, humanos y logísticos para atender las consultas previas (ruta metodológica y acuerdos de consulta).

ii. Existe la posibilidad de que las comunidades étnicas acudan a la acción de tutela para acceder a la consulta previa.

iii. Se debe tener en cuenta que los tiempos del proceso de consulta previa por cada comunidad, hasta la fase de protocolización se estiman entre 6 y7 meses de duración.

En razón a lo expuesto anteriormente, desde el punto de vista social se considera que el traslado o relocalización del peaje Patá no es conveniente.

8. ANÁLISIS FINANCIERO

Dado que la proyección de los ingresos por recaudo de peajes se hizo con base en la ubicación actual, de acuerdo con lo expuesto por la Vicepresidencia de Estructuración de la ANI y por el Concesionario en su calidad de originador del proyecto y que éste a su vez informa que la no reubicación de éste no activaría la solicitud de compensaciones por menor recaudo de peajes, desde el punto de vista financiero no se presentan modificaciones o consideraciones de recálculo en lo concerniente al VPIP.

Desde el punto de vista de la inversión del concesionario en la Unidad Funcional 3, donde se encuentra ubicado el peaje El Patá y basándonos en el concepto de la Interventoría en donde precisa que el valor de la reubicación del peaje asciende al mismo valor que significaría la ampliación y construcción del peaje en la ubicación actual, desde el punto de vista de infraestructura, adquisición predial y los componentes social y ambiental, desde el punto de vista financiero no se presentan modificaciones al valor del contrato en términos de inversión.

Sin perjuicio de lo anterior, recomendamos que en la redacción del otrosí modificatorio al contrato se deje de forma explícita que el Concesionario renuncia a solicitar cualquier tipo de compensación derivada de la no reubicación del peaje El Patá, en particular por menor recaudo y por incremento de inversión.

9. ANÁLISIS AMBIENTAL

Desde el punto de vista ambiental se informa que dicha posible modificación no debe afectar de manera alguna las obligaciones de carácter ambiental que tiene el Concesionario frente a este tema. Además de lo anterior, se informa que el Concesionario se abstendrá de adelantar intervención

alguna y en general cualquier actividad que requieren del respectivo tramite de Licencias y/o permisos ambientales, sin contar con la obtención de los mismos.

10. ANÁLISIS PREDIAL

Consideraciones:

1. Que el apéndice técnico 1, Capitulo II, Numeral 2.5, literal (d), establece para la UF3 que el tipo de intervención constructiva corresponde a rehabilitación y en tal sentido la obligación en materia de gestión predial está encaminada a garantizar únicamente como ancho mínimo de derecho de vía, el existente. En este contexto no se observan cambios en las necesidades prediales inicialmente establecidas, toda vez que el Peaje seguirá ubicado en la UF3.

2. Que el apéndice técnico 7, Capitulo IV, Numeral 4.3, literal (c), romanito (iii), expresa que ***"El Concesionario es el responsable de la correcta identificación y determinación de las Áreas Requeridas que serán objeto de adquisición, así como de la adquisición misma de Predios o porciones de terreno en exceso a las requeridas para el adecuado desarrollo del proyecto"***. Por lo tanto, las actividades de gestión predial siguen a su cargo y responsabilidad.

3. Que de acuerdo al análisis predial realizado y teniendo en cuenta la ubicación actualmente establecida para el traslado del peaje y que es expresa en el Apéndice Técnico 1, Capitulo III, Numeral 3.6 (PR 60+000 –PR63+00, RUTA 4506), los predios requeridos para efectuar la gestión predial serían:

No.	PREDIO	FMI	ÁREA REQUERIDA (m^2)	VALOR Terreno M2* ($)	VALOR AREA REQUERIDA
1	ANG-UF3-001I	368-32140	21,75	60.000	$ 1.305.000
2	ANG-UF3-002I	368-31699	109,38	60.000	$ 6.562.800
3	ANG-UF3-003D	368-32148	219,73	60.000	$ 13.183.800
TOTAL					**$ 21.051.600**

*El valor del m^2 de terreno es obtenido de los estudios de Zonas Homogéneas Geoeconómicas y por lo tanto se toman como precios de referencia, no obstante, dichos valores no reemplazan los avalúos puntuales que eventualmente deban realizarse.

En cuanto al diagnóstico jurídico de estos predios se encuentra:

Predio 1, tiene limitación a enajenación con base en la ley 1152 de 2007 (Estatuto de Desarrollo Rural), la cual fue declarada inconstitucional por la Corte mediante Sentencia C-175 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Por lo anterior, se supone que sería posible solicitar el levantamiento de la medida cautelar por inconstitucionalidad de la ley que la soporta y con ello, adelantar el proceso de compra. Sin embargo, es necesario verificar su tradición de manera integral, y de mantenerse inscrita dicha limitación al dominio es un predio que necesariamente debería iniciar trámites de expropiación, razón por la cual se genera una alerta.

Respecto a los predios 2 y 3 son áreas que no presentan problemas en su titularidad por lo que la adquisición predial se puede adelantar sin dificultad aparente, sin embargo, el predio 3 presenta limitación al dominio por la existencia de servidumbres de oleoducto y de tránsito.

Con base en lo anterior la Interventoría del Proyecto HMV CONSULTORIA S.A.S emitió concepto con Rad ANI No 2017-409-0458068-2, expresando:

> *"**Escenario: Reubicación del Peaje***
>
> *- De acuerdo a los valores obtenidos por metro cuadrado en las zonas geoeconómicas, la suma por adquisición de predios en la UF-3 asciende a $21'051.600.*
>
> *- De otra manera, como se ha expuesto anteriormente, el análisis parcial que se ha hecho a los documentos de los predios de la UF-3, indican que los predios 2 y 3 no representan mayores inconvenientes ni retrasos en el proceso de adquisición, debido a que el predio 2 no tiene limitaciones y del 3 se puede ir adelantando el trámite del saneamiento automático.*
>
> *- Sin embargo, **para el predio 1, con la información contenida en el certificado de Tradición y Libertad, es un predio susceptible de expropiación el cual puede tardar al menos un año en su proceso de adquisición**.*
>
> ***Escenario: Mantener el Peaje en el sitio actual.***
>
> *Por otro lado, si se realizan adecuaciones similares en el actual Peaje del Patá con las dimensiones del diseño para el Peaje que se trasladaría al municipio de Natagaima surgirían áreas de compra en 4 predios más, **sin embargo, si se ajusta la distribución de infraestructura del peaje en el corredor de la vía, no se incurriría en costos adicionales por adquisición predial.**"*

Conforme las anteriores consideraciones, desde el punto de vista predial, la no reubicación del Peaje El Pata, no surte modificaciones contractuales a las obligaciones establecidas en esta materia dentro

del Contrato de Concesión APP 017 de 2015, siendo pues que el Concesionario seguirá como responsable y garante de la gestión predial.

A su vez, es de resaltar que, sin importar la ubicación del Peaje, el área requerida es equivalente en cualquier escenario, suponiendo que las dimensiones concebidas en el diseño del nuevo peaje se proyecten en el actualmente construido, por lo que no se presumen ahorros o sobrecostos, sin embargo, en el evento de generarse ahorros, estos se verían reflejados en el proyecto toda vez que estos recursos son manejados desde la Subcuenta Predial.

11. PLAZO Y VALOR DEL CONTRATO

El presente documento no modifica las condiciones iniciales pactadas en cuanto al plazo y valor del Contrato de Concesión No. 17 de 2015, ya que estás continúan en los mismos términos a los inicialmente fijados en el contrato los que conservan plena y total, vigencia y validez.

12. CONTROL Y SEGUIMIENTO

El control y seguimiento de la ejecución del contrato estará a cargo de la Vicepresidencia de Gestión Contractual o quien haga sus veces.

13. NIVEL DE EXTENSION DE LOS AMPAROS.

Conforme con lo dispuesto en el literal f) de la Sección 12.3 de la parte especial del Contrato de Concesión, con ocasión de la modificación contractual, el Concesionario se obliga a obtener una certificación de la compañía seguradora o de la entidad emisora de la garantía en la que conste que dicha compañía conoce y acepta la modificación del contrato y la variación de estado del riesgo que la misma suponga si es del caso.

14. DOCUMENTOS QUE SE APORTAN

Con la presente adjuntamos la minuta de otrosí y los anexos de la misma, en la cual consta el alcance de las modificaciones solicitadas y evaluadas.

15. INDICACION DE LA CONTRATACION DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES

No aplica.

COMPONENTE TÉCNICO:

MANUEL ISIDRO RAIGOZO RUBIO
Gerente de Proyectos Carreteros 1

OLGA NATHALIA VARGAS RAMIREZ
Líder equipo de Supervisión NEG 4G

COMPONENTE JURÍDICO

GABRIEL VELEZ CALDERON
Gerente Funcional G2 Grado 9
Vicepresidencia Jurídica

LILIAN JOHANA CORREA SOLANO
Apoyo Jurídico
Vicepresidencia Jurídica

COMPONENTE RIESGOS

POLDY PAOLA OSORIO ALVAREZ
Gerente GIT Riesgos

CARLOS ANDRÉS BARRERA PESCA
Apoyo de Riesgos

COMPONENTE PREDIAL

XIOMARA PATRICIA JURIS JIMENEZ
Gerente GIT Predial

CARLOS CRISTIAN SOTO MARTIN
Apoyo Predial

DELIA ALEXANDRA RODRIGUEZ
Gerente GIT Asesoría Jurídico Predial

LEILA MARTINEZ MORA
Apoyo Asesoría Jurídico Predial

COMPONENTE FINANCIERO

OSCAR ROSERO JIMENEZ
Gerente Financiero VGC

NESTOR RAÚL PALACIOS SUESCÚN
Apoyo Financiero

COMPONENTE AMBIENTAL

JAIRO FERNANDO ARGUELLO
Gerente Ambiental

JAIME ALONSO GARCIA ARANGO
Apoyo Ambiental

COMPONENTE SOCIAL

MAOLA BARRIOS ARRIETA
Gerente Social

ANGELA EDITH GONZALEZ ARRIETA
Apoyo Social

REVISIÓN TÉCNICA

JOSÉ LEONIDAS NARVAEZ MORALES
Vicepresidente de Gestión Contractual