

24 de abril de 2015

No.	Presenta la Observación	OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI
	<p>CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO 3</p>	<p>Insistir en la solicitud de modificación del numeral 7.3.1 del Pliego de Condiciones de la Licitación de la referencia, en el sentido de autorizar la constitución del SPV en un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la adjudicación del Contrato de Concesión, previa suscripción de dicho Contrato por parte de las empresas que conforman el Proponente Plural adjudicatario. En efecto, revisada la Matriz de Respuestas a las Observaciones publicadas por la entidad el pasado dieciocho (18) de febrero de 2015, encontramos que la respuesta dada por la entidad parte de dos ideas desacertadas, a saber, la interpretación descontextualizada del artículo 1 de la Ley 1508 de 2012, y a su vez, la estimación del SPV como mecanismo exclusivo de protección de las obligaciones financieras del Contrato. Por lo anterior, en el presente texto exponemos los motivos que justifican nuestra solicitud y que permiten solucionar las limitaciones legales señaladas por la entidad, con el propósito de permitir la pluralidad de oferentes y la inversión extranjera bajo reglas de competencia. En primera medida, respecto de la respuesta otorgada por la ANI en el sentido de afirmar que el Contrato APP debe ser suscrito entre una entidad pública y una persona natural o jurídica, más no por varias personas jurídicas, es menester indicar que la interpretación otorgada parte de la idea de otorgar una prohibición con base en disposiciones meramente definitorias como lo constituye el artículo 1 de la Ley 1508 de 2012. En efecto, la Ley incluye un concepto base sobre las Asociaciones Público Privadas, más no incluye la conclusión de limitación de la facultad de celebración del Contrato por una única persona jurídica. Entender lo contrario sería afirmar que la mayoría de contratos definidos en nuestro ordenamiento jurídico, vienen siendo celebrados por varias personas jurídicas de manera ilegal, lo cual a todas luces esta fuera de contexto. Por citar un solo ejemplo de varios existentes en nuestra legislación, tendríamos que asumir que un Contrato de Fiducia sólo puede ser celebrado por un fideicomitente al haber sido definido en el Código de Comercio como aquel “negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”. Vemos en este caso, tal y como sucede en el tráfico mercantil, que este tipo de definiciones no implican una limitación para que varias personas jurídicas puedan actuar como fideicomitentes, y de hecho, los Contratos de Fiducia y muchos otros contratos en Colombia, pueden ser celebrados por una contraparte plural. Adicional a lo anterior, es relevante precisar que el Código Civil (artículos 27 al 32) otorga una serie de pautas para la interpretación de la ley, indicando que los funcionarios públicos, en la aplicación de la ley deben interpretarla por vía de doctrina buscando su verdadero sentido, basados en la historia fidedigna de su establecimiento. Así mismo, en la interpretación de la ley, debe indagarse su sentido para asegurar una debida correspondencia y armonía con su texto. Eniéndose en cuenta las reglas de interpretación de la ley, es claro que la finalidad del texto es definir en qué consiste una Asociación Público Privada bajo el amparo de la legislación colombiana, más no establecer a ciencia cierta el número de personas que pueden suscribir o no dicho Contrato. Esta última interpretación se ajusta a la historia fidedigna de su establecimiento, en la medida que al indagar en los antecedentes de la ley se encuentra que las justificaciones de las APPs suponen “esquemas eficientes de colaboración entre el sector público y el sector privado que permiten la financiación y provisión en el largo plazo, por parte del sector privado, de infraestructura y/o equipamientos públicos, servicios conexos a estos o para la prestación de servicios públicos a cambio de una remuneración que se fija de acuerdo con la disponibilidad y el nivel del servicio de la infraestructura y/o servicio; lo que desde luego implica una transferencia total o parcial de riesgos al sector privado, que deberá darse en términos eficientes, de acuerdo con su capacidad de administración de riesgos”. En ningún lugar de la ley, sus antecedentes o sus normas reglamentarias, se limita de manera clara la posibilidad de que el Contrato pueda ser celebrado por una o varias personas jurídicas, razón por la cual,</p>	<p>De acuerdo con lo establecido en el numeral 7.3.1 del Pliego de Condiciones, es obligación del Adjudicatario constituir un SPV dentro de los 20 días hábiles siguientes a la Adjudicación de la Licitación Pública, como condición para la suscripción del Contrato de Concesión, so pena de que la ANI pueda hacer efectiva la Garantía de Seriedad de la Oferta contemplada en los mismos Pliegos de Condiciones. En efecto, se requiere que quien suscriba el Contrato de Concesión tenga una capacidad financiera tal que le permita enfrentar principalmente las obligaciones financieras derivadas del contrato, así como hacer frente a los montos de inversión que requiere el Proyecto. Es a través del SPV que dichos objetivos son garantizados, por la naturaleza misma de esta figura, al ser esencialmente una sociedad de objeto único cuyos movimientos financieros se limitan única y exclusivamente a la ejecución contractual, aislando de esta manera el riesgo financiero. Se considera que dicho propósito particular no se cumple si el SPV se constituye con posterioridad a la suscripción del Contrato de Concesión, especialmente porque durante el primer año del Contrato es cuando el Concesionario debe obtener el Cierre Financiero. Por lo tanto no se acoge la observación.</p> <p>Por último y de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 1508 de 2012, el contrato de APP debe ser suscrito entre una entidad pública y una persona natural o jurídica, por ende no se puede suscribir por parte de varias personas jurídicas como es su solicitud., en la medida que de acuerdo con el principio de planeación lo que la entidad considero más conveniente para garantizar los fines perseguidos con la contratación y garantizar los recursos del proyecto, independientemente de la constitución de un Patrimonio Autónomo, es la constitución del SPV. Por lo tanto, no es posible acceder a su solicitud.</p>

24 de abril de 2015

No.	Presenta la Observación	OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI
		<p>en donde la ley no prohíbe o limita, tampoco lo debe hacer el intérprete.</p> <p>Adicionalmente, dentro de los objetivos expresados de manera cierta en los antecedentes de ley, el Gobierno manifestó su intención de atraer “inversionistas privados de largo plazo que a través de sus diferentes estructuras internas o comerciales estén en capacidad de convertirse en el centro de gestión, organización y financiación de proyectos de infraestructura, de manera directa y/o a través de la contratación de diferentes actores”. Así las cosas, era claro que podían existir diferentes estructuras internas o comerciales y que varios actores podían estar involucrados en el proceso, razón por la cual, no se observa una justificación clara y cierta como la expresada por la entidad en sus respuestas. Si llegamos a conclusión distinta, un porcentaje importante de contratos válidamente celebrados en Colombia mediante el uso de partes plurales, serían inválidos; si insistimos en dicha limitación, tendríamos que interpretar la totalidad de la Ley de APP y no sólo una parte, de manera completamente estricta; ello sin mencionar que varios de los esquemas planteados a lo largo de la aplicación de la Ley 1508 de 2012 supondrían una extralimitación de facultades reglamentarias o el incumplimiento de disposiciones clarificadas por la práctica jurídica. No existirá posición más formalista y exegética del Derecho, en un momento de desarrollo del pensamiento jurídico que ya superó las antiguas visiones kelsenianas.</p> <p>Superada la discusión anterior, queremos referirnos a la justificación dada por la entidad relacionada con la obligación de constitución del SPV en un plazo de veinte (20) días, con el objetivo de asegurar la asunción de las obligaciones financieras del Contrato. Al respecto, es relevante indicar que tal y como se ha venido justificando a lo largo de la presentación y ejecución del Programa de Cuarta Generación de Concesiones, la figura del SPV fue instituida para limitar la responsabilidad de los inversionistas en la ejecución de un Proyecto y asegurar la múltiple participación de interesados. Lo anterior, en la medida que es el SPV quien responde por las obligaciones del Contrato y no las personas jurídicas que figuran como accionistas del mismo. Por dicho motivo, la posibilidad que el SPV sea constituido con posterioridad a la suscripción del Contrato no empeora las condiciones de cumplimiento de las obligaciones financieras, sino que aún, supone una mayor seguridad en su cumplimiento, al instituir la figura de responsabilidad solidaria de todos y cada uno de los miembros del adjudicatario. Dichos socios cuentan con suficiente capacidad y experiencia financiera, razón por la cual, no existirá riesgo o inseguridad jurídica respecto de la calidad y capacidad de las personas que harán parte del Concesionario. Si ello fuera así, la constitución del SPV por dichas empresas sería inocua. Lo que sí es cierto es que la preocupación de la entidad en cuanto al cumplimiento de las obligaciones financieras del Contrato, se ven aseguradas con la figura del Patrimonio Autónomo, a través del cual se canalizarán todos los activos y pasivos, y en general, se facilitará la administración de todos los recursos del Proyecto. En efecto, los recursos provenientes del Concesionario, sea que éste lo constituya un SPV o varias personas jurídicas, deberán ingresar a las cuentas y subcuentas de dicho Patrimonio Autónomo, y en tal sentido, existirá una clara limitación de los movimientos financieros que deban darse en el curso de la ejecución contractual. Por tanto, la figura del SPV por sí sola no aseguraría una separación de los recursos del Proyecto y por esa razón, el Contrato de Fiducia es el que permite delimitar un eventual riesgo financiero. Insistimos, aún en los casos en que el SPV se encuentra debidamente constituido, en la práctica, quienes efectúan los aportes de equity son los socios y no la sociedad recién constituida, precisamente por su incipiente capacidad como sujeto de aporte o de deuda. Téngase en cuenta además, que el plazo solicitado para la constitución del SPV no supone un retraso de las obligaciones a cargo del Concesionario, quien por intermedio de las personas jurídicas que lo conforman, tendría que cumplir cada una de las previsiones del Contrato, so pena de ser acreedor de varias sanciones, incluyendo la efectividad de las garantías. Adicional a lo anterior, una de las obligaciones principales como lo sería el cierre financiero, se</p>	

24 de abril de 2015

No.	Presenta la Observación	OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI
		<p>llevaría a cabo de manera efectiva en las condiciones iniciales estipuladas en el Contrato por parte de la ANI, pues dicha obligación se cumple dentro del primer año de ejecución, mientras que el SPV se constituiría dentro de los seis (6) meses siguientes a la adjudicación. Esto implica que será el SPV quien suscribirá el respectivo Contrato de Crédito. Recordamos a la entidad en este punto que la solicitud para la constitución del SPV en un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la adjudicación no constituye un requerimiento caprichoso del Proponente, sino en su lugar, se justifica por las particulares condiciones de CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED, compañía que al ser de propiedad estatal de la República Popular China, requiere de un plazo mayor para completar dicho procedimiento. La compañía tiene serias intenciones de inversión en los Proyectos que se vienen desarrollando en Colombia y está segura de la obtención de los recursos financieros, tan escasos en las condiciones actuales. De otro lado, es claro que la suscripción del Contrato de Concesión y el cumplimiento de las obligaciones dispuestas en éste, serían completamente aseguradas a través del Concesionario compuesto por las personas jurídicas que conforman el Proponente. Establecidas las anteriores consideraciones, de manera respetuosa solicitamos nuevamente a la entidad proceder a la publicación de una Adenda, a través de la cual modifique el numeral 7.3.1 del Pliego de Condiciones, de manera que dicha disposición tenga el siguiente tenor literal: "El Proponente adjudicatario podrá optar por cualquiera de las siguientes alternativas para la constitución del SPV: (i) Constituir un SPV para la suscripción del Contrato de Concesión dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la Adjudicación de la Licitación Pública, ó (ii) Suscribir el Contrato de Concesión por intermedio de las personas jurídicas que conforman el Proponente adjudicatario, y dentro de los seis (6) meses siguientes a la Adjudicación de la Licitación Pública constituir un SPV que continúe la ejecución del Contrato de Concesión. En este caso, las personas jurídicas que hubieren suscrito el Contrato de Concesión deberán proceder a perfeccionar la cesión del Contrato a favor del SPV que hubieren constituido, una vez vencido el plazo para la constitución del SPV. La totalidad de obligaciones que se atribuyan al SPV deberán ser asumidas, de manera solidaria, por las personas jurídicas que hubieren suscrito el Contrato de Concesión, mientras transcurren los seis (6) meses para la constitución del SPV. En las dos opciones anteriores, el SPV deberá ser una sociedad comercial por acciones de nacionalidad colombiana, cuyo único objeto sea la suscripción y ejecución del Contrato de Concesión".</p>	
	OHL CONCESIONES	<p>Solución de Controversias Capítulo XV. Tal como lo hemos manifestado y expresado en múltiples ocasiones, la cláusula de solución de controversias propuesta por la ANI, es inconveniente y contiene múltiples aspectos que atentan contra la confianza que el contrato debe brindar a los inversionistas, financiadores y proponentes. En especial, los últimos cambios propuestos tienden un margen de incertidumbre que podría, en caso de no ser resuelto, convertirse en un "deal braker" para los proponentes. En primer lugar, encontramos a todas luces inconveniente y peligroso, ensayar una figura como lo es el Amigable Compondor en Equidad, en contratos tan importantes como los son los de 4G. Y consideramos que es peligroso considerar el alcance que puede tener una decisión adoptada en "equidad" por un panel que, en todos los casos, debería siempre ajustarse primero a la Ley y a los términos del Contrato para así analizar de manera objetiva lo que las Partes pactaron. No basta afirmar, como lo ha hecho la ANI frente a las reiteradas preguntas e inquietudes que los proponentes han efectuado</p>	<p>"En cuanto a la figura del Amigable Compondor estipulada y desarrollada en la Sección 15.1 de la Parte General, se deben hacer las siguientes precisiones de cara a las observaciones hechas al respecto: 1. Respecto al alcance y efecto de las decisiones del Amigable Compondor, la Sección 15.1 (b) establece que aquellas se tomarán en equidad, de manera vinculante e imparcial; lo anterior en consonancia con el inciso final del artículo 60 de la Ley 1563 de 2012, según el cual salvo convención en contrario, la decisión del amigable compondor estará fundamentada en la equidad, sin perjuicio de que el amigable compondor haga uso de las reglas de derecho, si así lo estima conveniente, a partir de lo cual se colige que la estipulación del Contrato de Concesión se</p>

24 de abril de 2015

No.	Presenta la Observación	OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI
		<p>sobre este punto, que el Amigable Compondedor tendrá como “marco” y límite las normas de orden público; no hacerlo, derivaría en decisiones contrarias al ordenamiento jurídico que a todas luces serían inconstitucionales e ilegales.</p> <p>Lo que es necesario es que todas las decisiones que se adopten en relación con las controversias que se presenten se tomen en Derecho y de acuerdo con lo establecido en el Contrato. Lo anterior, no solo porque lo que buscan las partes no es “equilibrar” cargas al momento de resolver controversias, en aplicación de los preceptos de la equidad, sino por el contrario, decidir de manera concreta y ajustada a la Ley y a los riesgos que cada Parte asume bajo el Contrato las controversias que se presenten.</p> <p>Un programa tan ambicioso como lo es el de 4G no puede mostrarles a los inversionistas, financiadores y proponentes que al momento de solucionar controversias, la Ley va a ser “interpretada” tomando como base los criterios de equidad de quien resuelve la controversia, pudiendo apartarse, en ocasiones, de lo que disponga la Ley y el mismo Contrato. En efecto, como lo ha señalado el Consejo de Estado, la decisión en equidad “(...) desecha la aplicación de reglas jurídicas concretas vigentes que rigen el caso sub iudice, para preferir el juicio personal sobre el institucional, que se representa en las normas y reglas vigentes, incluida la jurisprudencia en casos similares. De allí que la equidad desplaza al derecho positivo, y el juez se aleja de principio de la legalidad que también lo vincula, para actuar como dictador – en el caso concreto – de las reglas que deben o pueden resolver la controversia”.</p> <p>Así, el mensaje que este mecanismo de solución de controversias envía a los interesados no es claro; por el contrario es ambiguo y genera miles de preguntas e inquietudes que minan la confianza de un programa de tal envergadura e importancia como lo es el de 4G. Responder, como en efecto lo ha hecho la ANI, que las decisiones del Amigable Compondedor en Equidad no van a “apartarse” de Derecho porque estarán siempre dentro del marco de las normas sobre orden público, es confuso y conduce a error. Es cierto que la jurisprudencia ha fijado límites a las decisiones que se adopten en Equidad, sin embargo, no es menos cierto que la misma ha otorgado a dicho tipo de decisiones, un margen de mayor autonomía y subjetividad frente a la Ley que un proponente, inversionista y/o financiador no puede aceptar en este tipo de contratos. Se trata de inversiones cuantiosas, de contratos de “largo aliento” en donde uno de los principales riesgos que deben acotarse, es precisamente el de la incertidumbre e inseguridad jurídica. Lo anterior, de manera efectiva se mitiga, sujetando en todos los casos el Contrato y las decisiones que se adopten como consecuencia del mismo, al imperio riguroso de la Ley.</p> <p>Por tanto, debe ser el “Derecho” la fuente y sustento de todas las decisiones que adopte un panel delegado por las partes para resolver las controversias, eliminándose de esta manera la inseguridad e incertidumbre que una decisión en Equidad puede tener. Nada más claro y objetivo que el apego riguroso a la Ley.</p> <p>Por último, el hecho de que mecanismo de amigable composición no sea un proceso judicial no quiere decir que los amigables compondedores no puedan aplicar la Ley y el Contrato para la solución de controversias. Por el contrario, las Partes pueden habilitar expresamente a los amigables compondedores para aplicar la Ley y el Contrato en la solución de sus diferencias.</p> <p>Por otra parte, la cláusula bajo estudio cuenta con múltiples inconvenientes como a continuación se explica:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Respetuosamente consideramos que el uso de la figura del Amigable Compondedor, no debe ser obligatoria tal como lo expresa el Contrato. Las partes deben tener la libertad de decidir, en cada caso particular, si someten la resolución de la controversia a la figura del Amigable Compondedor o a Arbitraje.</li> <li>• Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que el procedimiento de toma de decisión por parte del Amigable Compondedor, puede llevar a ineficiencias y a pérdida injustificada de recursos y tiempo. Al someterse la obligatoriedad de la decisión</li> </ul>	<p>encuentra acorde con el Ordenamiento Jurídico. Adicionalmente se debe tener en cuenta que el hecho que la decisión del Amigable Compondedor se tome en equidad no implica que por ello no se base en el ordenamiento ni se ajuste a las particularidades del Proyecto; en efecto, la sección 15.1 (f) estipula que el alcance y contenido de las decisiones que adopte el panel de Amigables Compondedores se circunscribirá a lo expresamente previsto en la Ley Aplicable, serán motivadas, dejarán constancia de la manera como para la adopción de las mismas se estableció la intención de los contratantes en los términos del artículo 1618 C.C. y la manera como en aplicación de la equidad se procede a determinar el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico, a determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y a decidir sobre conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes, entre otras determinaciones, en aplicación del artículo 60 de la Ley 1563 de 2012.</p> <p>Adicionalmente, debe advertirse que según lo dispuesto en la Ley 1563 de 2012, en sus artículos 59 y 60, esta figura no tiene naturaleza ni contenido jurisdiccional o judicial, es decir, en estricto sentido el amigable compondedor no administra justicia, sino que tiene una capacidad circunscrita a especiales controversias en los que, en términos generales, definen o precisan el contenido y alcance de una obligación contractual.</p> <p>Así, el Amigable Compondedor tiene como objetivo primordial la producción de un negocio jurídico que resuelva la controversia, es decir, en principio no emite una sentencia, laudo o providencia, sino únicamente adopta una decisión para poner fin a una controversia sometida por los intervinientes, es decir, que la parte que activa el mecanismo no le formula pretensiones específicas sino que le plantea su punto de vista en la controversia, para que la parte contraria a su vez formule sus argumentos y sea el Amigable Compondedor quien emita ciertas estipulaciones dentro del marco del mandato otorgado por las Partes.</p> <p>En efecto la H. Corte Constitucional en su oportunidad analizó la naturaleza de este mecanismo encontrando lo siguiente:</p> <p>“[L]as actuaciones realizadas por los amigables compondedores no corresponden a una manifestación del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, pues al tenor de lo expuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, dicha función se limita a las figuras procesales de la conciliación, el arbitramento y los jurados en conciencia. Son éstas las instituciones que pertenecen a la esfera del derecho procesal y a las</p>

24 de abril de 2015

No.	Presenta la Observación	OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI
		<p>adoptada por el Amigable Compondedor a unanimidad, esta figura puede convertirse un trámite, tedioso y costos, antes de llegar a arbitraje.</p> <p>Conforme todos los argumentos antes expuestos, a continuación, de manera respetuosa, proponemos una redacción de cláusula que consideramos se ajusta a los intereses y necesidades de las partes del Contrato de Concesión:</p> <p><b>"SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS</b></p> <p>Lo establecido en el presente capítulo no obsta para que las partes puedan resolver directamente toda controversia patrimonial y conciliable entre ellas, surgida del presente Contrato en cualquier tiempo. A los mecanismos de solución de controversias se les aplicará lo previsto en la Ley 1563 de 2012 y el Artículo 14 de la Ley 1682 de 2013.</p> <p>Amigable Compondedor:</p> <p>a) De conformidad con lo previsto en los Artículos 59 a 61 de la Ley 1563 de 2012, las Partes de común acuerdo podrán someter a decisión de un Panel de Amigable Composición cualquier controversia contractual de libre disposición relacionada con este Contrato, según lo establecido en la presente Cláusula.</p> <p>b) Para todos los casos o asuntos en que en el presente Contrato se haga mención que serán resueltos o se acudirá a la Amigable Composición se entiende que dichas controversias se regularán conforme al presente capítulo, circunscribiendo su activación al mutuo acuerdo de las Partes. Si las Partes no convienen, en los términos señalados en el presente capítulo, acudir al mecanismo de Amigable Composición y se presente alguna controversia de aquellas en las que el Contrato establezca este mecanismo para la solución del mismo, las Partes podrán acudir a los demás mecanismos previstos en el Contrato y en la Ley.</p> <p>c) En el evento de que alguna de las Partes o las Partes en conjunto encuentren necesario someter alguna controversia contractual de libre disposición del presente Contrato al mecanismo de Amigable Composición deberá suscribirse entre las Partes documento en el que: i) se manifieste, relacione y justifique la voluntad bilateral de someter la controversia específica al mecanismo; ii) se efectúe la designación de común acuerdo de los profesionales que integrarán el Panel de Amigable Composición según el literal e) siguiente; y iii) se escoja el Centro que administrará y será la sede el panel de Amigable Composición. El centro escogido de común acuerdo por las Partes deberá corresponder a uno de los siguientes: i) El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, o ii) el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición del Sector de Infraestructura y Transporte.</p> <p>d) El panel de Amigable Composición estará integrado por tres (3) personas naturales, seleccionadas de común acuerdo entre las Partes, a quienes corresponde resolver imparcialmente, con garantía de derecho fundamental al debido proceso, en especial, con relación a los derechos de igualdad, publicidad, contradicción y defensa, con fuerza vinculante para las Partes, la o las controversias sometidas a su definición. En caso de no llegarse a un acuerdo en la designación de los amigables compondedores el Centro escogido designará los amigables compondedores por sorteo de acuerdo con su reglamento.</p> <p>e) Los amigables compondedores deben ser ingenieros, economistas, administradores de empresas, abogados, o tener profesiones afines a las anteriores, con amplia trayectoria, reconocida experiencia e idoneidad, de acuerdo con lo señalado en el Artículo 14 de la Ley 1682 de 2013. En todo caso, por lo menos uno (1) de los miembros del panel de Amigable Composición, debe ser abogado. El tipo de profesión que deberán tener los amigables compondedores, podrá ser definido en cada caso por las Partes, según el tipo de controversias que resuelvan someter a su conocimiento.</p> <p>f) A los amigables compondedores les son aplicables las causales de impedimento y recusación establecidas en el Artículo 16 de la Ley 1563 de 2012 o en las normas que la modifiquen, complementen o sustituyan. En todo caso, ninguno de ellos puede</p>	<p>cuales les resultan exigibles todas las garantías del debido proceso (C.P. art. 29), entre ellas, los derechos de defensa, contradicción, impugnación, etc. Conviene precisar que esta diferenciación en cuanto a los mecanismos de solución de conflictos, deviene de la investidura otorgada a algunos particulares para ejercer la función pública de administrar justicia, como poder o autoridad derivado de la soberanía del Estado para imponer el derecho mediante decisiones de obligatorio cumplimiento (...)."(Corte Constitucional, Sentencia T-017/05).</p> <p>La función del Amigable Compondedor no corresponde a la resolución de una controversia en la misma forma en que la realizan los jueces, los árbitros, o los demás administradores de justicia, pues no se pronuncian sobre pretensiones, ni excepciones, sino determinan las condiciones de la relación sustancial existente entre las partes y la forma de cumplirla. El documento final que emita el amigable compondedor no contiene resoluciones ni órdenes, pues se encuentra limitado a fijar los compromisos voluntarios que asumen las partes como forma de dirimir el conflicto surgido entre ellas (Corte Constitucional, Sentencia T-017/05).</p> <p>Bajo este entendimiento de la naturaleza y alcance de la figura, la norma en comento, Artículo 60 de la Ley 1563 de 2012, estableció que en términos generales, la decisión del amigable compondedor estará fundamentada en la equidad, sin perjuicio de que el amigable compondedor haga uso de reglas de derecho, si así lo estima conveniente.</p> <p>Esta regulación normativa tiene fundamento en la comprensión de la naturaleza real del mecanismo alternativo de la amigable composición, que no puede ser equiparado a un proceso judicial o jurisdiccional, sino que con un contenido contractual resuelve las posiciones formuladas por las partes.</p> <p>Debe tenerse en cuenta que la posibilidad de que el amigable compondedor resuelva la controversia fundamentado en la equidad, no significa que su resolución sea una decisión irracional o sin motivación, o que desatienda totalmente contenidos normativos o contractuales, "porque entonces ya no sería en equidad sino en conciencia y las decisiones de ésta naturaleza están proscritas de nuestro sistema jurídico tal como se deduce de los artículos 29, 116 y 230 superiores." (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Providencia del 24 de marzo de 2011. Radicación Interna 38484.).</p> <p>Lo anterior, lleva a concluir que como lo dispone el Artículo 14 de la Ley</p>

24 de abril de 2015

No.	Presenta la Observación	OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI
		<p>ser empleado o contratista del Concesionario, de quienes lo integren o de sus respectivos socios, ni funcionario o contratista de la ANI, el Ministerio de Transporte o sus entidades descentralizadas, adscritas o vinculadas, ni del Interventor. Tampoco pueden ser socios del Interventor, del Concesionario ni de cualquier empresa socia de éstos, ni estar vinculados por parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil con los funcionarios y empleados del nivel directivo de la ANI, del Ministerio de Transporte ni con el Concesionario, sus integrantes, los socios y administradores de uno y otros, los de las empresas matrices o subordinadas, con los empleados de dirección, confianza y manejo del Concesionario, del Interventor, o de los miembros o accionistas del uno y otro.</p> <p>g) Dentro de los dos (2) Días siguientes a su designación, los amigables componedores harán una declaración de independencia e imparcialidad respecto de las Partes al momento de aceptar la designación, y manifestarán en ella no tener ninguna inhabilidad o incompatibilidad de conformidad con lo exigido por la Ley Aplicable. Si durante el curso del Contrato se legare a establecer que alguno de los Amigables Componedores no reveló información que debía suministrar al momento de aceptar el nombramiento, por ese solo hecho quedará impedido, y así deberá declararlo, so pena de ser recusado. Caso en el cual el centro delegado por las Partes decidirá sobre la separación o continuidad del Amigable Componedor. En caso de sobrevenir un hecho que pudiere generar duda a alguna de las Partes sobre la independencia o imparcialidad del Amigable Componedor, éste deberá revelarlo a las partes sin demora. Si cualquiera de las Partes considera que tal circunstancia afecta la imparcialidad o independencia del miembro del Amigable Componedor, el centro decidirá sobre su separación o continuidad.</p> <p>h) El amigable componedor permanecerá activo desde el momento de la designación de sus miembros y hasta la fecha en que se suscriba el Acta de Reversión, término durante el cual sus integrantes estarán obligados – y así lo reconocerán expresamente al aceptar su designación – a conocer en detalle las características del Contrato de Concesión y de todos sus Apéndices, así como las normas nacionales e internacionales que sean aplicables. Igualmente, los miembros del Amigable Componedor estarán en la obligación de conocer detalladamente todos los aspectos de la ejecución del Contrato, sus modificaciones y cualquier otro aspecto relevante frente a su desarrollo, de tal manera que estén en capacidad de dar una respuesta rápida e informada de todos los casos que se sometan a su conocimiento. A dichos efectos, las Partes estarán obligadas en todo momento de ejecución contractual a enviar toda la información del contrato a los miembros del Amigable Componedor. Durante el periodo en que se ejerzan sus funciones, los integrantes del Amigable Componedor tendrán derecho a percibir remuneración, en los términos señalados en la Sección (d) siguiente.</p> <p>i) Alcance de las decisiones del panel de Amigable Composición:</p> <p>i. El trámite por medio del cual el panel de Amigable Composición defina sobre la controversia deberá basarse en los principios propios del debido proceso, y su decisión deberá fundamentarse en las pruebas o experticios válidamente obtenidos en el trámite, así como respetar la Ley Aplicable. El panel de Amigable Composición no podrá decidir en equidad y deberá decidir en derecho.</p> <p>i. El panel de amigable composición no tendrá competencia para conocer las controversias que se deriven del ejercicio de las facultades ajenas al derecho común de que goza la ANI.</p> <p>i. Las decisiones del panel de Amigable Composición se tomarán preferiblemente por unanimidad, pero a falta de ésta por la mayoría de sus miembros. Quien disienta de la decisión mayoritaria deberá expresar motivadamente las razones de su disenso.</p> <p>i. Al definir la controversia, el panel de Amigable Composición podrá interpretar el contenido del Contrato, pero en ningún caso</p>	<p>1682 de 2013, reformado por la Ley 1742 de 2014, las decisiones que emita el Panel de Amigables Componedores dentro de contratos del sector transporte podrán adoptarse en equidad.</p> <p>2. La obligatoriedad en el uso de la figura del Amigable Componedor encuentra un límite sustancial y un límite temporal:</p> <p>- En cuanto al límite sustancial, a partir del párrafo introductorio del capítulo XV de la Parte General, así como de la sección 15.1 (a) del mismo documento, se evidencia que el panel de Amigables Componedores sólo tendrá competencia cuando quiera que i) las Partes no hayan decidido resolver directamente y en cualquier tiempo toda controversia patrimonial y conciliable entre ellas, surgida del Contrato de Concesión y ii) se trate exclusivamente, salvo acuerdo en contrario, de las controversias expresamente establecidas en el Contrato. Lo anterior implica que en cualquier otro evento que no se enmarque dentro de las dos situaciones antes descritas, las Partes pueden optar por dirimir sus controversias a través de cualquier otro medio consagrado por la Ley para el efecto.</p> <p>- En cuanto al límite temporal, la sección 15.1 (e) (ii) de la Parte General establece que el panel de Amigables Componedores tendrá un plazo máximo de treinta (30) Días Hábiles para definir la controversia, los cuales se contarán a partir del día siguiente a la formulación de la misma; vencido este plazo son decisión del panel, el mecanismo pierde competencia para resolver la controversia específica, la cual podrá ser sometida por cualquiera de las partes ante tribunal de arbitramento como se dispone en los numerales 15.2 y 15.3 siguientes.</p> <p>3. Respecto de la unanimidad requerida, ésta condiciona que la decisión del panel de Amigables Componedores sea vinculante y de obligatorio cumplimiento para las Partes. En todo caso, de no cumplirse esta condición, cualquiera de estas podrá someter la disputa ante el Tribunal de Arbitramento.</p> <p>Por último, es importante recalcar que la forma en que está diseñado el mecanismo de Amigable Composición en el Contrato de Concesión busca garantizar eficiencia y efectividad en la solución de los conflictos suscitados en la ejecución contractual, considerando que su conformación y designación se surte al inicio de la ejecución del contrato y hasta la firma del Acta de Reversión del Contrato, por lo que al momento de presentarse la controversia específica ya se cuenta con el panel completo; así mismo, teniendo los amigables componedores la obligación de conocer en detalle</p>

24 de abril de 2015

No.	Presenta la Observación	OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI
		<p>podrá, con su decisión, subrogar, modificar, sustituir, aumentar, adicionar complementar o derogar el contenido del Contrato.</p> <p>i. El panel de Amigable Composición podrá en todo momento asesorarse de expertos o solicitar la práctica de pruebas periciales de acuerdo con la naturaleza de la controversia sometida a su conocimiento por las Partes.</p> <p>i. Las decisiones del panel de Amigable Composición que definan la controversia tienen el efecto propio de la transacción. Su control en sede de nulidad o rescisión serán sometidas al conocimiento de un tribunal de arbitramento de acuerdo con lo señalado en la Cláusulas 17.2 o 17.3 siguientes, de conformidad con lo establecido para los efectos de la transacción en la Ley Aplicable.</p> <p>a) Remuneración de los amigables componedor:</p> <p>(i) El valor de los derechos por gastos administrativos para el Centro escogido y la remuneración por lo honorarios de los miembros del panel de Amigable Composición se hará con cargo a la Subcuenta “Amigable Componedor”, como se prevé en el Contrato.</p> <p>(i) La Fiduciaria de forma mensual remitirá a la ANI y al Concesionario la relación de los pagos realizados por concepto de la Amigable Composición.</p> <p>(i) Los honorarios de los miembros del panel de Amigable Composición se limitarán según el valor de las pretensiones o estimación razonada de la cuantía de la controversia, conforme se establece en la tabla incluida a continuación y en todo caso no superarán un máximo de TRESCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (300 SMMLV) por cada miembro.</p> <p>[Tabla No. 1]</p> <p>a) El Concesionario deberá efectuar los aportes a la Subcuenta “Amigable Componedor” que se señalan en el Apéndice 1 – Parte Especial. Esos recursos se destinarán al pago de honorarios de los miembros del panel de Amigable Composición y a los gastos administrativos del Centro escogido, así como a los gastos que demande cualquier otro mecanismo alternativo de solución de controversias al que las Partes acuerden acudir en el momento en que una controversia se presente.</p> <p>a) Procedimiento para la Amigable Composición.</p> <p>(i) El proceso de Amigable Composición se iniciará mediante la presentación conjunta ante el Centro que administrará el mecanismo de una solicitud de intervención del panel de Amigable Composición. Dicha solicitud deberá contener – por lo menos – los siguientes elementos:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Designación de los amigables componedores.</li> <li>2. Descripción de los hechos que generaron la controversia entre las Partes.</li> <li>3. Fijación de la controversia, identificando las posiciones de jurídicas, fácticas y probatorias de cada una de las Partes.</li> <li>4. Solicitudes elevadas al panel de Amigable Composición.</li> <li>5. Fundamentos técnicos, contables, financieros, contractuales y/o legales que apoyan las solicitudes.</li> <li>6. Relación de pruebas aportadas o solicitadas al panel de Amigable Composición.</li> <li>7. Documento de acuerdo de activación del mecanismo según lo acordado en el literal c) del presente aparte.</li> </ol> <p>(i) Una vez recibida la solicitud, el Centro deberá notificar a los amigables componedores designados por las Partes, quienes deberán aceptar o rechazar su designación, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación del Centro.</p> <p>(i) Una vez se firme la designación de los amigables componedores, los amigables componedores cuentan con un término de hasta diez (10) días hábiles para convocar y celebrar una Audiencia Preliminar, la cual cumplirá con el siguiente procedimiento:</p>	<p>las características del Contrato y sus Apéndices, las normas nacionales e internacional aplicables, así como los aspectos de la ejecución del contrato, sus modificaciones y cualquier otro aspecto relevante frente a su ejecución, aquellos son capaces de dar respuesta rápida e informada en los casos de su competencia.</p> <p>Por lo anteriormente expuesto, no se acoge la observación.</p>

24 de abril de 2015

No.	Presenta la Observación	OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI
		<p>1. Se instala formalmente el panel de Amigable Composición;</p> <p>2. Los amigables componedores designan a uno de los miembros del panel de Amigable Composición como Presidente;</p> <p>3. El panel de Amigable Composición fija un lugar o sede de notificaciones;</p> <p>4. El panel de Amigable Composición fija la cuantía del litigio, para determinar el pago de los honorarios que se efectuará con cargo a la Subcuenta de "Amigable Componedor".</p> <p>5. Se presentan oralmente los resúmenes del caso, por cada una de las Partes.</p> <p>6. El panel de Amigable Composición resuelve sobre las pruebas aportadas y solicitadas por las Partes, determinando el periodo y término para la práctica de pruebas.</p> <p>7. El panel de Amigable Composición puede decretar y ordenar pruebas de oficio.</p> <p>(i) En desarrollo del periodo de pruebas, el panel de Amigable Composición podrá decretar y practicar audiencias.</p> <p>(i) Agotado el periodo de pruebas, el panel de Amigable Composición citará a Audiencia de Conclusión, en la cual las Partes podrán manifestar sus posiciones luego del debate probatorio. A solicitud de las Partes, de mutuo acuerdo, se podrá prescindir de esta Audiencia.</p> <p>(i) Finalizada la Audiencia de Conclusión, el panel de Amigable Composición fijará la Audiencia de Decisión, diligencia en la que se presentará oralmente en términos generales la decisión adoptada en el asunto, la cual deberá entregarse por escrito a cada una de las Partes.</p> <p>(i) El panel de Amigable Composición contará con treinta (30) días calendario, contados desde el día siguiente a la Audiencia Preliminar señalada en el numeral (ii) de este literal, para efectos de adoptar su decisión, los cuales podrán ser prorrogados por otros treinta (30) días calendario más, según decisión del panel de Amigable Composición.</p> <p>(i) Fuerza Vinculante. Cada parte deberá cooperar en la realización de cualquier procedimiento que el panel de Amigable Composición efectúe relacionada con la disputa en cuestión. Las decisiones adoptadas por el panel de Amigable Composición, como resultado del procedimiento de la amigable composición, tendrán fuerza vinculante para las Partes y tendrán efectos transaccionales de acuerdo con la Ley Aplicable.</p> <p>(i) El panel de Amigable Composición deberá informar a la Procuraduría General de la Nación y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado sobre la apertura de cada proceso de amigable composición, para efectos de lo previsto en el Artículo 49 de la Ley 1563 de 2012. De ser necesario, los términos anteriormente señalados podrán suspenderse para tal fin.</p> <p>(i) El inicio del proceso de Amigable Composición no faculta a las Partes para suspender unilateralmente la ejecución de las obligaciones del Contrato.</p> <p>(a) De conformidad con lo previsto en el Artículo 61 de la Ley 1563 de 2012, que las partes podrán definir a su voluntad la forma de designación de los miembros del panel de Amigable Composición, así como el procedimiento que adelantará el panel, las Partes acuerdan que de común acuerdo se podrá revisar la viabilidad y conveniencia contractual de la figura de la amigable composición, así como proponer y acordar su modificación.</p> <p>Arbitraje Nacional</p> <p>(a) Se no se configuran los presupuestos señalados en el Artículo 62 de la ley 1563 de 2012, toda controversia que surja entre las Partes con ocasión del presente Contrato o que guarde relación con el mismo, será resuelta por un Tribunal de Arbitramento Nacional de conformidad con la Ley 1563 de 2012, en armonía con las normas de procedimiento aplicables a la controversia y el Artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, o en las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan y las reglas que a continuación se establecen.</p>	

24 de abril de 2015

No.	Presenta la Observación	OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI
		<p>(a) También serán de conocimiento del Tribunal de Arbitramento las decisiones definitivas adoptadas por el panel de Amigable Composición, de conformidad con lo establecido para los efectos de la transacción en la Ley Aplicable.</p> <p>(a) Dentro de los quince (15) Días Hábiles siguientes a la suscripción del Contrato de Concesión, el Concesionario deberá informar a la ANI el Centro de Arbitraje y Conciliación que realizará las funciones delegadas por las Partes respecto de sorteos y recusaciones de los Árbitros designados y que servirá de sede del arbitramento. Si vencido este plazo, el Concesionario no ha notificado la designación, la ANI realizará dicha elección. El Centro escogido – por el Concesionario o por la ANI, según corresponda – deberá corresponder a uno de los siguientes: i) El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, o ii) el centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición del Sector Infraestructura y Transporte.</p> <p>(a) El tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros los cuáles serán designados de común acuerdo por las Partes. Para ello las Partes elaborarán listas de candidatos con idoneidad en el objeto y las características del Contrato. En caso de no llegarse a un acuerdo, el Centro de Arbitraje escogido conforme a lo establecido en el literal (c) anterior, designará los árbitros por sorteo de acuerdo con su reglamento. En caso de tratarse del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el sorteo se hará de la lista A de árbitros de dicho Centro.</p> <p>(a) Los árbitros decidirán en derecho.</p> <p>(a) Los honorarios de los árbitros se limitarán según el valor de las pretensiones, conforme se establece en la tabla incluida a continuación y en todo caso no superarán un máximo de QUINIENTOS SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (500 SMMLV) por cada árbitro.</p> <p>[Tabla No. 2]</p> <p>(a) El inicio del procedimiento arbitral no inhibirá el ejercicio de las facultades ajenas al derecho común de que disponga la ANI conforme al Contrato y la Ley Aplicable. Los actos administrativos fruto de facultades excepcionales no podrán ser sometidos a arbitramento por ser competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa.</p> <p>(a) Los árbitros designados harán una declaración de independencia e imparcialidad respecto de las Partes al momento de aceptar la designación, situación que deberá mantenerse de su parte en todo momento del proceso. En todo caso, ningún miembro del panel podrá ser empleado, socio o contratista del Concesionario, de los miembros o socios del Concesionario, de la ANI, el Ministerio de Transporte o sus entidades descentralizada o adscritas, del Interventor o de los apoderados de las Partes. Tampoco podrán ser accionistas del Interventor o del Concesionario o de cualquiera de las empresas que sean socias de éstos, ni podrán tener parentesco hasta de cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil con los empleados de nivel directivo de la ANI, del Concesionario, del Interventor, de los accionistas del Concesionario, del Interventor o de los apoderados de las Partes. Igualmente no podrá ser árbitro quien al momento de la designación sea coárbitro en los procesos que los apoderados de las Partes sean a su vez coárbitros o apoderados en aquellos procesos.</p> <p>(a) El término del proceso arbitral así como las suspensiones del proceso se regirán por lo establecido en los Artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012 o las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan. En todo caso, las Partes de común acuerdo y previo a la audiencia de instalación, podrán conceder al Tribunal un término mayor al señalado en la Ley, para lo cual bastará la suscripción de un memorial conjunto que así lo informe a los árbitros designados.</p> <p>(a) Las Partes acuerdan que en el evento en que se convoque el Tribunal de Arbitramento, los efectos de la cláusula compromisoria serán extensivos a aquellas personas jurídicas o naturales que hayan presentado conjuntamente la Oferta, en la medida que dichos sujetos prestaron su consentimiento por referencia al momento de la presentación de la Oferta.</p>	

24 de abril de 2015

No.	Presenta la Observación	OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI
		<p>(a) El inicio del trámite arbitral no faculta a las Partes para suspender unilateralmente la ejecución de las obligaciones del Contrato. ] Arbitraje Internacional (a) Toda controversia que surja entre las Partes con ocasión del presente Contrato o que guarde relación con el mismo, será resuelta por un Tribunal de Arbitramento Internacional, de conformidad con lo previsto para el Arbitraje Internacional en el Ley 1563 de 2012 y las reglas que a continuación se establecen. (a) También serán sometidas a su conocimiento las decisiones definitivas del amigable componedor, de conformidad con lo establecido para los efectos de la transacción en la Ley Aplicable. (a) El arbitraje internacional será administrado por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (International Center for Dispute Resolution de la American Arbitration Association), - ICDR – de conformidad con su Reglamento de Arbitraje Internacional, así como por los siguientes términos: (i) La sede del arbitraje será Bogotá D.C., Colombia. (i) El idioma del arbitraje será el español. (i) La ley aplicable al Contrato será la ley colombiana vigente al momento de la celebración del Contrato. (i) El número de árbitros será tres (3). El tribunal será designado de común acuerdo por las Partes con base en una lista elaborada por el ICDR quien tendrá en cuenta las observaciones de idoneidad y experiencia informadas por las Partes. En el evento en que las Partes no lleguen a un acuerdo el ICDR será el encargado de hacer la designación de todos los árbitros, de conformidad con su reglamento. (i) Una vez presentada la solicitud de arbitraje por una de las Partes, la Parte convocante procederá a notificar adicionalmente a la Procuraduría General de la Nación quien podrá intervenir en el proceso por medio de sus agentes al igual que lo hace en el arbitraje local, así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado colombiano, quien podrá intervenir en el proceso arbitral por medio de apoderado en representación de la ANI o como mero interviniente gozando en ese caso de las mismas facultades, los mismos derechos y garantías procesales y probatorias de las Partes. (i) Los árbitros decidirán en derecho. (l) Los honorarios del Tribunal de Arbitraje Internacional se limitarán a los mismos montos señalados en la Sección 17.2 f) de esta Parte General, salvo que las Partes acuerden modificar dichos montos. (i) A los árbitros del Tribunal de Arbitramento Internacional se les aplicarán las mismas previsiones contenidas en la Sección 17.2 h) y al arbitramento internacional as previsiones contenidas en la Sección 17.2 i) del Contrato. (a) El inicio del procedimiento arbitral no inhibirá el ejercicio de las facultades ajenas al derecho común de que disponga la ANI conforme al Contrato y la Ley Aplicable. Los actos administrativos, fruto del ejercicio de facultades excepcionales no podrán ser sometidos a arbitramento por ser competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa. (a) Las partes acuerdan que en el evento en que se convoque el Tribunal de Arbitramento, los efectos de la cláusula compromisoria serán extensivos a aquellas personas jurídicas o naturales que hayan presentado conjuntamente Oferta, en la medida que, dichos sujetos presentaron su consentimiento por referencia al momento de la Presentación de la Oferta. (a) El inicio del trámite arbitral no faculta a las Partes para suspender unilateralmente la ejecución de las obligaciones del Contrato. Continuidad en la ejecución Las intervención del Amigable Componedor o del Tribunal de Arbitramento, no suspenderá la ejecución del Contrato, salvo</p>	

24 de abril de 2015

No.	Presenta la Observación	OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI
		aquellas obligaciones y/o actividades que de mutuo acuerdo se consideren necesarios para garantizar el éxito del Proyecto.”	
	OHL CONCESIONES	<p>Respetuosamente le agradecemos a la ANI explique la razón de la eliminación del Acta de Entrega de la Infraestructura. Este documento, junto con sus actividades conexas, son de fundamental importancia para el adecuado inicio del proyecto. Si la ANI, en una decisión desafortunada decisión eliminar, de igual manera, la obligatoriedad de la entrega de un inventario detallado al Concesionario, cómo se hará efectiva la entrega de los bienes, infraestructura, etc., de la cual el Concesionario se hará cargo? Como se evidencia en los proyectos de la primera ola de 4G, existían múltiples errores en lo que respecta a la infraestructura a entregar. En algunos casos, la misma no coincidía con la establecida en la información colgada en el cuarto de datos y que servía como referencia para el proponente.</p> <p>Una cosa es el deber de diligencia que tiene el proponente de cerciorarse sobre las condiciones del proyecto y otra muy distinta, que la información que entrega la ANI sea correcta. Resulta inaceptable que se le obligue al Concesionario, por ejemplo, a recibir infraestructura o tramos que no se encuentran debidamente en los estudios elaborados por la ANI, o sobre aquellos en los que exista controversia. Es totalmente distinto oponerse al estado de la infraestructura, aspecto regulado en el Contrato de Concesión, a cercenar el legítimo derecho del Concesionario a oponerse a recibir infraestructura que no haga parte del proyecto sobre la cual exista controversia, por un error en los diseños, en la información prevista, etc., no imputable al Concesionario.</p> <p>Por tanto, consideramos absolutamente perjudicial para el contrato y, por tanto, para el proyecto y sus partes, eliminar el requisito del Acta de Entrega de la Infraestructura así como la obligación, a cargo de la ANI, de elaborar un inventario detallado de la infraestructura a entregar de la cual sea propietario y/o titular. Esta decisión desafortunada traerá controversias complejas que deberán resolverse durante la ejecución contractual, atrasando, muy seguramente la misma.</p>	<p>De conformidad con lo dispuesto en la sección 1.59 del Contrato Parte General “...La Entrega de la Infraestructura se someterá al contenido de las resoluciones y demás actos expedidos por las Autoridades Estatales.”, lo cual permite identificar la infraestructura objeto a entregar, y resuelve las dificultades antedichas en su observación. Así mismo, dicha sección establece que “Ni al momento de la Entrega de la Infraestructura ni en momento alguno de la ejecución del Contrato, el Concesionario podrá incluir reserva, condicionamiento, objeción u observación alguna relacionada con el estado de la infraestructura entregada, en tanto es obligación del Concesionario recibirla en el estado en que se encuentre. La Entrega de la Infraestructura en ningún caso implica la obligación por parte de la ANI de entregar los Predios correspondientes a las Fajas ni al Corredor del Proyecto” Por consiguiente, la entidad no acepta su observación</p> <p>En conclusión, la debida diligencia previa a la presentación de la Oferta se convierte en una manifestación del principio de economía en la contratación pública, en la medida en que se establece con claridad, desde la Minuta contractual disponible en los proceso de selección, que el conocimiento precontractual del Proyecto por parte del Concesionario será el deber correlativo a la Entrega de la Infraestructura que realice la Agencia, sin perjuicio de que la ANI facilite toda la información disponible en su haber</p>
	OHL CONCESIONES	<p>Fuerza Mayor por Redes. Respetuosamente solicitamos la eliminación de la siguiente frase, incluida de manera desafortunada en la última versión del contrato Parte General: “(...) que no pudieron ser identificados en el inventario que debe realizar el Concesionario de conformidad con la Sección 8.2 (a) de esta Parte general siempre que la Interventoría certifique que la no identificación no es imputable al Concesionario.” No puede dejarse al arbitrio de la Interventoría definir si la no identificación de un red, que pueda dar lugar a una fuerza mayor, sea o no imputable al Concesionario.</p> <p>En adición, la Fuerza mayor sólo procede por la demora que pueda presentarse en el trámite de traslado, protección o reubicación de las redes ante lo cual, la no identificación en el inventario, en nada debe afectar la procedencia de la Fuerza Mayor. Si no se ha iniciado alguno de los trámites antes mencionados en relación con las redes, por causas imputables o no al Concesionario, en nada debe afectarse la procedencia de la Fuerza Mayor.</p> <p>Por todas las razones antes esbozadas, respetuosamente solicitamos se elimine la frase antes mencionada.</p>	<p>No se acepta su observación, en la medida que se requiera, para que opere una fuerza mayor, que no se por causas imputables al Concesionario, ya que der así, no estaríamos frente a la fuerza mayor si una situación de incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del concesionario. De otra parte, el Interventor, es un tercero externo, que deber brindar conceptos e informes objetivos a lo largo del proyecto, por lo cual a él es quien le compete revisar la actuación del Concesionario, además de su función de vigilancia y control.</p>
	OHL CONCESIONES	<p>Orden de Inicio.</p> <p>Respetuosamente solicitamos se elimine esta disposición la cual, resulta extraña, en un contrato bilateral y conmutativo. Esta nueva facultad discrecional, la cual no encuentra sustento en la Ley, ni tampoco es de aquellas denominadas “exorbitantes”, no tiene cabida en un contrato de concesión como el que se pretende celebrar.</p> <p>Un orden de inicio, como la planteada en la última versión del modelo de contrato de concesión, no solo no se ajusta a la bilateralidad y conmutatividad antes expresada, sino que en adición, no es otra cosa que un acto administrativo expedido en ejecución de un contrato de concesión. Por tanto, está sujeto al cumplimiento de los preceptos establecidos en la Ley 1437 de 2011, siendo el mismo sujeto de ser recurrido e inclusive, demandado vía los mecanismos de control establecidos en dicha Ley.</p>	<p>La entidad con el fin de garantizar la eficiencia y adecuada ejecución del contrato estableció la Orden de Inicio, en virtud de los principios que rigen la contratación administrativa.</p> <p>Ahora bien, con la previsión y la regulación de la Orden de Inicio de forma complementaria al Acta de Inicio se busca dotar de herramientas a la ANI para evitar dilaciones injustificadas en el inicio de ejecución del Contrato por parte del Concesionario, señalándose un plazo perentorio de treinta (30) Días Hábiles para la suscripción del Acta de Inicio de común acuerdo, transcurridos los cuales podrá impartirse la Orden de Inicio.</p> <p>El mismo Contrato de Concesión es el sustento jurídico que faculta al Estado como contratante a dar lugar al inicio de la ejecución del contrato, sin que sea necesario</p>

24 de abril de 2015

No.	Presenta la Observación	OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI
			el agotamiento del requisito de la suscripción bilateral del Acta de Inicio. El pacto de dicha facultad a cargo de una de las partes de la relación comercial no se encuentra prohibido por disposición legal alguna y, antes bien, constituye una disposición convencional válida y eficaz a la luz de las normas civiles y comerciales a las cuales remite expresamente el artículo 13 de la referida Ley 80 de 1993 para la regulación del negocio jurídico estatal, respecto de lo no contenido en las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Asimismo, con dicha facultad se desarrollan los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política y los fines de la contratación estatal señalados en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.
	OHL CONCESIONES	VPIP. Respetuosamente les agradecemos explicar la razón de la eliminación de la palabra "Ofrecida" de la definición que, el modelo de Contrato de Concesión, trae de VPIP. Definición	Teniendo en cuenta que la Parte Especial recoge el valor ofrecido de VPIP, se actualizó la definición para indicar que allí se encuentra dicho valor
	OHL CONCESIONES	Acta de Inicio. Respetuosamente solicitamos se amplíe el plazo para suscripción del Acta de Inicio. Contar con un plazo de 30 Días Hábiles para cumplir con todos los requisitos para la suscripción de la misma es por completo insuficiente. En proyectos en donde existan tramos que se encuentren en operación, el plazo antes establecido es insuficiente y pondría al Concesionario en una situación de incumplimiento inminente. Agradecemos se revise, con detenimiento, este preocupante aspecto. En adición, la eliminación del requisito de haber designado a los miembros del panel de Amigable Composición, con anterioridad a la suscripción del Acta de Inicio, deja desprotegidos a las Partes del Contrato de Concesión, ante la ocurrencia de conflictos expresamente asignados a este panel que se presenten con anterioridad a la designación de dichos miembros. El Contrato de Concesión iniciaría su ejecución, sin contar con el mecanismo por este creado, para solucionar la mayoría de las controversias que se presenten.	No se acepta su observación. De acuerdo con la experiencia de la ANI, en un plazo de 30 días hábiles es posible cumplir con los requisitos establecidos para la suscripción del Acta de Inicio. De no suscribirse el Acta de inicio, podrá emitirse la Orden de Inicio, si se cumple los requisitos establecido en el Contrato Parte General. Adicionalmente, es pertinente aclarar que en atención a las gestiones propias del proceso de selección, de la adjudicación y de la suscripción del Contrato de Concesión, el Concesionario -proponente y adjudicatario en los respectivos momentos de la licitación- cuenta con plazos adicionales para la realización de gestiones preparatorias para el cumplimiento oportuno y cabal de las condiciones para la suscripción del Acta de Inicio. Por último, las partes no se encuentran desprotegidas, en la medida que los mecanismos para la solución de controversias siguen vigentes en las estipulaciones contractuales y las partes pueden acudir a ellos cuando lo requieran
	OHL CONCESIONES	Procedimiento para la Toma de Posesión. Respetuosamente solicitamos a la ANI, explique la razón de recortar el plazo establecido para que los Prestamistas se pongan de acuerdo, para ejercer su derecho de Toma de Posesión. El término inicialmente planteado de 180 días, era ya de hecho corto para lograr un trámite tan importante como lo es lograr un acuerdo entre diversos Prestamistas. Pero ahora, la reducción del mismo a 90 días, resulta preocupante por ser el mismo absolutamente insuficiente para lograr dicho acuerdo. Por tanto, de manera respetuosa solicitamos, el mismo sea ampliado a por lo menos 200 Días.	Con el fin de evitar parálisis del contrato por un periodo largo de tiempo, la entidad a corto los tiempos, en miras de garantizar una adecuada prestación del servicio público.
	OHL CONCESIONES	Sección 7.2 (e) (v) Respetuosamente, solicitamos se vuelva a incluir la siguiente disposición, eliminada en la última versión del Contrato de Concesión: "De igual manera, si la ANI no reembolsa cualquiera de los montos aportados por el Concesionario, en cumplimiento de lo previsto en este Sección, con anterioridad a la causación de intereses de mora de conformidad con la Sección 3.6, también se entenderá suspendida la obligación del Concesionario de seguir haciendo desembolsos por los montos que son a cargo de la ANI, hasta tanto la ANI reembolse, junto con sus intereses, la totalidad de los montos en mora." Lo anterior, es de vital importancia ya que aunque el Concesionario puede aceptar financiar a la ANI en los sobrecostos que son a su cargo, no puede llegarse al extremo de que el Concesionario tenga que financiar obligaciones de la ANI, inclusive estando ésta incumpliendo con su	La entidad eliminó dicha disposición en la medida que es claro que si la entidad no ha aprobado la respectiva cuenta, que es antes de los desembolsos, el Concesionario no deberá seguir fondeando la respectiva cuenta. De otra parte, la disposición eliminada tenía un error de interpretación al hablar antes de la constitución en mora, en donde es claro que en ese periodo la entidad todavía no ha incumplido, pero decía la final que se debería pagar los valores adeudados junto con su mora, cuando todavía no se ha generado la mora., En esa medida, se dejó lo establecido en el primer párrafo de esta respuesta que

24 de abril de 2015

No.	Presenta la Observación	OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI
		obligación de reembolso, de manera ilimitada. Por tanto, de manera respetuosa, se incluya la redacción antes propuesta, la cual quedó en todos los contratos 4G de la primera ola. En caso de no aceptar esta propuesta, les agradecemos explicar la justificación de la eliminación.	es mucho mas claro y es anterior a cualquier desembolso.
	Álvaro José Cucalon Rangel – Fiduciaria de Occidente	De acuerdo a lo estipulado en el parágrafo del artículo 3 del Decreto 1467 de 2012, se estipula: "Las personas jurídicas podrán presentar propuestas respaldadas en compromisos de inversión irrevocables de Fondos de Capital Privado. Los Fondos de Capital Privado a los que se refiere el inciso anterior deberán contar entre sus inversionistas con Fondos de Pensiones. En el caso de Fondos extranjeros de Capital Privado deberán cumplir los requisitos de admisibilidad de inversiones establecidos por la Superintendencia Financiera para los Fondos de Pensiones." Teniendo en cuenta lo mencionado en el artículo 3 del decreto 1467 de 2012, se puede observar que dentro de la invitación a precalificar y pliego de condiciones se está estipulando lo solicitado en el mencionado artículo respecto a los requisitos que deben cumplir los fondos de capital privado para participar en esta fase de los procesos, sin embargo para el cierre financiero en las minutas de contrato parte general igualmente están limitando la participación de Fondos de Capital Privado de Colombia y el exterior en las condiciones del mencionado artículo, favor tener en cuenta que el artículo se refiere a la presentación de propuestas, sin embargo lo están aplicando hasta el cierre financiero limitando la participación de diferentes Fondos de Capital Privado que están dispuestos a financiar la infraestructura de nuestro país. Respetuosamente de acuerdo con lo anterior solicitamos sea revisada nuestra observación, pues independientemente de las inversiones y/o inversionistas que pueda tener el fondo de Capital Privado, es muy importante que puedan ingresar a financiar nuestra infraestructura, lo cual es punto clave que está requiriendo nuestro país para estos nuevos proyectos.	El proceso de celebración y ejecución de un contrato estatal está dividido en etapas, sin que ello signifique que sean independientes, o que en cada una de ellas se fije criterios distintos para evaluar a determinado sujeto, en este caso los Fondos de Capital Privado. En esa medida, la ANI en la etapa precontractual (en la cual se presenta la propuesta) y en la etapa de ejecución contractual (la cual incluye el cierre financiero) evalúa y exige los mismos requisitos a los Fondos de Capital Privado, para mantener el principio de igualdad y transparencia a lo largo de todo el proceso contractual. Por consiguiente su observación no es aceptada.
	SAC 4G	Se solicita revisar los plazos fijados en el cronograma publicado en los proyectos de pliegos, en especial el plazo que hay entre el "inicio del plazo para presentar propuestas" y el "Cierre del plazo de la Licitación Pública", porque únicamente la ANI está concediendo un plazo de menos de tres meses para estructurar debidamente la oferta a presentar. Solicitamos que la ANI considere un plazo de cuatro meses, como mínimo. Garantizado a los posibles proponentes un plazo razonable para elaborar adecuadamente sus ofertas y, con ello, permitir que más proponentes se presenten de quienes hemos resultado precalificados.	Los plazos establecidos en el cronograma han sido debidamente analizados y revisados (de acuerdo a la complejidad del proyecto) y se ha concluido que los mismos son suficientes para el adecuado análisis de los requerimientos del proceso y que los mismos son suficientes para la presentación de propuestas en el proyecto. No se acepta su observación.

Proyectó aspectos procedimentales: Mónica Olarte/María Camila Anaya/Olga María Arenas / Abogadas GIT de Contratación - Vicepresidencia Jurídica

Revisó aspectos procedimentales: Gabriel Eduardo Del Toro B. / Gerente GIT de Contratación – Vicepresidencia Jurídica.

Revisó aspectos jurídicos: Camilo Andres Salazar Camacho - Gerencia Jurídica de Estructuración - Vicepresidencia Jurídica

Revisó aspectos jurídicos: Diego Andrés Beltrán - Gerente Jurídico de Estructuración - Vicepresidencia Jurídica

Proyecto Tema jurídico – Solución de conflictos: Alejandro Gutiérrez Ramírez - Coordinación G.I.T. Defensa Judicial- Vicepresidencia Jurídica

Revisó Tema jurídico – Solución de conflictos: Camilo Mendoza Rozo - Coordinador G.I.T. Defensa Judicial (e)- Vicepresidencia Jurídica