

**LAS FÓRMULAS DE LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS DE LAS 4G Y EL
CONCEPTO DE COMPENSACIÓN ADECUADA POR EXPROPIACIÓN DE
ACUERDO AL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES**

SEBASTIÁN DUQUE VENEGAS

Maestría en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Público

Director: Dr. Wilfredo Robayo Galvis

**LINEA DE INVESTIGACIÓN
DEFENSA INTERNACIONAL DEL ESTADO**

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
BOGOTÁ D.C
2021**

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

**MAESTRÍA EN DERECHO DEL ESTADO CON ÉNFASIS EN DERECHO
PÚBLICO**

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Secretaria General: Dra. Martha Hinestrosa Rey

Decana de la Facultad de Derecho: Dra. Adriana Zapata Giraldo

Directora Departamento
Derecho Constitucional: Dra. Magdalena Correa Henao

Director de Tesis: Dr. Wilfredo Robayo Galvis

Examinadores: Dr. Eric Tremolada
Dr. Bernardo Vela

TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	5
2. EL CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL	7
2.1. Antecedentes y concepto de expropiación	7
2.2. Tipos de expropiación	8
2.3. Delimitación del concepto de expropiación a partir de los AII ratificados por Colombia.....	10
2.4. Reglas comunes sobre expropiación en los AII suscritos por Colombia	14
2.5. Concepto de compensación como requisito para una expropiación lícita.....	15
2.5.1. Metodologías de cálculo de la compensación	16
2.5.2. Otras reglas de compensación establecidas en los AII	18
2.6. Conclusión sobre el concepto de expropiación.....	20
3. FÓRMULAS DE LIQUIDACIÓN POR TERMINACIÓN ANTICIPADA EN LOS CONTRATOS 4G	23
3.1. La Cuarta Generación de Concesiones Viales en Colombia.....	23
3.2. Las Asociaciones Público Privadas y el <i>project finance</i>	26
3.2.1. Fórmulas de liquidación por terminación anticipada en las APP	28
3.3. Fórmulas de liquidación por terminación anticipada en los contratos 4G ...	31
4. ANÁLISIS CONCRETO	35
4.1. ¿La terminación anticipada del contrato de concesión puede considerarse una expropiación bajo el régimen de los AII ratificados por Colombia?.....	35
4.2. ¿Las fórmulas de liquidación y sus reglas cumplen con los requisitos para considerarse una compensación pronta, adecuada y efectiva que tenga un valor equivalente a un valor justo de mercado?	37
4.3. ¿La terminación anticipada del contrato de concesión, en las condiciones pactadas, cumple con los demás requisitos para considerarse una expropiación lícita?	41
4.4. ¿Cómo reforzar el argumento? Propuestas para contratos futuros	42
4.5. Conclusión y reflexión final	43
ANEXO 1 - TEXTO DE EXPROPIACIÓN EN LOS AII RATIFICADOS POR COLOMBIA	45
6. FORMULAS DE LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS DE 4G	63

7. **BIBLIOGRAFÍA**..... 82

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, Colombia tiene en su contra 15 demandas internacionales relacionadas con acuerdos internacionales de inversión¹ (en adelante “AII”) y 7 procesos en trámite pre-arbitral². La mayoría de estos procesos se derivan de actuaciones relacionadas con la ejecución de contratos estatales para proyectos de minería, infraestructura o prestación de servicios públicos³. Estos casos ascienden a aproximadamente 21,2 billones de pesos⁴ y, considerando que cada vez hay más actores internacionales suscribiendo este tipo de contratos, o entrando a la ejecución de estos proyectos en el país⁵, el riesgo de que Colombia se vea demandado ante tribunales de arbitraje de inversión por incumplimiento de un AII está en aumento.

Dentro de las principales causales que pueden llevar a que se interponga una demanda fundamentada en un AII se encuentra la ocurrencia de una expropiación ilegal, o que no esté acompañada de una compensación pronta, adecuada y efectiva y cuyo valor sea equivalente a un valor justo de mercado. Dichas expropiaciones en principio se podrían derivar de la terminación anticipada de un contrato de concesión (principalmente por culpa de la entidad pública, o por la aplicación de las cláusulas excepcionales de terminación unilateral o caducidad); sin embargo, en los contratos que se suscribieron dentro del programa de cuarta generación de concesiones viales en Colombia (en adelante “4G”) se pactaron fórmulas de liquidación que aplican ante una terminación anticipada del contrato, las cuales contemplan la posibilidad de pagar una indemnización al concesionario, incluso en los casos en que la terminación anticipada se haya presentado por su culpa.

En virtud de lo anterior, el objetivo de este documento es analizar si la aplicación de esas fórmulas de liquidación de los contratos de concesión del programa de 4G se puede entender como una compensación pronta, adecuada, efectiva y a un valor justo de mercado ante un

¹ Para efectos de este documento, por Acuerdo Internacional de Inversión se entiende cualquier tratado o convenio internacional, sea bilateral o multilateral, que contenga una regulación sobre la protección a la inversión de los miembros de un Estado parte en otro Estado parte. Generalmente esto se encuentra en Acuerdos Bilaterales de Inversión o en Tratados de Libre Comercio con capítulo de protección a la inversión.

² Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. *Informe trimestral de litigiosidad*, primer trimestre, corte marzo de 2020. Disponible en: https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/Documents/informe_litigiosidad_primer_trimestre_2020_300420.pdf. Consultado el 22 de marzo de 2020. p. 15.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 2019. MP: Carlos Bernal Pulido.

⁴ Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Óp. Cit. p. 15.

⁵ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, *Participación Privada en Infraestructura. Su evolución en Colombia y el apoyo del Grupo BID*. 2018. Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/participacion-privada-en-infraestructura-su-evolucion-en-colombia-y-el-apoyo-del-grupo-bid>. Consultado el 16 de abril de 2020. p. 57.

evento de expropiación y, por lo tanto, sirve como argumento de defensa para el Estado Colombiano en caso que se empiecen a interponer demandas ante tribunales de inversión por este concepto.

Para esto, se empezará por analizar el concepto de expropiación en el derecho internacional y en los AII ratificados por Colombia, así como el concepto de compensación, incluyendo sus requisitos y metodologías de cálculo.

En segundo lugar, se presentará un breve repaso del programa de 4G, las Asociaciones Público Privadas (en adelante las “APP”) y el *project finance*, para entender los esquemas bajo los cuales se desarrollaron los proyectos de dicho programa. Con esto, se analizará en detalle la forma en la que se aplican las fórmulas de liquidación por terminación anticipada, tanto en las APP de forma general, como en las pactadas dentro de los contratos de 4G.

En tercer lugar, se analizará si la terminación anticipada de un contrato de 4G puede considerarse una expropiación bajo el régimen de los AII ratificados por Colombia y, de ser así, si las fórmulas de liquidación, conforme al derecho internacional y los AII ratificados por Colombia, cumplen con los requisitos para considerarse una compensación pronta, adecuada, efectiva y a un valor justo de mercado.

Lo anterior servirá para concluir si efectivamente hay o no un argumento válido para que el Estado Colombiano se defienda ante tribunales de inversión y si hay acciones que el Estado podría implementar para reforzar dicho argumento. Esto último permitiría reducir el riesgo de una demanda o fallo en contra por incumplir alguno de los AII ratificados por Colombia.

2. EL CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

2.1. Antecedentes y concepto de expropiación

En temas de inversión extranjera, desde un principio las reclamaciones han girado principalmente en torno a nacionalizaciones y expropiaciones sin compensación⁶. Sin embargo, hasta 1950 la regla general era que para que un inversionista pudiera reclamar: (i) debía ser parte de un contrato de concesión regulado por ley internacional; (ii) debía convencer a su Estado para presentar la reclamación a través de vías diplomáticas; o (iii) debía conformarse con la posibilidad de demandar ante las cortes nacionales del Estado que nacionalizó o expropió⁷.

Esto empezó a cambiar en la medida en que los Estados empezaron a suscribir AII, pues ahora los inversionistas tienen la facultad de demandar directamente al Estado receptor de la inversión, a través de tribunales arbitrales internacionales, o tribunales de inversión⁸.

Con la firma de los AII, la discusión sobre el concepto de expropiación también empezó a cambiar. Antes de éstos, la discusión giraba entorno a las reglas aplicables conforme a los principios generales y la costumbre internacional, mientras que, a partir de su suscripción, se revisa en primer lugar la regulación y obligaciones que impone el AII aplicable, y los principios generales y la costumbre se utilizan como criterios auxiliares de interpretación⁹.

En cuanto al concepto de expropiación como tal, en general todos los autores reconocen que su definición ha sido problemática, tanto antes como después de la suscripción de AII. En un principio, la discusión se daba ante la ausencia de normas escritas y claras sobre las actividades que implicaban expropiación y cómo se debía compensar en esos casos. Hoy en día, en cambio, el problema está en que los AII generalmente establecen cláusulas amplias que no definen qué actividades caben en el concepto de expropiación e incluso difieren entre ellos en el texto de la cláusula. Esto ha generado diferentes interpretaciones para cada tipo de redacción y a que, en todo caso, tengan que referirse a los principios generales o la costumbre¹⁰.

⁶ McLACHLAN, Cambel. SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew. *International Investment Arbitration. Substantive Principles*. Oxford University Press, Oxford International Arbitration Series. Oxford, 2008. p. 265.

⁷ *Ibid.* pp. 266-267.

⁸ *Ibid.* p. 267.

⁹ Vale aclarar que hay también interpretaciones que se derivan de cláusulas de tratados de derechos humanos que regulan el derecho a la propiedad (p. Ej. Convención Americana de DDHH o la Declaración Universal de los DDHH). *Ibid.* p. 287.

¹⁰ *Ibid.* p. 267. Y MARTIN WAGNER, J. *International Investment, Expropriation and Environmental Protection*, Golden Gate U. L. Rev. (1999). <http://digitalcommons.law.ggu.edu/ggulrev/vol29/iss3/6>. p. 9.

Para solucionar este problema, distintos tribunales de inversión han intentado establecer un “test” que determine si se está ante una expropiación o no. Sin embargo, no se ha podido establecer una línea coherente de decisiones en este sentido, sobre todo en lo relacionado con actividades que comprenden expropiaciones indirectas¹¹. Es por esto que en la actualidad la definición de expropiación se resuelve caso a caso y dependiendo del AII aplicable.

La doctrina, por su parte, ha sido renuente a presentar definiciones generales de expropiación. Específicamente, autores como Dolzer, Schreuer y Douglas, entre otros, se abstienen de dar una definición, pero plantean la discusión y exponen las diferentes aplicaciones e interpretaciones que se les ha dado al concepto¹². Otros autores como McLachlan, Shore y Weiniger, en cambio, se atreven a definir la expropiación de forma genérica como una “*toma de propiedad por parte del gobierno, por la cual se requiere compensación*”¹³. De esta definición, y del análisis que los demás autores presentan de forma general, se puede concluir inicialmente que la expropiación es una actividad de un Estado que tiene por efecto la toma o afectación significativa de la propiedad de un inversionista. Esta actividad puede ser lícita siempre y cuando se acompañe de una compensación¹⁴, aunque, dependiendo del AII analizado y del tribunal de inversión, se puede requerir el cumplimiento de otros requisitos, que por lo general son: (i) que el acto obedezca a razones de interés público; (ii) que se ejecute sin discriminación; y (iii) que se haga en cumplimiento del debido proceso¹⁵. Sin embargo, se reitera, existe una gran discusión entorno a qué actividades particulares implican esa toma de propiedad y por lo tanto se enmarcan dentro de dicho concepto, o si simplemente toda actividad que genere ese efecto se considera expropiación¹⁶.

2.2. Tipos de expropiación

¹¹McLACHLAN, Cambel. SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew. Óp. Cit. p. 268.

¹²DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, Segunda Edición. Oxford, 2012. Y DOUGLAS, Zachary *The International Law of Investment Claims*. Cambridge University Press, Cuarta Edición, Cambridge, 2012.

¹³McLACHLAN, Cambel. SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew. Óp. Cit. p. 266.

¹⁴ Se le da prioridad al requisito de compensación porque existen casos en los que tribunales arbitrales han afirmado que aún cuando un AII establezca más requisitos para determinar la legalidad de una expropiación, éstos no son tan relevantes como el de compensación. Al respecto, ver: Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1; y McLACHLAN, Cambel. SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew. Óp. Cit. p. 271.

¹⁵DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. Óp. Cit. pp. 99-100.

¹⁶McLACHLAN, Cambel. SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew. Óp. Cit. pp. 266-267.

Si bien el concepto de expropiación es amplio y por lo tanto existen diversas formas en que una expropiación se puede presentar, tradicionalmente se ha diferenciado entre la expropiación directa y la expropiación indirecta o de facto¹⁷.

Expropiación directa es la expropiación en su sentido tradicional y, por lo tanto, los tribunales de inversión en general la consideran fácil de reconocer. Este tipo de expropiación ocurre, por ejemplo, (i) cuando una autoridad gubernamental se hace cargo de una inversión, privando al inversionista de los beneficios de la propiedad y control; o (ii) cuando ha habido una transferencia de la propiedad obligada por el Estado¹⁸.

Por su parte, la expropiación indirecta incluye actos que no corresponden a una expropiación directa, es decir, que no tengan expresamente el objeto de privar a alguien de su propiedad, pero que sin embargo generan ese efecto. Este tipo de expropiación no es fácil de definir, por lo que hay bastante discusión sobre cuáles actos se pueden considerar o no como una expropiación indirecta. Sin perjuicio de esto, de forma general se encuentra que hay consenso en que una expropiación indirecta puede generarse: (i) por uno o varios actos¹⁹, y (ii) de forma inmediata o en largo plazo. Sin embargo, para considerarse parte de una expropiación indirecta dichos actos deben ser obligatorios para el inversionista²⁰.

Particularmente, autores como Dolzer y Schreuer afirman que la diferencia entre expropiación directa e indirecta se deriva de si el título legal del propietario se afecta con la medida en cuestión o no. Si se pierde el título se está ante un caso de expropiación directa, mientras que si éste se retiene corresponde a una expropiación indirecta²¹. Para estos autores, además, la expropiación indirecta por regla general no viene acompañada de una compensación, por lo que tiende a ser ilícita²².

Sin perjuicio de lo anterior, existen algunos tribunales de inversión para los que es irrelevante la distinción entre una expropiación u otra, o si ésta se generó por uno o varios actos, pues consideran que el efecto al final es el mismo. Es más, algunos de estos tribunales aplican lo que se conoce como la doctrina del “*sole effect*” según la cual lo único relevante es el efecto que se genera en la propiedad del inversionista²³.

¹⁷Íbid. p. 290.

¹⁸Íbid. p. 290.

¹⁹ Generalmente, cuando se trata de una expropiación a través de varios actos se le conoce como una “*Creeping Expropriation*”. Íbid. pp. 293-294

²⁰ Íbid. pp. 291-292.

²¹ DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. Óp. Cit. pp. 101-102.

²² Íbid. p. 100.

²³ McLACHLAN, Cambel. SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew. Óp. Cit. p. 296. Y DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. Óp. Cit. p. 104.

En cuanto a los AII, actualmente la mayoría regulan y cubren a los inversionistas no sólo por expropiaciones directas, sino también por expropiaciones indirectas. Para esto, se encuentran redacciones que establecen expresamente que no se puede expropiar ni directa ni indirectamente, u otras que prohíben ejecutar “actos equivalentes” o con “efectos equivalentes a la expropiación”, o que prohíben actos que tengan la misma naturaleza o el mismo efecto frente a una inversión, entre otros²⁴.

De lo anterior se evidencia entonces que la expropiación parece referirse a cualquier actividad de un Estado que tiene por efecto la toma o afectación significativa de la propiedad de un inversionista y que generalmente se divide en: directa cuando hay una transferencia del título de propiedad del inversionista, o indirecta cuando no se transfiere pero se genera su afectación significativa. Sin embargo, esta definición ha sido y sigue siendo problemática, sobre todo si se tiene en cuenta que actualmente la fuente primaria de la responsabilidad por la expropiación son los AII, los cuales tienen textos distintos entre ellos.

Siendo así, para delimitar aún más el concepto de expropiación en el caso colombiano, se revisará si hay unas reglas generales o compartidas por los distintos AII que Colombia ha ratificado.

2.3. Delimitación del concepto de expropiación a partir de los AII ratificados por Colombia

Considerando la dificultad para definir el concepto de expropiación y que, tal como lo señalan distintos autores, para delimitar su alcance en un caso concreto se requiere de un análisis detallado de la cláusula que regula ese concepto en el AII particular, a continuación se presenta un análisis sobre los AII vigentes ratificados por Colombia. El objeto de este análisis es delimitar el concepto de expropiación de tal forma que si se evidencian elementos o requisitos similares en los distintos AII, éstos puedan ser la base para analizar si una actividad particular (como la terminación anticipada de los contratos de concesión de 4G) pueden considerarse una expropiación y cuáles serían las reglas aplicables para calcular el monto de la compensación derivada de dicho acto.

Actualmente, Colombia cuenta con 23 tratados internacionales de libre comercio y acuerdos de promoción y protección a la inversión ratificados, los cuales se dividen en 15 tratados de libre comercio y en 8 acuerdos bilaterales para la promoción y protección recíproca de las

²⁴ MARTIN WAGNER, J. Óp. Cit. p. 9.

inversiones²⁵. En 2017 contaba con 13 acuerdos de este tipo y en 2011 con 8²⁶, por lo que es evidente el crecimiento en la cantidad de acuerdos ratificados a través de los últimos años.

Respecto a los AII, es decir, aquellos que contienen una regulación sobre la protección a la inversión de los miembros de un Estado parte en otro Estado parte, actualmente se encuentran 19 vigentes y ratificados y 5 en proceso de ratificación²⁷. De los 19 ratificados, 17 cuentan con cláusulas que regulan la expropiación a la inversión extranjera, lo cual es común en el ámbito internacional²⁸.

Lo anterior se puede ver de forma resumida en la siguiente tabla:

No.	País	Tipo de Acuerdo	¿AII?	¿Regula Expropiación?	Cláusula
1	Estados AELC o EFTA (Suiza, Liechtenstein, Noruega e Islandia)	TLC	Sí	No	N/A
2	Estados CARICOM	TLC	No	No	N/A
3	Cuba	TLC	No	No	N/A
4	Mercosur	TLC	No	No	N/A
5	Unión Europea	TLC	Sí	No	N/A
6	Venezuela	TLC	No	No	N/A
7	Alianza del Pacífico	TLC	Sí	Sí	Art. 10.12
8	Canadá	TLC	Sí	Sí	Art. 8.11
9	Chile	TLC	Sí	Sí	Art. 9.10
10	Corea del Sur	TLC	Sí	Sí	Art. 8.7
11	Costa Rica	TLC	Sí	Sí	Art. 12.11
12	Estados Unidos de América	TLC	Sí	Sí	Art. 10.7
13	Guatemala, Salvador y Honduras	TLC	Sí	Sí	Art. 12.8
14	Israel	TLC	Sí	Sí	Art. 10.7
15	México	TLC	Sí	Sí	Art. 17.08

²⁵ <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/a-internacional-de-inversion>.

²⁶ VEGA, Juan Pablo. *Colombia tiene 13 acuerdos de inversión y alista otros cuatro adicionales*. En: Diario la República. Bogotá, 2017. Disponible en: <https://www.larepublica.co/economia/colombia-tiene-13-acuerdos-de-inversion-y-alista-otros-cuatro-2556117>.

²⁷ <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/a-internacional-de-inversion>.

²⁸ MARTIN WAGNER, J. Óp. Cit. p. 8.

16	China	Bilateral de Inversión	Sí	Sí	Art. 4
17	España	Bilateral de Inversión	Sí	Sí	Art. 4
18	Francia	Bilateral de Inversión	Sí	Sí	Art. 6
19	India	Bilateral de Inversión	Sí	Sí	Art. 6
20	Japón	Bilateral de Inversión	Sí	Sí	Art. 11
21	Perú	Bilateral de Inversión	Sí	Sí	Art. 11
22	Suiza	Bilateral de Inversión	Sí	Sí	Art. 6
23	Reino Unido	Bilateral de Inversión	Sí	Sí	Art. 6

Como ya se mencionó, de la revisión de los AII se evidencia que 17 de los 19 vigentes cuentan con cláusulas que regulan la expropiación. Sin embargo, la redacción de la mayoría de éstos difiere, lo cual es común en este tipo de acuerdos. Este fenómeno ocurre con mayor frecuencia en los AII que se suscriben mediante Acuerdos Bilaterales de Inversión que en los que se suscriben como capítulo de inversión en los Tratados de Libre Comercio. En los primeros se evidencia que no hay dos acuerdos que compartan el mismo texto, aunque sus reglas tienden a ser similares. En los segundos, por el contrario, la regla general es que cuenten con un mismo texto base, pero con algunas modificaciones o adiciones para regular algún aspecto o requisito en mayor detalle.

Sin perjuicio de la diferencia de redacción, del análisis de los AII ratificados por Colombia se evidencia que todos incluyen, como requisitos para que una expropiación sea lícita, los conceptos de interés público, debido proceso y no discriminación en los actos de expropiación, así como el estándar de compensación que se deriva de la “*Hull Formula*”,

según la cual ningún Estado puede expropiar la propiedad privada sin un pago pronto, adecuado y efectivo para eso²⁹. La única excepción es el AII entre Colombia y Francia, el cual no hace referencia expresa al debido proceso.

Lo anterior se evidencia de forma más clara en la siguiente tabla:

No.	País	¿Interés público?	¿Debido Proceso?	¿Sin discriminación?	¿Compensación? Se regula en detalle?
1	Alianza del Pacífico	Sí	Sí	Sí	Sí Sí
2	Canadá	Sí	Sí	Sí	Sí Sí
3	Chile	Sí	Sí	Sí	Sí Sí
4	Corea del Sur	Sí	Sí	Sí	Sí Sí
5	Costa Rica	Sí	Sí	Sí	Sí Sí
6	Estados Unidos de América	Sí	Sí	Sí	Sí Sí
7	Guatemala Salvador y Honduras	Sí	Sí	Sí	Sí Sí
8	Israel	Sí	Sí	Sí	Sí Sí
9	México	Sí	Sí	Sí	Sí Sí
10	China	Sí	Sí	Sí	Sí Sí
11	España	Sí	Sí	Sí	Sí Sí
12	Francia	Sí	No	Sí	Sí Sí
13	India	Sí	Sí	Sí	Sí

²⁹ Íbid. p. 275-276.

					Sí
14	Japón	Sí	Sí	Sí	Sí Sí
15	Perú	Sí	Sí	Sí	Sí Sí
16	Suiza	Sí	Sí	Sí	Sí Sí
17	Reino Unido	Sí	Sí	Sí	Sí Sí

De lo anterior se encuentra que los AII comparten unos requisitos generales (interés público, debido proceso, no discriminación y compensación) que, según algunos autores, conforman el estándar de expropiación de la costumbre internacional, por ser de común aplicación por todos los países³⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante volver a mencionar que el texto la cláusula de expropiación varía en los distintos AII (lo cual es más común en los acuerdos bilaterales que en los TLC, que tienden a ser más parecidos), por lo que lo mismo puede llegar a pasar con su interpretación por parte de un tribunal de inversión.

Adicional a esto, las reglas de compensación también varían, siendo en unos casos más detallados que en otras, pero por regla general siguen el principio de que dicha compensación sea pronta, adecuada, efectiva y equivalente a un valor justo de mercado. También hay aspectos puntuales que se reglamentan en algunos AII, particularmente sobre expropiación indirecta, excepciones expresas sobre eventos en los que se entiende que no se está ante una medida de expropiación y el derecho a la pronta revisión del acto de expropiación, entre otros.

En todo caso, para revisar en detalle cada texto, en el Anexo 1 se encuentra cada uno de los artículos que regulan la expropiación en los AII ratificados por Colombia.

2.4. Reglas comunes sobre expropiación en los AII suscritos por Colombia

Como ya se mencionó, la definición y por lo tanto las reglas aplicables al concepto de expropiación varían en los distintos AII. Entre los ratificados por Colombia, sin embargo, encontramos como elementos comunes para que la expropiación sea lícita que: (i) sea por razones interés público; (ii) se haga de conformidad con el debido proceso de ley y el

³⁰ McLACHLAN, Cambel. SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew. Óp. Cit. pp. 275-276.

establecido en el AII (de fijarse uno); (iii) se haga de manera no discriminatoria; y (iv) esté acompañado de una compensación pronta, adecuada y efectiva, cuyo valor sea equivalente a un valor justo de mercado.

Si se cumplen dichos requisitos se estaría ante una expropiación lícita, que no genera responsabilidad internacional para el Estado. Esto, vale aclarar, suponiendo que se cumplen también las particularidades que cada AII establece sobre esos requisitos, las cuales no serán analizadas en este documento, sin perjuicio de que dicho ejercicio deba hacerse frente al AII respectivo, en cada caso particular.

Considerando que el presente documento busca determinar si las fórmulas de liquidación de los contratos de concesión de 4G se pueden equiparar con una compensación pronta, adecuada y efectiva, a continuación se analizarán en detalle las reglas aplicables a este concepto, tanto de forma particular, como las que se encuentran de manera reiterada y general en los AII suscritos por Colombia.

2.5. Concepto de compensación como requisito para una expropiación lícita

Como ya se mencionó, para que una expropiación pueda considerarse lícita a la luz de los AII suscritos por Colombia se requiere, entre otros, que esté acompañado de una compensación pronta, adecuada y efectiva, cuyo valor sea equivalente a un valor justo de mercado.

Dicha inclusión de “valor justo de mercado” es común en los AII. Sin embargo, definir qué implica que una compensación sea por un valor justo de mercado, y cómo calcular ese valor, también ha generado discusiones en distintos tribunales de inversión³¹. Incluso, autores como Dolzer y Schreuer han afirmado que hoy los debates sobre expropiación giran en torno a la compensación y en especial al concepto de valor justo de mercado³².

Para llegar a esta discusión, lo primero que ha hecho la doctrina es diferenciar la obligación de compensar de la obligación de indemnizar. La primera es la que se requiere para que la expropiación se considere lícita, mientras que la segunda consiste en la obligación que nace por expropiar de forma ilícita (principalmente sin previa compensación)³³.

³¹ Íbid. p. 318. Y NIKIÈMA, Suzy. *Compensation for Expropriation, Best Practices*. The International Institute for Sustainable Development (IISD), Canadá, 2013. pp. 1;13.

³² DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. Óp. Cit. p. 100.

³³ NIKIÈMA, Suzy. Óp. Cit. p. 2.

En el caso de la compensación (o de una expropiación lícita), se ha afirmado que la obligación del Estado consiste en compensar el valor del daño emergente o de las pérdidas causadas hasta el momento de la expropiación, lo cual se puede entender como el valor de la compañía al momento de la expropiación, más intereses a la fecha de pago³⁴. Esto, a su vez, es lo que corresponde al valor justo de mercado³⁵.

Por su parte, la indemnización por una expropiación ilícita debe consistir en una reparación que, en la medida de lo posible, lleve al afectado a una condición equivalente a la que tendría si la expropiación no se hubiera presentado³⁶. Esta reparación entonces incluye no sólo el daño emergente, sino el lucro cesante e, incluso, para algunos autores, los daños indirectos³⁷. Sin perjuicio de esto, existen autores que consideran que pagar daño emergente y lucro cesante al tiempo es injusto y anti-técnico, pues, como el calculo del daño emergente en estos casos consiste en determinar el valor de una inversión (el cual generalmente contempla sus ingresos futuros), al sumarle después el lucro cesante se está haciendo una doble contabilización, por lo que se trata de una doble reparación³⁸.

Ahora bien, como en este caso se quiere analizar si la fórmula de liquidación pactada en el contrato de concesión cumple con los criterios de los AII, se analizarán en detalle únicamente las metodologías aplicables a lo que denominamos una compensación por una expropiación lícita. Vale aclarar que este análisis no pretende examinar en detalle las fórmulas de cálculo de los valores de las inversiones, sino que se busca analizar, desde una perspectiva jurídica, los principios que rigen la compensación por expropiación, así como sus principales métodos de cálculo.

2.5.1. Metodologías de cálculo de la compensación

Como se mencionó previamente, el cálculo de las compensaciones en expropiaciones lícitas debe determinar el valor justo del mercado de la inversión expropiada, de tal manera que se indemnice ese daño emergente ocasionado. Para esto se utilizan frecuentemente distintas metodologías de cálculo, tales como la de liquidación o reemplazo (metodologías basadas en valor de mercado), la de valor consignado en libros o estados financieros (metodologías

³⁴ *Ibid.* p. 3.

³⁵ DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. *Óp. Cit.* p. 100.

³⁶ NIKIÈMA, Suzy. *Óp. Cit.* p. 3. Y DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. *Óp. Cit.* p. 100.

³⁷ NIKIÈMA, Suzy. *Óp. Cit.* p. 3.

³⁸ SLOANE, Robert y REISMAN, Michael. *Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation*. The British Year Book of International Law. Oxford, 2004. p. 136.

basadas en valor de activos) y la de valor presente de flujo de caja futuro (metodología basada en ingresos)³⁹.

La metodología de “valor de mercado” (liquidación o reemplazo) consiste en obtener: (i) el precio que un hipotético comprador dispuesto y capaz y un hipotético vendedor dispuesto y capaz, establecerían para la compraventa del activo o inversión, actuando en un mercado abierto y sin restricciones, en un momento en el que ninguno de los dos está obligado a comprar o vender y cuando ambos tienen un conocimiento razonable de los hechos pertinentes; o (ii) el precio que se debería pagar para obtener un activo idéntico al expropiado⁴⁰. Este método presupone que existe un mercado real en el que se pueden llevar a cabo esas transacciones, y se basa en transacciones de referencia para determinar los precios que el mercado está dispuesto a pagar por dicha inversión⁴¹.

En segundo lugar, la metodología de “valor de activos” consiste en obtener el valor contable neto de un activo⁴². Para esto, se evalúa el valor del total de los activos de una inversión en una fecha determinada. Esto implica que sólo se tiene en cuenta el pasado y presente de la inversión y no las expectativas de ganancias futuras⁴³.

Finalmente, la “metodología basada en ingresos”, a través del valor presente del flujo de caja futuro, consiste en obtener el Valor Presente Neto (VPN) a través de la ponderación del flujo de caja futuro. Este método consiste en estimar los ingresos futuros de la inversión y luego aplicar una tasa de descuento que refleje el costo del capital y los riesgos a fin de identificar el valor actual⁴⁴.

De las metodologías descritas, los tribunales de inversión se han decantado por aplicar preferentemente la del descuento del flujo de caja futuro⁴⁵. Sin embargo, varios autores y tribunales afirman que esta metodología debe aplicarse únicamente cuando se tiene certeza de que la inversión genera utilidades⁴⁶. En caso contrario, se considera que utilizar esta

³⁹ McLACHLAN, Cambel. SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew. Óp. Cit. pp. 323-327. Y DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. Óp. Cit. p. 100. Y NIKIÈMA, Suzy. Óp. Cit. p. 13.

⁴⁰ NIKIÈMA, Suzy. Óp. Cit. p. 13. Y McLACHLAN, Cambel. SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew. Óp. Cit. p. 319.

⁴¹ NIKIÈMA, Suzy. Óp. Cit. p. 13.

⁴² Dicho valor se define como su valor bruto menos el importe de la depreciación y/o las provisiones. Íbid. p. 14.

⁴³ Íbid. p. 14.

⁴⁴ Íbid. p. 14.

⁴⁵ McLACHLAN, Cambel. SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew. Óp. Cit. pp. 327-328. Y DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. Óp. Cit. p. 100.

⁴⁶ Esto, por ejemplo, fue a la conclusión que se llegó en el caso *Metalclad Vs. México*. Ver, entre otros: SLOANE, Robert y REISMAN, Michael. Óp. Cit. pp. 138-139.

metodología sería inadecuado, pues partiría de muchos supuestos especulativos que no necesariamente corresponden a la realidad de la inversión⁴⁷.

De acuerdo con lo anterior, cada metodología podría considerarse adecuada para circunstancias distintas. Para determinar las circunstancias, por ejemplo, Sloane y Reisman⁴⁸ se refieren al Informe al Comité de Desarrollo y Directrices sobre el Tratamiento de la Inversión Extranjera Directa del Banco Mundial, en el cual se recomendó: (i) para una empresa en funcionamiento con un historial de rentabilidad demostrada, aplicar la metodología de descuento de flujo de caja futuro; (ii) en el caso de una empresa que no esté en funcionamiento, o que demuestre falta de rentabilidad, aplicar la metodología de la base del valor de liquidación; y (iii) en el caso de otros activos, sobre la base de: (a) el valor de reposición; o (b) el valor contable de libros, en caso de que dicho valor se haya evaluado recientemente o se haya determinado a partir de la fecha de la toma.

Así, la regla general entonces consiste en aplicar la metodología de flujo de caja futuro, salvo que el tribunal encuentre razones justificadas para no hacerlo. Dentro de estas razones, la más utilizada ha sido que la inversión expropiada no cuente con un historial claro de utilidades, en cuyo caso, dependiendo de la facilidad de obtener uno u otro valor, se podrá aplicar una metodología de valor de mercado o de valor contable de libros o estados financieros.

2.5.2. Otras reglas de compensación establecidas en los AII

Adicional a las metodologías de cálculo del valor justo de mercado, los AII ratificados por Colombia establecen unas reglas particulares relacionadas con la compensación. Estas principalmente consisten en: (i) que la compensación se pague en una moneda libremente convertible, o moneda de libre uso⁴⁹; (ii) que el precio no se vea afectado debido a que la intención de expropiar se haya conocido con antelación a la fecha de expropiación; y (iii) que se paguen intereses desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago.

⁴⁷ McLACHLAN, Cambel. SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew. Óp. Cit. pp. 327-328. Y DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. Óp. Cit. p. 100. Y SLOANE, Robert y REISMAN, Michael. Óp. Cit. pp. 138-139.

⁴⁸ SLOANE, Robert y REISMAN, Michael. Óp. Cit. pp. 139-140.

⁴⁹ En los AII de China, España, Japón, Reino Unido, Canadá se hace referencia a moneda libremente convertible; en los de Perú, la Alianza del Pacífico, Chile, Corea del Sur, USA, Canadá, Japón y Guatemala, Salvador y Honduras, a moneda de libre uso; en los de Suiza a moneda de libre conversión y en los de Francia, India, México e Israel no se hace referencia a alguno de estos términos o alguno similar. En todo caso, lo que sí establecen todos los AII es que la indemnización o compensación debe ser de libre transferencia o libremente transferible.

Sobre el requisito del pago de intereses, si bien es claro que se causan desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago, no ocurre lo mismo con la tasa aplicable. Incluso, distintos autores al referirse a este tema afirman que el método de cálculo es generalmente objeto de debate, pues los AII en general no especifican la tasa, el tipo de interés aplicable (simple o compuesto) ni el tipo de interés anual (tipo fijo aplicable a la deuda soberana del país receptor o a los tipos de mercado)⁵⁰.

En el caso de Colombia, los AII vigentes, cumpliendo con la regla general, no establecen la tasa ni el tipo de interés aplicable, pero sí cuentan con distintas redacciones que pueden servir de criterio para determinarlos, a saber: (i) “al tipo comercial fijado de acuerdo con los criterios de mercado para dicha moneda”⁵¹; (ii) “a la tasa de interés vigente”⁵²; (iii) “a una tasa comercial razonable”⁵³; “a una tasa comercial establecida en el mercado”⁵⁴; (iv) “a una tasa comercialmente razonable para esa moneda”⁵⁵; (v) “a una tasa comercial normal”⁵⁶; (vi) “a la tasa aplicable prevista por la legislación de la Parte Receptora de la inversión”⁵⁷; y (vii) “a una tasa corriente en el mercado para la divisa de referencia”⁵⁸.

Si bien estas redacciones pueden llevar a que la interpretación de los tribunales de inversión sean distintas dependiendo del AII analizado, parecen ser iguales o equiparables a las que generalmente se establecen en los distintos AII. Así, se puede usar como criterio para determinar la tasa lo que en la práctica han decidido los tribunales de inversión.

En cuanto al tipo de interés aplicable, si bien la regla general en disputas entre Estados es que no se acepta un interés compuesto, en el área AII se está desarrollando una línea independiente en la que la mayoría de los tribunales lo están aceptando, aunque todavía es un tema sobre el cual no hay unanimidad⁵⁹. Siendo así, los Estados deberían partir de la idea de que el tipo de interés que se les va a cobrar en estos eventos es compuesto y no simple.

Respecto de la tasa, los tribunales de inversión aplican tres métodos principales para definirlos. El primero consiste en determinar la tasa correspondiente al costo de la pérdida de

⁵⁰ NIKIÈMA, Suzy. Óp. Cit. p. 8.

⁵¹ China, España, Reino Unido, Guatemala, Salvador y Honduras.

⁵² Francia.

⁵³ India.

⁵⁴ Japón.

⁵⁵ Perú, Alianza del Pacífico, Chile, Corea del Sur, USA y Canadá.

⁵⁶ Suiza.

⁵⁷ Israel.

⁵⁸ México.

⁵⁹ McLACHLAN, Cambel. SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew. Óp. Cit. pp. 344-345. Y DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. Óp. Cit. p. 298.

oportunidad del inversionista, por lo que se calcula sobre la base de lo que habría supuesto una hipotética reinversión de la compensación. Este método refleja la idea de que la expropiación sin una compensación ha privado al inversionista de la oportunidad de reinvertir sus recursos de manera rentable⁶⁰. El segundo método consiste en utilizar la tasa que el inversionista habría tenido que pagar para obtener recursos adicionales, generalmente por medio de un préstamo, para cubrir la falta de compensación por parte del Estado⁶¹. Finalmente, el tercer método consiste en determinar la tasa en función de un índice de mercado, como la tasa interbancaria LIBOR.

A partir de la incertidumbre que existe entonces para definir la tasa aplicable, se considera que lo más adecuado sería aplicar uno de los tres métodos generalmente utilizados por los tribunales de inversión y que sea aplicable en Colombia como país receptor de la inversión, salvo que el pago de la compensación se vaya a hacer en una moneda distinta al peso colombiano. De esta manera se puede mitigar un posible incumplimiento de los AII suscritos, toda vez que así se puede cumplir de forma general con los diferentes textos y contar con antecedentes sobre el método de cálculo en casos anteriores fallados por tribunales de inversión.

2.6. Conclusión sobre el concepto de expropiación

En resumen, del análisis efectuado se encontró que la definición del concepto de expropiación es problemática, principalmente porque, por lo general, los AII establecen cláusulas amplias que no definen qué actividades caben en dicho concepto e incluso difieren entre ellos en el texto. Esto ha generado que los tribunales de inversión interpreten en los casos concretos de manera distinta, dependiendo de la redacción del AII aplicable y que, además, tengan que referirse en todo caso a los principios generales o la costumbre, en los cuales ya era problemática la definición del concepto.

Sin embargo, algunos autores se atreven a definir el concepto de expropiación, de forma general, como una *“toma de propiedad por parte del gobierno, por la cual se requiere compensación”*⁶². De esta definición y del análisis que los demás autores presentan de forma general se puede concluir inicialmente, y para efectos de este análisis, que la expropiación es

⁶⁰ NIKIÈMA, Suzy. Óp. Cit. p. 8.

⁶¹ Si bien para algunos autores este es un método para calcular la tasa, Dolzer y Schreuer afirman que este es el principio sobre el cual se debe basar la definición de la tasa, pero que ésta se define finalmente aplicando la tasa legal en una jurisdicción específica o una interbancaria, generalmente la LIBOR. Ver: DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. Óp. Cit. p. 297.

⁶² McLACHLAN, Cambel. SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew. Óp. Cit. p. 266.

la actividad de un Estado que tiene por efecto la toma o afectación significativa de la propiedad de un inversionista.

Esta expropiación, según la división comúnmente aplicada, puede ser directa o indirecta. Será directa cuando la propiedad sea tomada por la autoridad gubernamental, o cuando el inversionista sea privado de ésta por acciones del Estado. Por su parte, será indirecta cuando el inversionista retiene la propiedad de la inversión, pero su ejercicio se ve significativamente afectado por uno o varios actos del Estado.

La expropiación, sin importar si es directa o indirecta, puede ser lícita (y por lo tanto no generar una responsabilidad internacional del Estado) siempre y cuando se acompañe de una compensación pronta, adecuada y efectiva⁶³, y en la mayoría de casos además: (i) obedezca a razones de interés público; (ii) se ejecute sin discriminación; y (iii) se haga en cumplimiento del debido proceso.

Lo anterior es acorde con los 17 AII que Colombia ha ratificado y que regulan la expropiación, pues los 17 incluyen los requisitos mencionados en el párrafo anterior para determinar la licitud de la expropiación. Esto, salvo por el AII suscrito con Francia que no establece como requisito que la expropiación se haga cumpliendo el debido proceso.

Adicionalmente, en los 17 AII se establece que la compensación, además de ser pronta, adecuada y efectiva, debe tener un valor equivalente a un valor justo de mercado. Para esto, se utilizan frecuentemente distintas metodologías de cálculo tales como la de liquidación o reemplazo (metodologías basadas en valor de mercado), la de valor consignado en libros o estados financieros (metodologías basadas en valor de activos) y la de valor presente de flujo de caja futuro (metodología basada en ingresos)⁶⁴.

De dichas metodologías, los tribunales de inversión se han decantado por aplicar la metodología de flujo de caja futuro, salvo que hayan razones justificadas para no hacerlo. Dentro de estas razones, la más utilizada ha sido que la inversión expropiada no cuente con un historial claro de utilidades, en cuyo caso, dependiendo de la facilidad de obtener uno u otro valor, se podrá aplicar una metodología de valor de mercado o de valor contable de libros o estados financieros.

⁶³ Se le da prioridad al requisito de compensación porque existen casos en los que tribunales arbitrales han afirmado que aún cuando un AII establezca más requisitos para determinar la legalidad de una expropiación, éstos no son tan relevantes como el de compensación. Al respecto, ver: *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1; y *McLACHLAN, Cambel. SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew*. Óp. Cit. p. 271.

⁶⁴ *McLACHLAN, Cambel. SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew*. Óp. Cit. pp. 323-327. Y *DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph*. Óp. Cit. p. 100. Y *NIKIÈMA, Suzy*. Óp. Cit. p. 13.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante volver a mencionar que el texto la cláusula de expropiación varía en los distintos AII (lo cual es más común en los acuerdos bilaterales que en los TLC, que tienden a ser más parecidos), por lo que para el análisis de este documento se partirá del supuesto de que los requisitos particulares de cada AII se cumplen sin entrar a analizarlos, sin perjuicio de que dicho ejercicio deba hacerse contra el AII respectivo, en cada caso particular. En este sentido, el análisis de hará de forma genérica y con los puntos en común que tienen los AII ratificados por Colombia, mencionados en los párrafos anteriores.

3. FÓRMULAS DE LIQUIDACIÓN POR TERMINACIÓN ANTICIPADA EN LOS CONTRATOS 4G

3.1. La Cuarta Generación de Concesiones Viales en Colombia

La cuarta generación de concesiones viales en Colombia (4G) es un programa del Gobierno Nacional de Colombia, que se contrató desde el año 2012 hasta el 2017⁶⁵ y que actualmente se encuentra en su etapa de ejecución contractual⁶⁶.

El programa está compuesto por veinte (20) proyectos que se dividieron en tres grupos, denominados “olas”, así⁶⁷:

Tabla 1 – Olas de la Cuarta Generación de Concesiones Viales en Colombia

Ola o Grupo	Periodo en que se contrataron los proyectos	Número de proyectos contratados
Primera	2014-2015	9 ⁶⁸
Segunda	2015	9 ⁶⁹
Tercera	2016-2017	2 ⁷⁰

⁶⁵ De acuerdo con el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), la primera licitación pública para la contratación de un proyecto de la cuarta generación de concesiones viales (proyecto Honda-Puerto Salgar-Girardot) inició el proceso de precalificación el 6 de febrero de 2013. Por su parte, el último proyecto del programa (proyecto Pamplona-Cúcuta) se adjudicó el 19 de abril de 2017. Ver: <https://www.contratos.gov.co/consultas/inicioConsulta.do>. Consultado el 22 de agosto de 2020.

⁶⁶ Los proyectos de concesiones viales en Colombia cuentan con una etapa de estructuración y contratación, una de ejecución contractual y una de liquidación. Actualmente, los proyectos de la cuarta generación de concesiones están en su fase de ejecución contractual. Ver: <https://www.ani.gov.co/carreteras-0>. Consultado el 22 de agosto de 2020.

⁶⁷ Para mayor información de las olas del programa, ver: Documentos CONPES 3761 y 3770 de 2013 para la primera ola; Documento CONPES 3820 de 2014 para la segunda ola; y Documento CONPES 3844 de 2015 para la tercera ola. Los Documentos CONPES están disponibles en: <https://www.dnp.gov.co/CONPES/documentos-conpes/Paginas/documentos-conpes.aspx> (Consultado el 22 de agosto de 2020). Vale aclarar que no todos los proyectos priorizados fueron contratados.

⁶⁸ Los proyectos contratados fueron: (i) Perimetral de Oriente; (ii) Honda-Puerto Salgar-Girardot; (iii) Cartagena-Barranquilla; (iv) Pacífico 3; (v) Pacífico 2; (vi) Pacífico 1; (vii) Conexión Norte; (viii) Magdalena 2; y (ix) Mulaló-Loboguerrero. La información detallada de cada proyecto se puede encontrar en: <https://www.ani.gov.co/carreteras-0>. Consultado el 22 de agosto de 2020.

⁶⁹ Los proyectos contratados fueron: (i) Puerta de Hierro-Cruz del Viso; (ii) Transversal del Sisga; (iii) Villavicencio-Yopal; (iv) Popayán-Santander de Quilichao; (v) Santana-Mocoa-Neiva; (vi) Bucaramanga-Barrancabermeja-Yondó; (vii) Mar 1; (viii) Rumichaca-Pasto; y (ix) Mar 2. La información detallada de cada proyecto se puede encontrar en: <https://www.ani.gov.co/carreteras-0>. Consultado el 22 de agosto de 2020.

⁷⁰ Los proyectos contratados fueron: (i) Bucaramanga-Pamplona; y (ii) Pamplona-Cúcuta. La información detallada de cada proyecto se puede encontrar en: <https://www.ani.gov.co/carreteras-0>. Consultado el 22 de agosto de 2020.

Fuente: Elaboración propia a partir de información del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP).

Bajo este programa, el Gobierno Nacional, a través de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, contrató a unos inversionistas privados para que, a través de un concesionario constituido como una sociedad de propósito especial (SPV por sus siglas en inglés) y un patrimonio autónomo que canalice los recursos, se encargaran de los estudios y diseños definitivos, financiación, gestión ambiental, predial y social, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación, mantenimiento y reversión de distintos proyectos viales en el país. A cambio de esto, el concesionario recibe una retribución mensual por cada unidad funcional que pone en operación⁷¹, sujeta a su disponibilidad y a estándares de calidad del servicio en las mismas, y que tienen como fuente: (i) los aportes de la ANI, (ii) el recaudo de peajes y (iii) los ingresos por explotación comercial⁷².

Los aportes de la ANI corresponden a los montos en pesos o en dólares que la ANI se compromete en el contrato a consignar anualmente en el patrimonio autónomo del proyecto⁷³.

El recaudo de peajes proviene de los cobros que el concesionario puede hacer a los usuarios de la vía concesionada para pasar puntos específicos de ésta (en el cual se instalan unas casetas en las que se hace el cobro) y su monto corresponde a una tarifa definida en el contrato. La retribución como tal corresponde entonces al monto obtenido de multiplicar el tráfico efectivo de las estaciones de peaje por la tarifa de cada categoría vehicular⁷⁴. Al respecto, el contrato prevé que si el valor presente del recaudo efectivamente observado en determinadas fechas de corte es inferior al valor presente del recaudo esperado que se define en el contrato (el cual se define en éste como “VPIP”) la ANI reconocerá al concesionario la diferencia entre dichos valores, asumiendo así el riesgo de demanda, pero dejando a su cargo el riesgo de liquidez. Estas diferencias de recaudo (definidas en el contrato como “DR”) se calculan en tres momentos durante la ejecución de cada proyecto, a saber: en el año 8 (DR8), en el año 13 (DR13), en el año 18 (DR18) y en el final de la concesión. Estos recursos serán consignados, en caso de ser aplicable, en cada uno de dichos periodos por la ANI en la

⁷¹ Se entienden por unidades funcionales aquellas cuya ejecución podría haberse realizado y contratado en forma independiente y autónoma. Colombia. Ley 1508 de 2012, Artículo 5, Parágrafo 2.

⁷² Contrato de Concesión, Parte General, Sección 3.1(b).

⁷³ CABAL JARAMILLO, María Valentina. *La participación de la Financiera de Desarrollo Nacional (FDN) en el project finance de las concesiones 4G. Un estudio a partir del caso de la concesión Conexión Norte* (tesis de maestría). Universidad EAFIT. Escuela de Economía y Finanzas. Medellín, 2017. Disponible en: https://Repository.Eafit.Edu.Co/Bitstream/Handle/10784/11807/Cabaljaramillo_Mariavalentina_2017.Pdf?Sequencia=2. Consultado el 15 de julio de 2020. p. 16. Ver también la Sección 1.15 del Contrato de Concesión, Parte General de los proyectos 4G, en el cual se define el concepto de “Aportes ANI”.

⁷⁴ Contrato de Concesión, Parte General, Sección 1.133.

subcuenta de recaudo de peaje, que hace parte también del patrimonio autónomo del proyecto⁷⁵.

Finalmente, los ingresos por explotación comercial son ingresos brutos efectivamente obtenidos por la prestación de servicios adicionales (publicidad y venta de bienes y servicios, entre otros⁷⁶) que reciba el concesionario o sus empresas relacionadas. De estos ingresos, el 97,8% se destinan al pago de la retribución del concesionario⁷⁷.

Estos proyectos se estructuraron a partir de las lecciones aprendidas de las generaciones de concesiones viales anteriores y bajo el régimen de la Ley 1508 de 2012⁷⁸, expedida para que éste y futuros programas de participación público privada contarán con una normatividad clara⁷⁹. Adicionalmente, para su estructuración y ejecución se reformó el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, transformándolo en la ANI⁸⁰, la cual, como ya se mencionó, obró como entidad contratante de la totalidad de los proyectos.

Dentro de las particularidades de la estructuración se encuentra una homogenización de las metodologías y nivel de detalle de los estudios técnicos y financieros, así como de las metodologías de valoración de riesgos que deben seguir los lineamientos desarrollados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público⁸¹, para lo cual se expidieron documentos de política de riesgos especiales a través del Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES⁸². Adicionalmente, implementando buenas prácticas internacionales se estandarizaron los contratos de concesión, manteniendo las mismas obligaciones y asignación de riesgos en los distintos contratos de todo el programa, buscando facilitar el análisis de los mismos por parte de los inversionistas e interesados⁸³. Para esto, el contrato

⁷⁵ *Ibíd.* p. 16; y STRUCTURE BANCA DE INVERSIÓN. *New 5G Framework And Project Pipeline*. Bogotá, 2020. p. 16.

⁷⁶ Contrato de Concesión, Parte General, Sección 1.143.

⁷⁷ *Ibíd.* p. 16; y Contrato de Concesión, Parte General, Sección 1.84.

⁷⁸ Colombia. Ley 1508 de 2012, *por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones*.

⁷⁹ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Óp. Cit.* p. 54.

⁸⁰ Colombia. Decreto 4165 de 2011.

⁸¹ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, *Óp. Cit.* p. 56.

⁸² Para el programa se expidieron el Documento Conpes 3760 de 2013 “PROYECTOS VIALES BAJO EL ESQUEMA DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS: CUARTA GENERACIÓN DE CONCESIONES VIALES” y el Documento Conpes 3800 de 2014 “MODIFICACIÓN AL DOCUMENTO CONPES 3760: PROYECTOS VIALES BAJO EL ESQUEMA DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS: CUARTA GENERACIÓN DE CONCESIONES VIALES”. Ambos disponibles en: <https://www.dnp.gov.co/CONPES/documentos-conpes/Paginas/documentos-conpes.aspx>. Consultado el 22 de agosto de 2020.

⁸³ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, *Óp. Cit.* p. 56.

de cada proyecto se dividió en una parte general, que correspondía a la minuta estándar aplicable a todo el programa, y una parte especial que regula las particularidades del proyecto específico. Así, en la parte general se regulan, entre otros, las reglas generales de retribución, el esquema del patrimonio autónomo a través del cual se canalizan los recursos, la toma de posesión de los prestamistas (*Step in rights*), los mecanismos de solución de controversias y las fórmulas de liquidación del contrato⁸⁴. En la parte especial, por el contrario, se encontraban los plazos, tasas, valores y demás información específica del proyecto contratado.

Si bien la mayoría de las firmas adjudicatarias en este programa estaban conformadas por inversionistas nacionales, la participación de firmas extranjeras es relevante y ha ido creciendo. Por ejemplo, en la etapa de adjudicación el programa contaba con 38 inversionistas colombianos y 19 extranjeros⁸⁵, pero las inversiones de capital (*equity*) por parte de fondos de capital y la desinversión en proyectos con posterioridad a su adjudicación, generaron el ingreso de cuatro actores internacionales adicionales⁸⁶.

3.2. Las Asociaciones Público Privadas y el *project finance*

Como ya se mencionó, el programa de 4G se desarrolló bajo el régimen de la Ley 1508 de 2012. Esta ley define las Asociaciones Público Privadas (APP) así:

“Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio”⁸⁷.

Dentro de éstas se encuentran las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁸⁸ y es por esto que distintas APP se materializan a través de contratos de concesión, tal como ocurrió con las del programa de 4G.

Este tipo de proyectos, por lo general, se desarrollan a través del esquema de financiación de proyectos (*project finance*), en el cual la principal garantía de la deuda obtenida son los flujos

⁸⁴ *Ibíd.* p. 56.

⁸⁵ *Ibíd.* p. 57.

⁸⁶ *Ibíd.* p. 57.

⁸⁷ Colombia. Ley 1508 de 2012. Artículo 1°.

⁸⁸ Colombia. Ley 1508 de 2012. Artículo 2°.

futuros del mismo proyecto⁸⁹. Para materializar este esquema, el asociado privado constituye un SPV que se encarga de desarrollar el proyecto y de obtener la financiación que esté a su cargo para lograrlo⁹⁰. Dicha financiación se obtiene a través de una combinación de aportes de capital de los socios del SPV (*equity*) y deuda (bancaria, emitida en el mercado de capitales u obtenida a través de otros instrumentos financieros)⁹¹.

De acuerdo con lo anterior, para participar en un proyecto bajo el esquema de *project finance*, los financiadores (tanto de equity como de deuda) analizan si éste puede producir ingresos suficientes para pagar su ejecución más los retornos de inversión esperados⁹². Así, “*el proyecto debe verse capaz de producir ingresos suficientes para justificar la inversión, y flujos de caja regulares asegurar que el proyecto pueda cubrir sus gastos mensuales*”⁹³.

El esquema de *project finance* es ampliamente usado en el mundo para proyectos de infraestructura que buscan financiarse con capital privado (principalmente desde los años 80) y por eso es el esquema con el que se desarrolló el programa de 4G en Colombia⁹⁴.

Al respecto, al momento de referirse al esquema de financiación aplicable a las 4G, se ha afirmado:

⁸⁹ Si bien los flujos del proyecto son la principal garantía de la deuda, existen esquemas dentro del *project finance* en el que se exigen garantías a cargo del concesionario y el constructor, cuyo propósito es lograr que las obras concluyan a tiempo y así permitir que el proyecto empiece a generar los ingresos para pagar la deuda, o garantías de los accionistas o el socio principal del SPV, principalmente en los casos en los que los flujos del proyecto no generan suficiente confianza, o cuando existen riesgos especiales que para los financiadores lo amerita. Ver: BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO / BANCO MUNDIAL. *Public-Private Partnerships Reference Guide*. Versión 3. Washington, 2017. Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29052?locale-attribute=es>. Consultado el 6 de septiembre de 2020. p. 43; y ABELLO, Alessia. “*La financiación de los proyectos 4G*”, en *Infraestructura y derecho*, Bogotá: Legis - Cámara Colombiana de la Infraestructura, 2017. p. 47.

⁹⁰ BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO / BANCO MUNDIAL. Óp. Cit. p. 40.

⁹¹ *Ibíd.* p. 40.

⁹² HALLAND, Havard, Et. Al. *Resource Financed Infrastructure. A discussion on a new form of infrastructure financing*. Banco Mundial. Washington, 2014. Disponible en: <http://documents1.worldbank.org/curated/en/394371468154490931/pdf/Resource-financed-infrastructure-a-discussion-on-a-new-form-of-infrastructure-financing.pdf>. Consultado el 6 de septiembre de 2020. p. 24.

⁹³ *Ibíd.* p. 24. Traducción propia.

⁹⁴ HALLAND, Havard, Et. Al. p. 22; y ABELLO, Alessia. Óp. Cit. p. 47. Citado por: FAJARDO PEÑA, Santiago. “*Las concesiones de infraestructura como negocios financieros: el valor jurídico de los modelos financieros preparados para su celebración*”. Revista digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, n.º 22, 2019, pp. 61-96. doi: <https://doi.org/10.18601/21452946.n22.04>. p. 72.

La manera como están estructurada la forma de remuneración de estos proyectos (los de 4G), que tienen dos fuentes principales de ingresos –el aporte de recursos público a través de vigencias futuras del Gobierno y la cesión del recaudo de peajes– permite que los mismos sean financiados a través de una estructura del tipo Project Finance puesto que viabiliza el repago de la financiación a través de los recursos del mismo proyecto⁹⁵.

Dada la estructura de financiación a través del esquema de *project finance*, en este tipo de proyectos es común (y recomendable) encontrar fórmulas de liquidación ante una terminación anticipada, pues esto genera seguridad para quienes analizan el proyecto⁹⁶. Es por esto que en Colombia la Ley exige que en determinados contratos se establezca una cláusula en la cual se fije una fórmula matemática para definir las eventuales prestaciones recíprocas entre las partes para efectos de terminarlos anticipadamente por mutuo acuerdo o en forma unilateral⁹⁷. Esto ocurrió, por ejemplo, con los contratos de concesión de 4G, que contienen este tipo de disposiciones.

A continuación se analizarán las formas en que se han pactado o se recomienda pactar dichas fórmulas de liquidación por terminación anticipada, para posteriormente ver en detalle las fórmulas pactadas en los contratos de 4G.

3.2.1. Fórmulas de liquidación por terminación anticipada en las APP

⁹⁵ CABAL JARAMILLO, María Valentina. Óp. Cit. p. 4.

⁹⁶ Entidades multilaterales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo recomiendan que los contratos en los que se desarrollan esquemas de asociación público privada incluyan cláusulas de terminación anticipada, con las reglas de liquidación del contrato y las compensaciones a las que haya lugar. Adicionalmente, dentro de los aspectos de “bancabilidad” que analizan los posibles prestamistas de un proyecto de este tipo se encuentran los términos contractuales relacionados, entre otros, con pagos o compensaciones por terminación anticipada. Para más información ver: FARQUHARSON, Edward, Et. Al. *How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets*. The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank. Washington D.C, 2018. Disponible en: <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/995241468337913618/how-to-engage-with-the-private-sector-in-public-private-partnerships-in-emerging-markets>. Consultado el 7 de septiembre de 2020. p. 57 y BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO / BANCO MUNDIAL. Óp. Cit. pp. 46 y 155-157.

⁹⁷ Esto lo impone la Ley 1508 de 2012 (artículo 32 – modificado por la Ley 1882 de 2018) cuando se trata de APP a las que les aplica el régimen de dicha ley. Igualmente, la Ley 1682 de 2013 (artículo 13) impone la misma regla para los proyectos de infraestructura de transporte, junto con la posibilidad de que la entidad pública pueda proponer, si así lo considera, el pago anticipado de la recuperación de la inversión en la etapa de operación, de conformidad con la fórmula descrita en el contrato. Finalmente, la Ley 105 de 1993 impone la obligación de fijar en los contratos de concesión de obras de infraestructura de transporte, la forma de liquidación del contrato y los derechos de las partes en caso de incumplimiento de alguna de ellas.

Entre 1980 y 2019, 218 de 7095 proyectos de APP en el mundo terminaron anticipadamente⁹⁸, en su mayoría con una re-adquisición del proyecto por parte del Estado. En dicho proceso, la principal discusión entre las partes giró en torno a la compensación que el Estado debía pagar al asociado privado por lo ejecutado hasta ese momento⁹⁹.

A partir de lo anterior, y con el fin de dar seguridad a quienes analizan el proyecto para financiarlo, entidades como el Banco Mundial consideran que los contratos de APP deben establecer los eventos en los que el contrato debe terminar anticipadamente y la compensación o los pagos que se deben hacer en ese momento¹⁰⁰. Para esta entidad, la terminación anticipada se debe generar por tres razones principales, a saber: (i) incumplimiento; (ii) por razones de interés público, y (iii) por razones externas, tales como fuerza mayor¹⁰¹. En estos casos, el Estado generalmente debe pagar una suma por la terminación anticipada, buscando repagar la deuda del SPV con terceros, incluso si la terminación es por culpa del mismo SPV¹⁰².

Específicamente, el Banco Mundial ha propuesto algunos principios para determinar el valor a pagar por concepto de esa terminación anticipada. Por ejemplo, en caso de terminación anticipada por incumplimiento del asociado privado, se propone que se pague un valor equivalente a toda o la gran mayoría de la deuda con prestamistas (para no afectar la bancabilidad) y que los que soporten la pérdida sean los accionistas del SPV. En caso de incumplimiento del Estado, o de terminación por interés público, se propone que se pague un valor equivalente al total de la deuda, más una parte del capital (*equity*) aportado por los accionistas del SPV y se compensen las pérdidas de utilidades futuras (de existir). Finalmente, en caso de terminación anticipada por fuerza mayor, se recomienda que se haga un pago por un valor intermedio entre las dos anteriores, considerando que ninguna de las partes es responsable¹⁰³.

⁹⁸ BANCO MUNDIAL. Base de datos de participación privada en infraestructura. Disponible en: <https://ppi.worldbank.org/en/ppi>. Consultado el 6 de septiembre de 2020.

⁹⁹ SONG, Jimbo, Et. Al. *Using bargaining-game model to negotiate compensation for the early termination of BOT highway projects*. En: *Transportation Research, Part A – Policy and Practice*, 2017. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/319914761_Using_bargaining-game_model_to_negotiate_compensation_for_the_early_termination_of_BOT_highway_projects. p. 198.

¹⁰⁰ BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO / BANCO MUNDIAL. Óp. Cit. p. 156.

¹⁰¹ *Ibid.* p. 156.

¹⁰² *Ibid.* pp. 46 y 156.

¹⁰³ *Ibid.* p. 156. Si bien esta ha sido la recomendación general que se ha asumido, los Estados y distintos autores han asumido posturas que, si bien no son muy distintas de las del Banco Mundial, sí varían en cuanto al valor definitivo a pagar. Al respecto, ver: ALLEN & OVERY y EUROPEAN PPP EXPERTICE CENTER. *Termination and Force Majeure Provisions in PPP Contracts. Review of current European practice and*

Adicional a la lógica detrás de la compensación, se debe establecer la metodología con la que se calculará dicho valor. Para esto, existen dos mecanismos que han sido propuestos y analizados comúnmente por la doctrina internacional, a saber: (i) la compensación basada en los estados financieros; y (ii) la compensación basada en el flujo de caja futuro¹⁰⁴¹⁰⁵.

La primera metodología se basa en los estados financieros del proyecto para calcular la compensación. En ésta, la compensación es igual a los costos asumidos por el SPV para el desarrollo del proyecto a la fecha de la terminación que todavía no hayan sido reembolsados (por el Estado o por la explotación del proyecto)¹⁰⁶. De esta forma, esta metodología en principio sólo analiza la actualidad del proyecto sin entrar a revisar su futuro y la incertidumbre que esto genera, salvo en los casos en que se compensan las utilidades dejadas

guidance. European PPP Expertice Center. 2013, en el cual se analizan las reglas de compensación aplicables a 16 países europeos; SONG, Jimbo, Et. Al. Óp. Cit. p. 198, en los cuales se describen casos como el australiano y el coreano; XIONG, Wei y ZHANG, Xueqing. *Compensation Approaches for Early Termination of PPP Projects*. En: WANG, J. Et. Al. *Proceedings of the 17th International Symposium on Advancement of Construction Management and Real Estate*, DOI 10.1007/978-3-642-35548-6_75. Springer-Verlag. Berlin, Heidelberg, 2014. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/276272218_Compensation_Approaches_for_Early_Termination_of_PPP_Projects?enrichId=rgreq-274eb14394f58624a61d82156f309fde-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzI3NjI3MjIxODtBUzoyMjg5MjUzNTU4NTE3NzZAMTQzMTU5MTQ2NjExNw%3D%3D&el=1_x_2&_esc=publicationCoverPdf. Consultado el 7 de septiembre de 2020. p. 722, en el cual se describe el caso español; o SONG, Jimbo, FU, Yanan y BAGAYA, Oussen. *Compensation Mechanism for Early Termination of Highway BOT Projects Based on ARIMA Model*. En: International Journal of Architecture, Engineering and Construction. Vol 5, No 1, 2016. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/301828238_Compensation_Mechanism_for_Early_Termination_of_Highway_BOT_Projects_Based_on_ARIMA_Model?enrichId=rgreq-072d842d5a2c79c5f6cd32f590089c53-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzI3NjI3MjIxODtBUzoyOTQ1NzMTUzNzZAMTQzMTU5MTQ2NzExNw%3D%3D&el=1_x_2&_esc=publicationCoverPdf. Consultado el 6 de septiembre de 2020. pp. 53-54.

¹⁰⁴ SONG, Jimbo, Et. Al. Óp. Cit. p. 197; y ALLEN & OVERY y EUROPEAN PPP EXPERTICE CENTER. Óp. Cit. p. 21.

¹⁰⁵ Si bien existe una tercera metodología comúnmente propuesta y analizada, que consiste en el ofrecimiento del proyecto a terceros, los cuales analizan el proyecto y establecen una oferta con el precio a pagar por él. El precio adjudicado se convierte en el precio base del proyecto sobre el cual se liquida el contrato de APP. ZHANG, Xueqing y XIONG, Wei. *Renegotiation and Early-Termination in Public Private Partnerships*. En: International Journal of Architecture, Engineering and Construction. Vol 4, No. 4. 2015. Disponible en: <http://www.iasdm.org/journals/index.php/jjaec/article/view/363>. Consultado el 8 de septiembre de 2020. p. 210. Esta alternativa no es analizada en este documento, pues no es utilizada actualmente en Colombia.

¹⁰⁶ XIONG, Wei y ZHANG, Xueqing. Óp. Cit. p. 724.

de percibir por la terminación anticipada (lo cual generalmente ocurre cuando ésta se genera por culpa del asociado público) ¹⁰⁷.

Este tipo de compensación se utiliza generalmente en aquellos proyectos donde la construcción de la infraestructura no ha culminado, pues en ese momento todavía no se conoce el costo total del proyecto y es muy difícil fijar la compensación con base en ingresos futuros (principalmente porque no hay datos históricos sobre los ingresos y la demanda del proyecto) ¹⁰⁸.

Por otro lado, la compensación basada en el flujo de caja futuro calcula la compensación con el valor estimado de los ingresos restantes del proyecto, o el valor presente neto (VPN) de los flujos de caja futuros ¹⁰⁹. En comparación con la metodología de los estados financieros, este enfoque adopta una estrategia diferente al analizar el comportamiento del proyecto a futuro (y no al momento de la terminación anticipada) para compensar la pérdida de esos ingresos que eran esperados.

La compensación basada en el flujo de caja futuro se utiliza generalmente en aquellos proyectos que tienen ingresos sustanciales por concepto de tarifas y que ya se encuentran en etapa de operación ¹¹⁰. Esta metodología es más aproximada al valor real del proyecto, pues es el mismo análisis que haría un tercero que fuera a adquirirlo, en el que se analizan los ingresos restantes del proyecto en vez de los activos del mismo (que por lo general pertenecen al Estado o se le transfieren a éste al terminar) ¹¹¹.

A continuación se analizarán las fórmulas de liquidación por terminación anticipada en los contratos de 4G, para mostrar qué tipo de metodología utilizan y en qué casos.

3.3. Fórmulas de liquidación por terminación anticipada en los contratos 4G

Como ya se mencionó, los contratos de concesión que se suscribieron en el programa de 4G se dividieron, para cada proyecto, en dos: una parte general que correspondía a la minuta estándar aplicable a todo el programa, y una parte especial que regulaba las particularidades del proyecto específico.

¹⁰⁷ Ibid. p. 725.

¹⁰⁸ Ibid. p. 726.

¹⁰⁹ Ibid. p. 726.

¹¹⁰ Ibid. p. 727.

¹¹¹ Ibid. p. 728.

En la parte general se establecen, entre otros, las causales pueden llevar a que el contrato se termine anticipadamente. Dichas causales son las siguientes:

- (i) Por razones imputables al concesionario¹¹², las cuales incluyen: (a) la declaración de caducidad¹¹³; o (b) la terminación unilateral por parte de la ANI¹¹⁴, a menos que ésta se deba a la aplicación del numeral 1° del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, en cuyo caso no se entenderá que la causal es necesariamente imputable al concesionario;
- (ii) Por razones no imputables a las partes¹¹⁵, las cuales incluyen, (a) la solicitud de cualquiera de las partes por la ocurrencia de un evento eximente de responsabilidad, cuya duración supere noventa (90) días calendario y haya paralizado la ejecución del contrato en su totalidad¹¹⁶; (b) la terminación unilateral por parte de la ANI, cuando sea con base en el numeral 1° del artículo 17 de la Ley 80 de 1993¹¹⁷; o (c) por solicitud de cualquiera de las Partes ante la ocurrencia un evento de fuerza mayor ambiental o por no poder modificar el alcance de las intervenciones ante un evento eximente de responsabilidad o imputable a la ANI que impide la terminación de una unidad funcional.
- (iii) Por solicitud del concesionario ante una mora superior a sesenta (60) días calendario en el pago de cualquier obligación dineraria a cargo de ANI,

¹¹² Contrato de Concesión, Parte General, Sección 17.2(a)

¹¹³ La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. Ley 80 de 1993, Artículo 18.

¹¹⁴ De conformidad con el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, las entidades pueden terminar anticipadamente los contratos estatales, mediante acto administrativo, 1°. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga; 2°. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista; 3°. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista; o 4°. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

¹¹⁵ Contrato de Concesión, Parte General, Sección 17.2(b)

¹¹⁶ El contrato de concesión define los eventos eximentes de responsabilidad como “cualquier evento, circunstancia o combinación de eventos o circunstancias fuera del control razonable de la Parte que lo invoca, que afecte en forma sustancial y adversa el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato respecto de las cuales se invoca, después de que la Parte que lo invoca haya efectuado todos los actos razonablemente posibles para evitarlo”. Contrato de Concesión, Parte General, Sección 1.62.

¹¹⁷ “Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga”.

siempre y cuando el valor pendiente de pago sea superior al definido en la parte especial¹¹⁸.

- (iv) Por decisión unilateral de la ANI para recomprar los derechos económicos de la concesión¹¹⁹.

Si el contrato de concesión se termina anticipadamente por alguna de las causales mencionadas, el mismo, siguiendo la práctica internacional, establece unas fórmulas que determinan los pagos que las partes se deben hacer entre ellas para liquidarlo.

Las fórmulas de liquidación de estos contratos se encuentran en la parte general (específicamente en la Sección 18.3), por lo que es igual a todos los proyectos¹²⁰. Lo que varía en las fórmulas son las tasas de descuento, los porcentajes de participación de cada unidad funcional, el VPIP y la fracción de los “Aportes ANI en Dólares”. Todos éstos son variables de la fórmula que dependen de las características particulares de cada proyecto y por lo tanto se fijan en la parte especial del contrato.

El contrato contiene cuatro fórmulas distintas aplicables en caso de una terminación anticipada del contrato¹²¹. La primera aplica si la terminación se produce antes de iniciar la fase de construcción del proyecto; la segunda si la terminación ocurre durante la fase de construcción; la tercera si ocurre finalizada la etapa de construcción; y la cuarta si la terminación se produce por la decisión de la ANI (en cualquier etapa del contrato) de recomprar los derechos económicos del proyecto al concesionario. Las cuatro fórmulas acá descritas se pueden ver en el Anexo 2 del presente documento.

En los primeros tres casos, la metodología de cálculo de la compensación corresponde a la basada en los estados financieros y busca compensar las inversiones realizadas por el concesionario hasta el momento de la terminación, descontando la retribución y

¹¹⁸ Contrato de Concesión, Parte General, Sección 17.2(c)

¹¹⁹ Contrato de Concesión, Parte General, Sección 17.2(d)

¹²⁰ Teniendo en cuenta que la parte general del contrato es igual en los proyectos, para este ejercicio se analizaron en detalle únicamente las fórmulas de liquidación del proyecto Pamplona – Cúcuta, que fue el último en contratarse del programa 4G. Vale aclarar que la única diferencia que se encuentra en las fórmulas de liquidación establecidas en la parte general es la inclusión de una fórmula de liquidación en caso de recompra de los derechos económicos al Concesionario, que es una causal de terminación anticipada que se incluyó a partir de la expedición de la Ley 1682 de 2015 (después de contratada la primera ola), por lo dispuesto en el párrafo 1º de su artículo 13, según el cual “*La entidad pública contratante (...) podrá proponer, si así lo considera, de acuerdo con la ley vigente, el pago anticipado de la recuperación de la inversión en la etapa de operación, de conformidad con la fórmula descrita en el contrato*”.

¹²¹ Estas fórmulas se encuentran en las Secciones 18.3(e), 18.3(f), 18.3(g) y 18.3(h).

compensaciones recibidas y las deducciones y penalizaciones aplicables, y ajustando el valor de liquidación mediante una tasa de descuento que varía dependiendo de a qué parte le es atribuible la terminación anticipada (por culpa de la ANI, del concesionario o por fuerza mayor)¹²².

Por otro lado, la fórmula aplicable al caso de recompra de los derechos económicos del proyecto se basa en una metodología de análisis del flujo de caja futuro. En ésta, básicamente, se calculan los ingresos faltantes de percibir por el concesionario (por concepto de recaudo de peajes, aportes de la ANI e ingresos por explotación comercial) y se le restan: (i) los costos que se dejarán de causar, ambos descontados a valor presente con una tasa que refleje las condiciones de mercado asociadas al riesgo del proyecto¹²³; (ii) las deducciones, descuentos, multas y penalidades a las que haya lugar en virtud del contrato; y (iii) las obligaciones dinerarias pendientes de pago a cargo de la ANI, causadas hasta ese momento.

Sin importar la metodología ni la causal que llevó a la terminación anticipada, el pago a cargo de la ANI debe hacerse, en primer lugar, con los recursos de la entidad que están disponibles en el patrimonio autónomo del proyecto y, en caso de no ser suficientes para pagar la totalidad adeudada, la entidad contará con un plazo de 540 días calendario contados desde el día hábil siguiente a la fecha en que se suscriba el acta de liquidación del contrato para el pago del saldo¹²⁴. En caso de que la terminación anticipada haya ocurrido antes de iniciada la fase de construcción del contrato y no sea por la recompra de los derechos económicos de la concesión, el contrato establece que a partir del vencimiento del plazo de 540 días calendario se causarán intereses de mora a una tasa equivalente a DTF más diez puntos porcentuales (10%), siempre que no se exceda la tasa máxima permitida por la ley colombiana¹²⁵. Por su parte, si la terminación ocurre después de iniciada la fase de construcción del contrato, o por la recompra de los derechos económicos de la concesión, se causarán, además de los intereses moratorios aplicables en el caso anterior, unos intereses remuneratorios desde el día 45 y hasta el día 540, con una tasa de DTF más cinco puntos porcentuales (5%)¹²⁶.

A partir de esto, se evidencia que las fórmulas de liquidación son acordes a la práctica y las recomendaciones internacionales en la materia. Éstas buscan compensar al concesionario (y a los actores detrás de éste) por las inversiones realizadas en el proyecto, dándole seguridad a los inversionistas de una rentabilidad o por lo menos de la no pérdida total de su inversión.

¹²² STRUCTURE BANCA DE INVERSIÓN. Óp. Cit. p. 19.

¹²³ Dicho valor y dicha tasa serán determinados por las partes, o por un tercero por expresa delegación de éstas.

¹²⁴ Contrato de Concesión, Parte General, Sección 18.4(b)

¹²⁵ Contrato de Concesión, Parte General, Sección 18.4(b)(i)

¹²⁶ Contrato de Concesión, Parte General, Sección 18.4(b)(ii)

4. ANÁLISIS CONCRETO

4.1. ¿La terminación anticipada del contrato de concesión puede considerarse una expropiación bajo el régimen de los AII ratificados por Colombia?

Para determinar si la terminación anticipada del contrato de concesión puede considerarse una expropiación, lo primero que se debe analizar es si el contrato de concesión se puede considerar una inversión de propiedad del concesionario y, por lo tanto, si cuando el Estado lo termina anticipadamente implica que está despojando a un inversionista de su propiedad.

Al respecto, hoy en día parece haber consenso sobre que los derechos contractuales son sujetos de expropiación¹²⁷. Específicamente, la regla actualmente es que la propiedad del inversionista comprende tanto la física como los derechos que surjan de los contratos válidamente suscritos en el territorio de ese Estado¹²⁸; o que la obligación de compensar por una expropiación surge sin importar si la propiedad es tangible, como en el caso de inmuebles, o si es intangible, como en el caso de derechos contractuales¹²⁹.

Autores como Dolzer y Schreuer han afirmado que la toma o destrucción de derechos adquiridos, transferidos o regulados por un contrato puede considerarse una expropiación. Este principio, afirman los autores, está definido desde 1903 en lo que se conoce como el *Rudloff Case* y se ha ratificado en tribunales de inversión¹³⁰. Específicamente, en casos como el de *Amoco International Finance Corp. Vs. Iran* se concluyó que la expropiación se puede extender a cualquier derecho que sea sujeto de comercialización¹³¹.

Lo anterior se refuerza en los textos de los AII, pues, al definir inversión, éstos incluyen expresamente las “concesiones”, ya sea otorgadas por ley, por contratos u otros¹³², o cualquier “derecho que tenga por objeto producir beneficios económicos”¹³³.

¹²⁷ Ver el caso *LIAMCO Vs. Libia* y *Starret Vs Iran*, ambos citados en: McLACHLAN, Cambel. SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew. Óp. Cit. p. 308.

¹²⁸ Ver *Starret Vs Iran*, ambos citados en: McLACHLAN, Cambel. SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew. Óp. Cit. p. 308.

¹²⁹ Ver *Phillips Petroleum Vs Iran*, citado en McLACHLAN, Cambel. SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew. Óp. Cit. p. 308.

¹³⁰ DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. Óp. Cit. pp. 126-127.

¹³¹ DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. Óp. Cit. p. 127. Y McLACHLAN, Cambel. SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew. Óp. Cit. p. 309.

¹³² Este texto se encuentra en todos los AII ratificados por Colombia, salvo por el de México.

¹³³ AII suscrito entre Colombia y México, Artículo 17-01.

Si los derechos contractuales son propiedad para efectos de la expropiación, se debe analizar entonces si alguna de las causales de terminación anticipada podría considerarse expropiatoria. Al respecto, se considera que si tan sólo una de las causales de terminación anticipada puede considerarse una expropiación, el ejercicio propuesto en este documento tendría sentido, pues la fórmula de liquidación podría ser analizada como una posible compensación ante un tribunal de inversión.

Como se mencionó en el Capítulo II, la terminación anticipada del contrato de concesión en el programa de 4G se puede dar por las siguientes razones:

- (v) Por razones imputables al concesionario, las cuales incluyen: (a) la declaración de caducidad o (b) la terminación unilateral por parte de la ANI, a menos que ésta se deba a la aplicación del numeral 1° del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, en cuyo caso no se entenderá que la causal es, necesariamente, imputable al concesionario;
- (vi) Por razones no imputables a las partes, las cuales incluyen, (a) la solicitud de cualquiera de las partes por la ocurrencia de un evento eximente de responsabilidad, cuya duración supere noventa (90) días calendario y haya paralizado la ejecución del contrato en su totalidad; (b) la terminación unilateral por parte de la ANI, cuando sea con base en el numeral 1° del artículo 17 de la Ley 80 de 1993; o (c) por solicitud de cualquiera de las Partes ante la ocurrencia un evento de fuerza mayor ambiental o por no poder modificar el alcance de las intervenciones ante un evento eximente de responsabilidad o imputable a la ANI que impide la terminación de una unidad funcional.
- (vii) Por solicitud del concesionario ante una mora superior a sesenta (60) días calendario en el pago de cualquier obligación dineraria a cargo de ANI, siempre y cuando el valor pendiente de pago sea superior al definido en la parte especial.
- (viii) Por decisión unilateral de la ANI para recomprar los derechos económicos de la concesión.

Para determinar cuáles de estas causales pueden llegar a implicar una expropiación bajo los AII ratificado por Colombia, se debe partir de que distintos tribunales han afirmado que el factor determinante es si el Estado actuó en una condición gubernamental oficial (o que hubo

un acto de autoridad de por medio)¹³⁴. Así, si se trata de un incumplimiento del contrato, o de un acto en virtud de su posición contractual (y no como Estado), no se estaría ante una expropiación¹³⁵. Sin embargo, esto no ha dejado de ser sujeto de discusión. En casos como Waste Management Vs México, por ejemplo, se ha afirmado que “*pueden haber conductas equivalentes a una expropiación que consistan en actos u omisiones que no sean específicamente gubernamentales*”¹³⁶, por lo que existe un riesgo de que, incluso si no existe un acto de autoridad gubernamental, un tribunal de inversión pueda considerar que una actuación equivale a una expropiación.

Dicha expropiación sería directa, toda vez que la autoridad gubernamental acaba con la posibilidad de que el inversionista continúe ejecutando el contrato y por lo tanto despojándolo de ese derecho o propiedad.

De acuerdo con lo anterior, parece claro que en los casos en los que media una decisión administrativa (y que se ejerce una potestad estatal reglada), como ocurre en la declaratoria de caducidad, la de terminación unilateral y con la recompra de los derechos económicos de la concesión, se está potencialmente ante una posible expropiación. Sin embargo, esto no impide que un tribunal pueda interpretar que existan otras causales que, si bien no tienen de por medio un acto de autoridad gubernamental, pueden considerarse expropiatorias (aplicando el antecedente del caso de Waste Management Vs México).

Aún cuando esos casos puedan considerarse expropiatorios, los mismos pueden ser lícitos y no generar responsabilidad, por lo menos con la obligación de compensar de forma pronta, adecuada y efectiva al inversionista, por un valor equivalente a un valor justo de mercado. Esto sin perjuicio de que un tribunal pueda requerir también que se cumplan los demás requisitos expuestos en este documento.

De acuerdo con lo anterior, continuación se analizará si la aplicación de la fórmula de liquidación y sus reglas cumplen con los requisitos generales establecidos en este documento para poder considerarse una compensación pronta, adecuada y efectiva que tenga un valor equivalente a un valor justo de mercado.

4.2. ¿Las fórmulas de liquidación y sus reglas cumplen con los requisitos para considerarse una compensación pronta, adecuada y efectiva que tenga un valor equivalente a un valor justo de mercado?

¹³⁴ Ver RFCC Vs Marruecos, Azurix Vs Argentina, Impregilo Vs Pakistán, y Siemens Vs. Argentina, entre otros. Todos citados en (p. 128).

¹³⁵ DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. Óp. Cit. p. 128.

¹³⁶ *Ibid.* p. 129.

Tal como se expuso en el Capítulo II, el contrato de concesión de 4G contempla dos metodologías de cálculo del valor a pagar por concepto de una terminación anticipada. La primera es la basada en los estados financieros, la cual busca compensar las inversiones realizadas por el concesionario hasta el momento de la terminación, descontando la retribución, compensaciones recibidas y las deducciones y penalizaciones aplicables, y ajustando el valor de liquidación mediante una tasa de descuento que varía dependiendo de a qué parte le es atribuible la terminación anticipada (por culpa de la ANI, del concesionario o por fuerza mayor). Esta metodología aplica cuando la terminación se produce por una causal distinta a la recompra de los derechos económicos de la concesión, sin importar el momento en que se presente (antes, durante o finalizada la etapa de construcción).

La segunda metodología, por otro lado, es la de análisis del flujo de caja futuro. En ésta, como ya se mencionó, se calculan los ingresos faltantes de percibir por el concesionario (por concepto de recaudo de peajes, aportes de la ANI e ingresos por explotación comercial) y se le restan: (i) los costos que se dejarán de causar, ambos descontados a valor presente con una tasa que refleje las condiciones de mercado asociadas al riesgo del proyecto¹³⁷; (ii) las deducciones, descuentos, multas y penalidades a las que haya lugar en virtud del contrato; y (iii) las obligaciones dinerarias pendientes de pago a cargo de la ANI, causadas hasta ese momento. Esta metodología se aplica cuando la causal de terminación anticipada es la recompra de los derechos económicos de la concesión.

Sin importar la metodología ni la causal que llevó a la terminación anticipada, el pago a cargo de la ANI debe hacerse, en primer lugar, con los recursos de la entidad que están disponibles en el patrimonio autónomo del proyecto y, en caso de no ser suficientes para pagar la totalidad adeudada, la entidad contará con un plazo de 540 días calendario contados desde el día hábil siguiente a la fecha en que se suscriba el acta de liquidación del contrato para el pago del saldo. En caso de que la terminación anticipada haya ocurrido antes de iniciada la fase de construcción del contrato y no sea por la recompra de los derechos económicos de la concesión, a partir del vencimiento del plazo de 540 días calendario se causarán intereses de mora a una tasa equivalente a DTF más diez puntos porcentuales (10%), siempre que se exceda la tasa máxima permitida por la ley colombiana. Por su parte, si la terminación ocurre después de iniciada la fase de construcción del contrato, o por la recompra de los derechos económicos de la concesión, se causarán, además de los intereses moratorios aplicables en el caso anterior, unos intereses remuneratorios desde el día 45 y hasta el día 540, con una tasa de DTF más cinco puntos porcentuales (5%).

¹³⁷ Dicho valor y dicha tasa serán determinados por las partes, o por un tercero por expresa delegación de éstas.

Al respecto, en el Capítulo I se presentó que la regla actual es que los tribunales de inversión apliquen la metodología del descuento del flujo de caja futuro, salvo que la inversión expropiada no cuente con un historial claro de utilidades (o que la particularidad de la inversión lleve al tribunal a no aplicar esta metodología), en cuyo caso, dependiendo de la información disponible, se podrá aplicar una metodología de valor de mercado o de valor contable de libros o estados financieros.

De acuerdo con lo anterior, se encuentra que la causal de terminación anticipada por la recompra de los derechos económicos de la concesión cumple con la regla general de utilizar la metodología del descuento del flujo de caja futuro, por lo que de presentarse este caso la entidad podrá afirmar que cumplió con las reglas para que la compensación se considere adecuada y a un valor equivalente a un valor justo de mercado. Así, en este caso correspondería al inversionista probar, para poder controvertir este argumento, que la metodología fue mal implementada, o que era anti-técnica y por lo tanto le ocasionó un perjuicio (aunque esto último en todo caso podría ser debatible por tratarse de una metodología que conoció antes de suscribir el contrato).

En cuando a las causales de terminación distintas a la de la recompra de los derechos económicos de la concesión, se considera que las que ocurren antes de finalizada la etapa de construcción pueden ser acordes con las regla que los tribunales de inversión aplican actualmente, pues, al tratarse de proyectos que no han empezado a operar, son a su vez proyectos que no cuentan con un historial de utilidades lo cual es el principal supuesto en el que los tribunales han aceptado que se aplique una metodología distinta, como la de valor contable basada en los estados financieros que es la se pactó en el contrato de concesión. Esto también se ve reforzado con el hecho de ser una fórmula previamente pactada por las partes del contrato.

Siendo así, el único caso en el que parece se requiere una justificación más elaborada es cuando la terminación ocurre cuando el proyecto ya se encuentra en operación y se da por una razón distinta a la recompra de los derechos económicos de la concesión. Sin embargo, en este caso las causales de terminación anticipada: (i) serían imputables al concesionario, o (ii) derivadas de la ocurrencia de un evento eximente de responsabilidad que afecte significativamente la ejecución del contrato, o (iii) generadas porque las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga. Esto implica que para que se presente una terminación anticipada que pueda equipararse con una expropiación durante la etapa de operación del contrato, el proyecto se debe encontrar en una situación de anormalidad, o en un incumplimiento grave del concesionario por lo que no tendría sentido que se le retribuyera en exceso por ese incumplimiento, o que se partiera de un supuesto de utilidades que ya no es aplicable, dada la situación de incertidumbre. En este sentido, se considera que si bien en estos casos parece haber una mayor dificultad para convencer a un

tribunal de inversión de no aplicar la metodología de descontar el flujo de caja futuro, existen razones prácticas que podrían utilizarse para justificarlo.

Respecto del pago de intereses, en el Capítulo I se expuso que los AII suscritos por Colombia tienen una regla según la cual se deben causar intereses desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago a una tasa de interés compuesto que se puede determinar a través de una de las siguientes tres metodologías: (i) con base en el costo de la pérdida de oportunidad del inversionista; (ii) con base en la tasa que el inversionista habría tenido que pagar para obtener recursos adicionales, generalmente por medio de un préstamo, para cubrir la falta de compensación por parte del Estado; y (iii) en función de un índice de mercado.

Al comparar el periodo de causación de los intereses pactados en el contrato de concesión con lo establecido en los AII, se evidencia en este caso que hay una diferencia sustancial, pues en el contrato se establece un periodo de gracia que puede ir entre 45 y 540 días calendario, dependiendo de la causal de terminación, mientras que la regla de los AII es que se paguen desde el día de la expropiación, que para este caso sería la fecha de suscripción del acta de reversión, que es cuando la terminación anticipada se hace efectiva¹³⁸, o en la fecha en que los prestamistas toman posesión o se ceda el contrato¹³⁹. Esto implica un riesgo para el Estado, pues el inversionista podrá reclamar el pago de los intereses que, de acuerdo con los AII, debían cancelarse en ese periodo de retraso y que no se hizo por aplicar las reglas del contrato de concesión.

En cuanto a la definición de la tasa, parece más difícil determinar si esa será una tasa adecuada para el tribunal que analice el caso. Si bien ésta cumple con la metodología de utilizar un índice de mercado, como ésta se basa en la tasa de captación de los bancos y no de colocación, deberá probarse en su momento que es lo suficientemente “de mercado” para no generar una afectación injusta al inversionista. Por otro lado, también es importante mencionar que esta es una tasa pactada contractualmente, por lo que el Estado podría argumentar que es una tasa que fue aceptada previamente por el inversionista como una adecuada para compensar ese retraso en el pago.

¹³⁸ Al respecto, el contrato de concesión, en su parte general, establece que el plazo del contrato “transcurrirá entre la Fecha de Inicio y la fecha en que termine la Etapa de Reversión, a más tardar al vencerse el Plazo Máximo de la Etapa de Reversión”. Ver: Parte General, Sección 2.4(a).

¹³⁹ Al respecto, el contrato de concesión, en su parte general, establece que ocurrida una causal de terminación anticipada, la ANI enviará una notificación a los prestamistas e iniciará un procedimiento para que éstos puedan tomar posesión del proyecto. Si los prestamistas deciden no tomar posesión, se iniciará el procedimiento para terminar el contrato, pudiendo la ANI en todo caso contratar a un nuevo concesionario para que continúe la ejecución del proyecto. Ver: Parte General, Sección 17.3.

En conclusión, se considera que las metodologías aplicadas por el contrato de concesión para calcular la compensación a la que tendrá derecho el concesionario cumplen con las reglas aplicadas actualmente por los tribunales de inversión al analizar casos de expropiación, salvo por el caso en el cual el contrato termina anticipadamente durante la etapa de operación. En este caso, sin embargo, aunque parece haber una mayor dificultad para convencer a un tribunal de inversión de no aplicar la regla general de utilizar la metodología de descontar el flujo de caja futuro, existen razones prácticas que parecen ser suficientes para justificarlo, ya que esta terminación sólo puede ocurrir porque el proyecto se encuentra en una situación de anormalidad, o porque hay un incumplimiento grave del concesionario. En estos casos, no tendría sentido que se le retribuyera en exceso por ese incumplimiento, o que se partiera de un supuesto de utilidades que ya no es aplicable, dada la situación de incertidumbre del proyecto.

Sin perjuicio de lo anterior, se considera además que la regla pactada en el contrato sobre causación y pago de intereses se contradice con lo pactado por Colombia en los AII ratificados, pues en éstos se establece que se deben causar intereses desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago, mientras que en el contrato de concesión se establece un periodo de gracia que puede ir entre 45 y 540 días calendario, dependiendo de la causal de terminación. En este sentido, existe un riesgo para el Estado pues el inversionista podrá reclamar el pago de los intereses que, de acuerdo con los AII, debían cancelarse en ese periodo de retraso y que no se hizo por aplicar las reglas del contrato de concesión.

4.3. ¿La terminación anticipada del contrato de concesión, en las condiciones pactadas, cumple con los demás requisitos para considerarse una expropiación lícita?

Si bien el objeto de este documento no es analizar si las causales de terminación anticipada de los contratos de concesión de 4G cumplen con los requisitos establecidos en los AII, y considerando que, tal como se mencionó en el Capítulo I, algunos tribunales de inversión han considerado incluso que el único requisito para determinar si la expropiación fue lícita o no es el relacionado con la compensación, se considera que es posible argumentar que los requisitos de interés público, no discriminación y debido proceso se pueden cumplir con lo pactado en el contrato de concesión, por las razones que se exponen a continuación:

Respecto del requisito de que la expropiación obedezca a razones de interés público, se considera que las causales establecidas en el contrato para que la ANI lo termine anticipadamente cumplen con ese supuesto. Esto toda vez que se tratan de causales: (i) derivadas de un incumplimiento grave del concesionario, las cuales de acuerdo con la ley obligan o otorgan a la entidad la facultad para terminar anticipadamente el contrato con el fin afectar en la menor medida posible la prestación del servicio público contratado; (ii)

derivadas de hechos de fuerza mayor o “eventos eximentes de responsabilidad” que generan una afectación significativa del proyecto, por lo cual el Estado puede terminarlo con el fin de no generar un conflicto con el contratista y buscar soluciones por fuera del contrato que permitan retomar la prestación del servicio público afectado; o (iii) que se derivan de la decisión del Estado de recomprar los derechos económicos de la concesión al encontrarse en una situación en la que puede ejecutar el proyecto bajo una alternativa que le genera un ahorro o un mejor negocio. En este sentido, es claro que, si se ejercen las causales de terminación anticipada de la forma contemplada en el contrato y la ley, éstas corresponderán a causales que obedecen a razones de interés público.

Respecto del requisito de que se ejecute sin discriminación, se considera que el hecho de tener un mismo contrato base para todos los proyectos, en el cual no se establece un trato diferencial dependiendo de la nacionalidad del concesionario y que la contratación de todo el programa de 4G se haya hecho a través de licitación pública, ayuda a argumentar que se trata de medidas generales que aplican a quien suscriba un contrato de concesión de este programa, sin importar la nacionalidad de quién lo suscribe o de sus accionistas. Esto, sin embargo, se puede transgredir al momento de aplicar las disposiciones legales o contractuales aplicables.

Por último, el requisito de que la expropiación se haga en cumplimiento del debido proceso se considera que corresponde a un requisito que se debe cumplir en la aplicación de la medida, pues es claro que la ANI, para terminar anticipadamente el contrato de concesión, deberá cumplir el procedimiento establecido en el mismo contrato y en la ley para que su decisión sea válida y vinculante.

Vale la pena aclarar, nuevamente, que existen tribunales de inversión que han afirmado que aunque se establezcan estos requisitos en un AII, el único requisito relevante para determinar la licitud de la expropiación es el relacionado con la compensación. Esta posición puede servir de argumento complementario para el Estado si se demanda la legalidad de la expropiación derivada de la terminación anticipada, pues con esto se entraría a analizar únicamente la forma en que se pagó la compensación.

4.4. ¿Cómo reforzar el argumento? Propuestas para contratos futuros

A partir de todo el análisis anterior, se presentan tres recomendaciones para que el Estado colombiano pueda corregir ciertas inconsistencias o reforzar argumentos para que haya un menor riesgo de fallo en contra ante un tribunal de inversión por una posible expropiación ilícita derivada de una terminación anticipada de un contrato de concesión. Estas dos consisten en: (i) ajustar la regla de causación de intereses por la demora en el pago de la compensación derivada de la terminación anticipada; (ii) establecer una cláusula dentro de la

sección de cálculo de la liquidación del contrato por terminación anticipada, en la que las partes declaren que entienden que dicha fórmula corresponde a una metodología para calcular una compensación pronta, adecuada y efectiva un valor justo de mercado; y (iii) establecer una metodología de cálculo de flujo de caja futuro para cuando la terminación anticipada se da por una razón distinta a la recompra de los derechos económicos de la concesión y el proyecto encuentra en operación.

El ajuste de la regla de causación de intereses consistiría simplemente en eliminar el periodo de gracia para su causación. Respecto de la tasa, se considera que se puede pactar una que va creciendo en la medida que el retraso es mayor, tal como existe hoy en día.

Por su parte, la inclusión de una declaración de las partes en la que expresamente manifiesten que la fórmula de liquidación establece para ellos una metodología para calcular una compensación pronta, adecuada y efectiva un valor justo de mercado reduciría el riesgo de un fallo en contra ante un tribunal de inversión, pues de entrada el Estado contaría con una declaración expresa de su contraparte. Esto haría que la discusión ya no se tratara sobre la naturaleza de la compensación, sino que se reduzca a argumentar, por ejemplo, errores en su aplicación. Sin embargo, se aclara, dicha redacción sólo podría servir si se siguen cumpliendo de forma general los principios y requisitos aplicables para que la expropiación sea lícita, pues, de lo contrario, se estaría ante un pacto que sería abiertamente contrario a lo expresado en los AII ratificados por Colombia, lo cual seguramente no sería tenido en cuenta en un tribunal de inversión¹⁴⁰.

Finalmente, el establecer una metodología de cálculo de flujo de caja futuro para cuando la terminación anticipada se da por una razón distinta a la recompra de los derechos económicos de la concesión, y el proyecto encuentra en operación, permitiría reducir el riesgo de fallo en contra por ser más acorde con la lógica presentada para determinar el tipo de metodología a aplicar.

4.5. Conclusión y reflexión final

Las fórmulas de liquidación pactadas en los contratos de concesión de 4G son una práctica que no sólo es recomendable por la doctrina internacional en proyectos de APP, sino que son, en principio, acordes con los requisitos establecidos en los AII ratificados por Colombia para que una compensación por expropiación se considera pronta, adecuada y efectiva y a un valor

¹⁴⁰ Al respecto, McLachlan, Shore y Weiniger al revisar la aplicación de acuerdos de transacción o “claim settlement agreements”, han afirmado que estos no son vinculantes ante tribunales de inversión cuando se basan en principios ilegales que no serán aplicados por dichos tribunales. McLACHLAN, Cambel. SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew. Óp. Cit. p. 332.

equivalente a un valor justo de mercado. Mantener este tipo de cláusulas en los contratos de concesión que se suscriban en el futuro va a permitir que el Estado mitigue el riesgo de tener fallos en contra ante tribunales internacionales por la terminación anticipada de este tipo de contratos. Sin embargo, todavía existen ajustes que se podrían hacer para que la fórmula se adapte aún más con las reglas de los AII. Una de esas es ajustar la regla de causación de intereses por la demora en el pago de la compensación derivada de la terminación anticipada, estableciendo que éstos se causan desde la fecha de terminación del contrato hasta la fecha de pago. La otra consiste en establecer una cláusula dentro de la sección de cálculo de la liquidación del contrato por terminación anticipada, en la que las partes declaren que entienden que dicha fórmula corresponde a una metodología para calcular una compensación pronta, adecuada y efectiva un valor justo de mercado.

La discusión en todo caso es novedosa, pues a la fecha Colombia sólo tiene un fallo ante un tribunal de inversión (en contra). Sin embargo, entre más pronto se analicen estos temas se podrán evitar litigios innecesarios o acciones que por desconocimiento puedan generar una responsabilidad internacional del Estado, o, por qué no, mejorar la redacción de los AII que se suscriban en un futuro.

5. ANEXO 1 - TEXTO DE EXPROPIACIÓN EN LOS AII RATIFICADOS POR COLOMBIA

China:

ARTÍCULO 4 EXPROPIACIÓN Y COMPENSACIÓN

1. Ninguna de las Partes Contratantes expropiará, directa o indirectamente, nacionalizará ni adoptará otras medidas similares (en adelante "expropiación") en contra de las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante en su territorio, salvo que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) por interés público, propósito público o interés social;
- b) bajo procedimientos legales nacionales y respetando el debido proceso;
- c) sin discriminación; y
- d) con indemnización.

2. Se entiende que:

- a) La expropiación indirecta es el resultado de una medida o serie de medidas de una Parte Contratante que tenga efecto equivalente a una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de propiedad;
- b) La determinación acerca de si una medida o serie de medidas de una Parte Contratante constituyen expropiación indirecta exige un análisis caso a caso, basado en los hechos y considerando:
 - i) El impacto económico de la medida o serie de medidas; sin embargo, el solo hecho de que una medida o serie de medidas tengan efectos adversos sobre el valor económico de una inversión no implica que una expropiación indirecta haya ocurrido;
 - ii) El alcance de la medida o serie de medidas y su interferencia sobre las expectativas razonables y distinguibles respecto a la inversión;

c) Medidas no discriminatorias de la Parte Contratante diseñadas y aplicadas por propósitos públicos o intereses sociales o con objetivos tales como la salud pública, seguridad y protección del medio ambiente, no constituyen expropiación indirecta. Salvo en excepcionales circunstancias, como cuando dicha medida o serie de medidas son demasiado severas con respecto a sus fines, que éstas no pueden ser razonablemente consideradas como adoptadas y aplicadas de buena fe.

3. La indemnización indicada en el párrafo 1 de este Artículo deberá ser adecuada. En este sentido, la indemnización deberá ser equivalente al valor justo de mercado de las inversiones expropiadas inmediatamente antes que la expropiación sea adoptada o que la inminencia de la expropiación sea de público conocimiento, lo que suceda primero, (en adelante, “fecha de valoración”). La compensación también será pagada lo antes posible, de manera efectiva y será libremente transferible.

4. El valor justo de mercado se calculará en una moneda libremente convertible al tipo de cambio de la fecha de valoración. La indemnización deberá incluir intereses al tipo comercial fijado de acuerdo con los criterios de mercado para dicha moneda, acumulados desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago. La indemnización será pagada sin demora injustificada, será efectivamente realizable y libremente transferible.

5. Sujeto este Artículo, las Partes Contratantes podrán establecer monopolios estatales, siempre y cuando sea por motivos de utilidad pública o interés social. En este caso, el inversionista recibirá una compensación pronta, adecuada y efectiva, teniendo en cuenta las condiciones establecidas en este Artículo.

6. Las Partes Contratantes confirman que la expedición de licencias obligatorias otorgadas de conformidad con los Artículos 30 y 31 del Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC , no podrá ser cuestionada bajo las disposiciones de este Artículo.

España:

ARTÍCULO 4. NACIONALIZACIÓN Y EXPROPIACIÓN.

1. Las inversiones de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante no serán sometidas a nacionalización, expropiación ni a cualquier otra medida de efectos similares (en adelante “expropiación”) excepto por razones de utilidad pública o interés social, con arreglo al debido procedimiento legal, de manera no discriminatoria y acompañada del pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.

2. La indemnización será equivalente al justo valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de adoptar la medida de expropiación o antes de que la inminencia de la misma fuera de conocimiento público, lo que suceda primero (en adelante “fecha de valoración”).

3. El valor justo de mercado se calculará en una moneda libremente convertible, al tipo de cambio vigente en el mercado para esa moneda en la fecha de valoración. La indemnización incluirá intereses a un tipo comercial fijado con arreglo a criterios de mercado para dicha moneda desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago. La indemnización se abonará sin demora injustificada, será efectivamente realizable y libremente transferible.

4. El inversionista afectado tendrá derecho, de conformidad con la ley de la Parte Contratante que realice la expropiación, a la pronta revisión, por parte de la autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente de dicha Parte Contratante, de su caso para determinar si la expropiación y la valoración de su inversión se han adoptado de acuerdo con los principios establecidos en este artículo.

5. Si una Parte Contratante expropiara los activos de una empresa que esté constituida en su territorio de acuerdo con su legislación vigente y en la que exista participación de inversionistas de la otra Parte Contratante, la primera Parte Contratante deberá asegurar que las disposiciones del presente Artículo se apliquen de manera que se garantice a dichos inversionistas una indemnización pronta, adecuada y efectiva.

6. Las Partes Contratantes podrán establecer, de conformidad con la ley y por razones de utilidad pública o interés social, monopolios que priven a un inversionista de desarrollar una actividad económica. El inversionista recibirá una indemnización pronta, adecuada y efectiva, bajo las condiciones previstas en el presente artículo.

7. Las Partes Contratantes confirman que la expedición de licencias obligatorias en desarrollo de lo dispuesto en el Acuerdo de los ADPIC de la OMC no puede ser cuestionada bajo las disposiciones de este artículo.

Francia:

ARTÍCULO 6 EXPROPIACIÓN E INDEMNIZACIÓN

1. Ninguna de las Partes Contratantes tomará contra las inversiones realizadas por inversionistas de la otra Parte Contratante en su territorio, excepto por utilidad pública o

interés social, el cual tendrá un significado compatible con aquel de interés público, en particular en el caso de establecimiento de monopolios, y a condición de que estas medidas no sean discriminatorias, cualquier medida de:

- a) Expropiación;
- b) Nacionalización;
- c) O cualquier otra medida cuyos efectos sean similares a la expropiación o nacionalización (en adelante “expropiación indirecta”).

2. La expropiación indirecta resulta de una medida o de una serie de medidas de una Parte Contratante que tenga un efecto equivalente a una expropiación directa sin que medie transferencia formal del título o del derecho de dominio. Para determinar si una medida o una serie de medidas de una Parte Contratante constituyen un expropiación indirecta, se debe realizar un análisis caso a caso, considerando entre otros factores:

- a) el grado de interferencia en el derecho de propiedad de la medida o serie de medidas
- b) el impacto económico de la medida o serie de medidas
- c) las consecuencias de la medida o serie de medidas en las expectativas legítimas del inversionista

Las medidas adoptadas por una Parte Contratante que son diseñadas para proteger objetivos legítimos de política pública, tales como la salud pública, la seguridad y la protección del medio ambiente, no constituyen expropiación indirecta, cuando sean necesarias y proporcionales a la luz de estos objetivos y se apliquen de tal forma que respondan efectivamente a los objetivos de política pública para los que fueron diseñadas.

3. Todas las medidas de los numerales 1 y 2 del presenta artículo, denominadas en adelante “expropiación”, darán lugar al pago de una indemnización pronta, efectiva y adecuada cuyo monto será igual al valor real de las inversiones en cuestión y será fijada de acuerdo con la situación económica normal existente con anterioridad a cualquier amenaza de expropiación. En el caso de retraso en el pago de la indemnización, este deberá incluir intereses hasta el día de pago de la indemnización, a la tasa de interés vigente.

Dicha indemnización, los montos y las condiciones de pago serán fijados a más tardar en la fecha de la expropiación. Esta indemnización será libremente transferible.

4. Las Partes Contratantes confirman que la expedición de licencias obligatorias en desarrollo de lo dispuesto en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) no puede ser cuestionada bajo las disposiciones de este artículo.

India:

ARTÍCULO 6. EXPROPIACIÓN.

1. Las inversiones de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante no serán sometidas a nacionalización, expropiación, ni a cualquier otra medida de efectos similares (en adelante “expropiación”) excepto por razones de utilidad pública[1], de acuerdo con la ley, de manera no discriminatoria, y acompañada del pago de una indemnización justa y equitativa.

2. Se entiende que:

a) La expropiación indirecta resulta de una medida o de una serie de medidas de una Parte Contratante que tenga un efecto equivalente a una expropiación directa sin que medie la transferencia formal del título o una toma de posesión;

b) La determinación acerca de si una medida o una serie de medidas de una Parte Contratante constituye expropiación indirecta exige un análisis caso a caso, basado en los hechos y considerando:

i) El impacto económico de la medida o de la serie de medidas; aunque el simple hecho de que la medida o la serie de medidas genere un impacto económico adverso sobre el valor de una inversión no implica que haya expropiación indirecta;

ii) La extensión en la que las medidas sean discriminatorias, ya sea en alcance o en aplicación con respecto a un inversionista o a una entidad de una Parte;

iii) La extensión en la que las medidas o serie de medidas interfieren con las expectativas distinguibles y razonables de la inversión;

iv) El carácter y la intención de las medidas o serie de medidas, sean o no de buena fe, con fines de interés público y si existe un nexo razonable entre estas y la intención de expropiar.

c) Las acciones regulatorias no discriminatorias tomadas por una Parte que son diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de utilidad pública, incluyendo la protección a la salud, a la seguridad y al medio ambiente, no constituyen expropiación ni nacionalización; salvo en circunstancias excepcionales, cuando dichas acciones son tan severas que no pueden ser razonablemente percibidas como resultado de una adopción y aplicación de buena fe para el logro de sus objetivos;

d) Las acciones y laudos de los órganos judiciales de una Parte Contratante que sean diseñadas, aplicadas o expedidas por razones de interés público, incluyendo aquellas diseñadas para afrontar preocupaciones de salud, seguridad y medio ambiente, no constituyen expropiación o nacionalización.

3. La indemnización será equivalente al justo valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de la expropiación o antes de que la inminencia de la misma fuera de conocimiento público, lo que suceda primero, e incluirá intereses a una tasa comercial razonable hasta la fecha de pago, se hará sin demora injustificada, será efectivamente realizable y libremente transferible.

4. El inversionista afectado tendrá derecho, de conformidad con la legislación de la Parte Contratante que realizó la expropiación, a una pronta revisión de su caso, por parte de una autoridad judicial u otra autoridad independiente de dicha Parte Contratante, para que decida si la expropiación y la valoración de su inversión fueron realizadas según los principios que se establecen en este artículo.

5. Cuando una Parte Contratante expropia los activos de una sociedad constituida en su territorio de conformidad con la legislación vigente y en la cual participan inversionistas de la otra Parte Contratante, garantizará que lo dispuesto en este artículo se aplique de tal manera que tales inversionistas tengan una indemnización justa y equitativa.

6. El establecimiento de monopolios[2] por parte de cualquiera de las Partes Contratantes deberá estar en conformidad con las obligaciones de este artículo.

7. Las Partes Contratantes confirman que la expedición de licencias obligatorias concedidas de conformidad con el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio no está cubierta por las disposiciones de este artículo.

Japón:

Artículo 11

Expropiación y Compensación

1. Ninguna de las Partes Contratantes puede expropiar o nacionalizar en su Área inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante, o tomar cualquier medida equivalente a la expropiación o nacionalización (en adelante referida como expropiación ””) excepto por propósito público, de acuerdo con el debido proceso legal y el Artículo 4, de una forma no discriminatoria y mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de una compensación de acuerdo con los párrafos 2 a 4.

Nota: En el caso de la República de Colombia, el término propósito público usado en este párrafo es un término usado en Acuerdos Internacionales y puede ser expresado en el derecho interno de la República de Colombia usando términos tales como propósito público o interés social

2. La Compensación será equivalente al valor justo de mercado de las inversiones expropiadas al momento en que la expropiación fue públicamente anunciada o cuando la expropiación tuvo lugar, cualquiera que sea anterior. El valor justo de mercado no reflejará ningún cambio debido a que la expropiación se haya hecho públicamente conocida con antelación.

3. La compensación será pagada sin demora e incluirá intereses a la tasa comercial establecida en el mercado, acumulada desde la fecha de expropiación hasta la fecha del pago. La compensación será efectivamente realizable y libremente transferible y será libremente convertible en la moneda de la Parte Contratante de los inversionistas afectados, y en monedas de libre uso a la tasa de cambio del mercado vigente en la fecha de la expropiación.

4. Sin perjuicio del Capítulo IV y de manera consistente con las disposiciones allí establecidas, los inversionistas afectados por la expropiación tendrán el derecho a acceder a las cortes de justicia o tribunales administrativos o agencias de la Parte Contratante que realiza la expropiación, para buscar una pronta revisión de su caso y del monto de la compensación de acuerdo con los principios establecidos en este Artículo.

5. Las disposiciones de este Artículo no se aplican a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación con derechos de propiedad intelectual, o con la revocación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual, en la medida en que tal expedición, revocación limitación o creación sea consistente con el Acuerdo ADPIC.

6. Para mayor certeza, nada en este Acuerdo se interpretará como la imposición de una obligación a una Parte Contratante de privatizar cualquier inversiones de la que sea propietaria o que controle, o para impedir que una Parte Contratante pueda designar un

monopolio, siempre que, si la Parte Contratante adopta o mantiene una medida para privatizar tales inversiones o designa un monopolio, el presente Acuerdo se aplique a tal medida.

Nota: Para mayor certeza, el Artículo 11 se interpretará de acuerdo con el Anexo III.

Perú:

Artículo 11: Expropiación e Indemnización

1. Ninguna de las Partes nacionalizará o expropiará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización ("expropiación"), salvo:

- en el caso de Colombia, por propósito público o interés social,
- en el caso de Perú, por necesidad pública o seguridad nacional,

de conformidad con el debido proceso y el Artículo 4 (Nivel Mínimo de Trato), de una manera no discriminatoria y mediante el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.

2. La indemnización será pagada sin demora y será completamente liquidable y libremente transferible. Dicha indemnización será equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo ("fecha de expropiación"), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación.

3. Si el valor justo de mercado es denominado en una moneda de libre uso, la indemnización referida en el párrafo 1 no será menor que el valor justo de mercado en la fecha de expropiación, más intereses a una tasa comercialmente razonable para esa moneda, acumulada desde la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago.

4. Si el valor justo de mercado se denomina en una moneda que no es de libre uso, la indemnización a que se refiere el párrafo 1 - convertida a la moneda de pago, al tipo de cambio del mercado vigente en la fecha de pago - no será menor que:

- (a) el valor justo de mercado en la fecha de expropiación, convertido a una moneda de libre uso, al tipo de cambio de mercado vigente en esa fecha, más

(b) intereses a una tasa comercialmente razonable para esa moneda de libre uso, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago.

5. El inversionista afectado tendrá derecho, en virtud de la ley de la Parte que ejecuta la expropiación, a una pronta revisión de su caso por una autoridad judicial u otra autoridad independiente de dicha Parte, y de la valoración de su inversión de conformidad con los principios dispuestos en este Artículo.

6. Las disposiciones de este Artículo no se aplicarán a la expedición de licencias obligatorias otorgadas con relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea compatible con el Acuerdo ADPIC.

Suiza:

ARTÍCULO 6. EXPROPIACIÓN Y COMPENSACIÓN.

Ninguna de las Partes podrá tomar, ya sea directa o indirectamente, medidas de expropiación, nacionalización o cualquier otra medida que tenga la misma naturaleza o el mismo efecto contra las inversiones de los inversionistas de la otra Parte, a menos que dichas medidas se tomen por interés público, de manera no discriminatoria y siguiendo el debido proceso de ley, y siempre que se hagan disposiciones para realizar una compensación pronta, efectiva y adecuada. Dicha compensación deberá corresponder al valor del mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que la acción de expropiación se haya llevado a cabo o antes de que sea de conocimiento público, lo que ocurra primero. El monto de compensación deberá incluir intereses a una tasa comercial normal desde la fecha de desposesión hasta la fecha de pago, deberá ser acordado en una moneda libre de conversión, deberá ser pagado sin demora y ser libremente transferible. El inversionista afectado deberá tener el derecho de revisión, bajo la ley de la Parte que hace la expropiación, por una autoridad judicial u otra autoridad independiente de la Parte de su caso y de la valoración de su inversión de acuerdo a los principios pactados en este párrafo..

UK:

ARTÍCULO VI EXPROPIACIÓN

1. Las inversiones de los inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante no serán objeto de nacionalización, expropiación directa o indirecta, ni de cualquier otra medida de efectos similares (en adelante “expropiación”) excepto por razones

de propósito público o interés social (el cual tendrá un significado compatible con aquel de “propósito público”) de conformidad con el debido proceso de ley, de manera no discriminatoria, de buena fe y acompañada del pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.

2. Para los fines de este Acuerdo, se entiende que:

(a) La expropiación indirecta resulta de una medida o de una serie de medidas de una Parte Contratante que tengan un efecto equivalente a una expropiación directa sin que medie la transferencia formal de un título o una toma de posesión

(b) La determinación acerca de si una medida o una serie de medidas de una Parte Contratante constituye expropiación indirecta exige un análisis caso a caso, basado en los hechos y considerando varios factores, incluyendo, pero no limitado al alcance de la medida o serie de medidas y su interferencia sobre las expectativas razonables y claras respecto de la inversión;

(c) Las medidas no discriminatorias que las Partes Contratantes adopten por razones de propósito público o interés social (el cual tendrá un significado compatible con aquél de “propósito público”), incluyendo razones de salud pública, seguridad y protección del medio ambiente, que sean adoptadas de buena fe, que no sean arbitrarias y no sean desproporcionadas a la luz de su objetivo, no constituirán una expropiación indirecta.

3. La indemnización será equivalente al justo valor de mercado de la inversión inmediatamente antes de ser adoptada la medida expropiatoria o inmediatamente antes de que la medida expropiatoria fuera de conocimiento público, lo que suceda primero (en adelante “fecha de valoración”). Para mayor claridad, la fecha de valoración será utilizada para evaluar la indemnización pagadera, sin importar si los criterios indicados en el párrafo 1 de este Artículo fueron o no cumplidos.

4. El valor justo de mercado se calculará en una moneda libremente convertible, al tipo de cambio vigente en el mercado para esa moneda en la fecha de valoración. La indemnización incluirá intereses a un tipo comercial fijado con arreglo a criterios de mercado para dicha moneda desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago. La indemnización se pagará sin demora injustificada, será efectivamente realizable y libremente transferible.

5. La legalidad de la medida y el monto de la indemnización pueden ser controvertidos ante las autoridades judiciales de la Parte Contratante que las adoptó.

6. Con sujeción a este Artículo, las Partes Contratantes podrán establecer monopolios y reservarse actividades estratégicas privando a inversionistas de desarrollar ciertas actividades económicas.

7. Las Partes Contratantes confirman que la expedición de licencias obligatorias concedidas de conformidad con el Acuerdo de la Organización mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, no puede ser controvertida a la luz de este artículo.

Alianza Pacífico, Chile, Corea del Sur, USA:

1. Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (en lo sucesivo, denominadas “expropiación”) salvo que sea:

- (a) por causa de propósito público;
- (b) de una manera no discriminatoria;
- (c) mediante el pago de una indemnización conforme a los párrafos 2 a 4, y
- (d) con apego al principio del debido proceso y al Artículo [*].

2. La indemnización referida en el párrafo 1 (c) deberá:

- (a) ser pagada sin demora;
- (b) ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (en lo sucesivo, denominada “fecha de expropiación”);
- (c) no reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación, y
- (d) ser completamente liquidable y libremente transferible.

3. Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda de libre uso, la indemnización referida en el párrafo 1 (c) no será inferior al valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, más intereses a una tasa comercialmente razonable para esa moneda, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.

4. Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda que no es de libre uso, la indemnización a que se refiere el párrafo 1 (c), convertida a la moneda de pago al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha del pago, no será inferior a:

(a) el valor justo de mercado en la fecha de expropiación, convertido a una moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de pago, más

(b) los intereses, a una tasa comercialmente razonable para esa moneda de libre uso, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.

5. El presente Artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC.

Canadá:

Artículo 811: Expropiación

1. Ninguna Parte podrá expropiar o nacionalizar una inversión cubierta directa o indirectamente a través de medidas que tengan efectos equivalentes a la expropiación o nacionalización (en adelante “expropiación”) excepto:

(a) por razones de utilidad pública⁷;

(b) de una manera no discriminatoria;

(c) mediante indemnización pronta, adecuada y efectiva de conformidad con los párrafos 2 a 4; y

(d) de conformidad con el principio del debido proceso.

2. Dicha indemnización será equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo (“fecha de expropiación”), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación. Para determinar el valor justo de mercado, un Tribunal usará criterios apropiados de valoración, que podrán incluir el valor de empresa en marcha, el valor de los activos incluyendo el valor del impuesto declarado por bienes tangibles, y otros criterios.

3. La indemnización será pagada sin demora y será completamente liquidable y libremente transferible. La indemnización será pagada en una moneda libremente convertible e incluirá intereses a una tasa comercialmente razonable para esa moneda desde la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago.

4. El inversionista afectado tendrá derecho en virtud de la ley de la Parte que ejecuta la expropiación a una pronta revisión de su caso y de la valoración de su inversión por una autoridad judicial u otra autoridad independiente de esa Parte, de conformidad con los principios dispuestos en este Artículo.

5. Este Artículo no se aplicará a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación con derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual, en la medida que tal expedición, revocación, limitación o creación sea compatible con el Acuerdo sobre la OMC.

Costa Rica:

ARTÍCULO 12.11: EXPROPIACIÓN E INDEMNIZACIÓN

1. Ninguna de las Partes nacionalizará o expropiará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización ("expropiación"), salvo que sea:

(a) por propósito público o interés social, en el caso de Colombia; y

(b) por causa de utilidad pública o interés público, en el caso de Costa Rica, de conformidad con el debido proceso, de una manera no discriminatoria y mediante el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.

2. La indemnización será pagada sin demora y será completamente liquidable y libremente transferible. Dicha indemnización será equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo ("fecha de expropiación"), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación.

3. Si el valor justo de mercado es denominado en una moneda de libre uso, la indemnización referida en el párrafo 1 no será menor que el valor justo de mercado en la fecha de expropiación, más intereses a una tasa comercialmente razonable para esa moneda, acumulada desde la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago.

4. Si el valor justo de mercado se denomina en una moneda que no es de libre uso, la indemnización a que se refiere el párrafo 1 - convertida a la moneda de pago, al tipo de cambio del mercado vigente en la fecha de pago - no será menor que:

(a) el valor justo de mercado en la fecha de expropiación, convertido a una moneda de libre uso, al tipo de cambio de mercado vigente en esa fecha, más;

(b) intereses a una tasa comercialmente razonable para esa moneda de libre uso, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago.

5. El inversionista afectado tendrá derecho, en virtud de la legislación nacional de la Parte que ejecuta la expropiación, a una revisión de su caso por una autoridad judicial u otra autoridad independiente de dicha Parte, y a la valoración de su inversión de conformidad con los principios establecidos en el presente Artículo.

6. Las disposiciones del presente Artículo no se aplicarán a la expedición de licencias obligatorias otorgadas con relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC.

Guatemala, Salvador y Honduras:

Artículo 12.8 Expropiación e Indemnización

1. Las inversiones cubiertas de inversionistas de una Parte en el territorio de la otra Parte no serán sometidas a nacionalización, expropiación directa o indirecta, ni a cualquier otra medida de efectos similares (en adelante “expropiación”) excepto por las razones expresamente previstas en las Constituciones de las Partes, con arreglo al debido procedimiento legal, de manera no discriminatoria, de buena fe y acompañada del pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.

Las razones indicadas en el párrafo anterior son:

(a) con respecto a la República de El Salvador: utilidad pública o interés social;

(b) con respecto a la República de Guatemala: utilidad colectiva, beneficio social o interés público;

(c) con respecto a la República de Honduras: necesidad o interés público; y

(d) con respecto a la República de Colombia: utilidad pública o interés social.

2. Cada Parte, de conformidad con las disposiciones constitucionales correspondientes, podrá establecer monopolios o reservarse actividades estratégicas que priven a un inversionista de una Parte de desarrollar una actividad económica, siempre y cuando sea por las razones de orden constitucional expresadas en el párrafo anterior. En estos eventos, el inversionista recibirá una indemnización pronta, adecuada y efectiva, bajo las condiciones previstas en el presente Artículo.

3. Las Partes entienden que:

(a) la expropiación indirecta resulta de una medida o de una serie de medidas de una Parte que tenga un efecto equivalente a una expropiación directa, sin que medie la transferencia formal del derecho de propiedad;

(b) la determinación acerca de si una medida o una serie de medidas de una Parte, en una situación específica, constituye expropiación indirecta, exige un análisis caso a caso basado en los hechos u considerando:

(i) el impacto económico de la medida o de la serie de medidas. En todo caso, el simple hecho que la medida o la serie de medidas genere un impacto económico adverso sobre el valor de una inversión, no implica que haya expropiación indirecta; y

(ii) el alcance de la medida o serie de medidas y su interferencia sobre las expectativas distinguibles y razonables de la inversión;

(c) no constituyen expropiación indirecta las medidas no discriminatorias de una Parte, que son diseñadas y aplicadas con fundamento en las razones de orden constitucional expresadas en el párrafo 1 de este Artículo o que tengan objetivos tales como la salud pública, la seguridad y la protección del medio ambiente; excepto en circunstancias extraordinarias, tales como cuando una medida o una serie de medidas son tan severas a la luz de su objetivo, que no pueden ser razonablemente percibidas como resultado de una adopción de buena fe.

4. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de adoptar la medida de expropiación o antes que la inminencia

de la misma fuera de conocimiento público, lo que suceda primero (en adelante “fecha de valoración”).

5. El valor justo de mercado se calculará en una moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado para esa moneda en la fecha de valoración. La indemnización incluirá intereses a un tipo comercial fijado con arreglo a criterios de mercado para dicha moneda desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago. La indemnización se pagará sin demora injustificada, será efectivamente realizable y libremente transferible.

6. De la legalidad de la medida y del monto de la indemnización se podrá reclamar ante las autoridades judiciales de la Parte que la adoptó; lo anterior sin perjuicio de los recursos administrativos procedentes según la legislación de cada Parte.

7. Las Parte confirman que, en desarrollo de lo dispuesto en el Acuerdo ADPIC, la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación con los derechos de propiedad intelectual, o la revocación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual, no pueden ser cuestionadas bajo las disposiciones de este Artículo.

Israel:

ARTÍCULO 10.7: EXPROPIACIÓN

1. Las inversiones de los inversionistas de la Parte de Origen de la inversión no serán expropiadas, nacionalizadas o sometidas a medidas que tengan un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación (en adelante: expropiación) en el territorio de la Parte Receptora de la inversión, excepto por razones de propósito público¹ relacionadas con las necesidades internas de la Parte Receptora de la inversión, y de conformidad con los siguientes términos:

(a) La expropiación se realizará de conformidad con la legislación de la Parte Receptora de la inversión, de manera no-discriminatoria y acompañada de una compensación pronta, adecuada y efectiva que no será menos favorable que la otorgada a los inversionistas de la Parte Receptora de la inversión. Los pagos resultantes serán libremente transferibles.

(b) Dicha compensación será equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada, inmediatamente antes de la expropiación o antes de que la inminencia de la misma fuera de conocimiento público, lo que suceda primero, incluirá intereses a la tasa aplicable prevista por la legislación de la Parte Receptora de la inversión hasta

la fecha de pago, será realizada sin demora injustificada, será efectivamente realizable y libremente transferible

(c) Sin perjuicio del artículo 10.12.8, los inversionistas afectados, tendrán derecho bajo las leyes de la Parte Receptora de la inversión que realiza la expropiación, a una pronta revisión, por parte de una autoridad judicial u otra autoridad independiente de la Parte Receptora de la inversión, de la legalidad de la expropiación y la valoración de la inversión, de conformidad con los principios establecidos en el presente Artículo.

2. No obstante lo anterior, con respecto a los derechos de propiedad intelectual, la Parte Receptora de la inversión podrá permitir el uso de un derecho de propiedad intelectual, siempre que dicha autorización se haga de conformidad con los principios establecidos en el Acuerdo ADPIC.

3. Se entiende que la determinación de si una medida o una serie de medidas de una Parte constituyen un efecto equivalente a la nacionalización o la expropiación exige un análisis caso a caso, basado en los hechos, que considere, *inter alia*:

(a) El impacto económico de la medida o serie de medidas;

(b) El grado de interferencia sobre las expectativas razonables de la inversión;

(c) El carácter de la medida o serie de medidas teniendo en cuenta los objetivos públicos legítimos perseguidos;

(d) Los objetivos de la medida o serie de medidas incluyendo si la medida fue adoptada para proteger propósitos públicos legítimos.

México:

ARTÍCULO 17-08. EXPROPIACIÓN Y COMPENSACIÓN.

1. Ninguna parte, salvo por lo dispuesto en el anexo a este artículo, expropiará o nacionalizará, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra parte en su territorio, ni adoptará ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:

a) Por causa de utilidad pública;

b) Sobre bases no discriminatorias;

c) Con apego al principio de legalidad, y

d) Mediante indemnización conforme a los párrafos 2o. a 4o.

2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión en el momento de la expropiación, y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se haya conocido con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor fiscal declarado de bienes tangibles, así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.

3. El pago de la indemnización será completamente liquidable y libremente transferible en los términos del artículo 17-07.

4. El pago se efectuará sin demora. El tiempo que transcurra entre el momento de fijación de la indemnización y el momento del pago no podrá causar perjuicios al inversionista. En consecuencia, su monto será suficiente para asegurar que el inversionista pueda, si decide transferirlo, obtener, en el momento del pago, una cantidad igual de la divisa internacional utilizada normalmente como referencia por la parte que realice la expropiación. El pago incluirá igualmente intereses a la tasa corriente en el mercado para la divisa de referencia.

6. ANEXO 2 - FORMULAS DE LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS DE 4G

18.3 Fórmulas de Liquidación del Contrato

En el caso en que i) llegue la Fecha de Terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento sin haberse obtenido el VPIP, u ii) ocurra la Terminación Anticipada del Contrato, se causarán los pagos entre las Partes que resulten de las fórmulas incluidas en la presente Sección 18.3. En los demás casos de terminación del Contrato, en la liquidación se compensarán las sumas causadas en virtud de la ejecución del Contrato que estén pendientes de pago entre las Partes, para efectos de determinar los saldos a ser pagados por las Partes.

Las Partes aceptan que dentro de los montos que resulten de la aplicación de las fórmulas incluidas en las Secciones 18.3(e), 18.3(f), 18.3(g) y 18.3(h) siguientes, se entienden incluidas las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la Terminación Anticipada del Contrato, incluyendo pero sin limitarse a daño emergente, lucro cesante, perjuicios directos e indirectos, presentes y futuros, pérdidas o interrupciones en los negocios, y otros similares.

Para efectos de calcular el valor de la liquidación del presente Contrato las fórmulas incluidas en la presente Sección 18.3 podrán calcularse por Unidad Funcional, evento en el cual deberán emplearse las variables correspondientes para cada una de las Unidades Funcionales del presente Contrato.

Liquidación del Contrato en Caso de Vencimiento del Plazo sin Obtener VPIP.

Si se presenta la situación prevista en la Sección 2.4(b)(iii), la ANI reconocerá al Concesionario el saldo faltante del VPIP —ponderado por el Índice de Cumplimiento promedio observado durante toda la ejecución del Contrato— a la terminación del presente Contrato, mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

$$VL = (VPIP - VPIP_m) * (ICP) * \left(\frac{IPC_{m+l}}{IPC_r} \right) * (1 + TDI)^{m+l+q} - DyM_{m+l} + OANI_{m+l}$$

VL	Es el valor de la liquidación del Contrato de Concesión. Este valor está expresado en Pesos del Mes $m+l$ que corresponde al Mes en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato.
VPIP	Valor presente –al Mes de Referencia– del VPIP
VPIP _m	Valor presente –al Mes de Referencia– del Recaudo de Peaje acumulado hasta el Mes m , calculado con la fórmula contenida en la Sección 3.4(a) de esta Parte General.

<p>ICP</p>	<p>Es el Índice de Cumplimiento Promedio durante toda la vida de la Concesión, calculado de acuerdo con la siguiente fórmula:</p> $ICP = \frac{\sum_{i=1}^m IC_i}{m}$ <p>Donde,</p> <p><i>i</i> = Cada uno de los períodos en los cuales, de acuerdo con el presente Contrato, se mida el Índice de Cumplimiento.</p> <p>IC_{<i>i</i>} = Índice de Cumplimiento del Proyecto medido para el periodo <i>i</i> , calculado de acuerdo con la siguiente fórmula:</p> $IC_i = \sum_{u=1}^{u=z} IC_{UFui} * \left(\frac{\%p_{UFn}}{T} \right)$ <p>Donde,</p> <p>IC_{<i>i</i>} = Índice de Cumplimiento del Proyecto medido para el periodo <i>i</i>.</p> <p>IC_{UFu<i>i</i>} = Índice de Cumplimiento de la Unidad Funcional <i>u</i> para el periodo <i>i</i>.</p> <p><i>%p_{UFn}</i> = Porcentaje de participación de la Unidad Funcional <i>n</i>, de acuerdo con lo establecido en la Parte Especial.</p> <p><i>T</i> = Suma de los porcentajes de participación de las Unidades Funcionales para las que fue medido el Índice de Cumplimiento en el periodo <i>i</i>.</p> <p><i>z</i> = Número de Unidades Funcionales para las que fue medido el Índice de Cumplimiento en el periodo <i>i</i>.</p>
<p>IPC_{<i>r</i>}</p>	<p>IPC correspondiente al Mes de Referencia</p>
<p>IPC_{<i>m+l</i>}</p>	<p>IPC correspondiente al Mes inmediatamente anterior al Mes <i>m+l</i>.</p>
<p>DyM_{<i>m+l</i>}</p>	<p>Es el valor de las Deducciones, así como de las Multas, otros Descuentos y obligaciones dinerarias pendientes de pago a cargo del Concesionario, causados hasta el momento de terminación del Contrato de Concesión, expresado en Pesos del Mes <i>m+l</i>.</p>
<p>TDI</p>	<p>Tasa de descuento real expresada en términos efectivo mensual y que para efectos de esta fórmula será la que se incluye en la Parte Especial.</p>
<p><i>m</i></p>	<p>Mes en que termina el plazo del Contrato.</p>

l	Número de Meses transcurridos desde el Mes de terminación del Contrato hasta el Mes en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato.
q	Número de Meses transcurridos desde el Mes de Referencia hasta la Fecha de Inicio.
$OANI_{m+l}$	Obligaciones dinerarias pendiente de pago a cargo de la ANI, causadas hasta el momento de terminación del Contrato de Concesión, expresadas en Pesos del Mes $m+l$.

Terminación Anticipada con anterioridad al inicio de la Fase de Construcción

Si se produce la Terminación Anticipada del Contrato con anterioridad al inicio de la Fase de Construcción, se procederá a establecer el valor de la liquidación del Contrato de Concesión, mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

$$VL_{(pc)} = \Delta - (DyM_{m+l} + CP_{m+l}) + OANI_{m+l}$$

Siendo

$$\Delta = \sum_{h=1}^{m+l} \left[(AR_h) * \left(\frac{IPC_{m+l}}{IPC_h} \right) * (1 + TE)^{m+l-h} \right]$$

Si Δ es menor a cero (0), entonces $\Delta = \text{cero}(0)$

Donde,

$VL_{(pc)}$	Es el valor de la liquidación del Contrato de Concesión cuando la Terminación Anticipada se produce con anterioridad al inicio de la Fase de Construcción. Este valor está expresado en Pesos del Mes $m+l$ que corresponde al Mes en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato.
AR_h	Costos durante el Mes h (siempre que se trate de costos realizados hasta la terminación de la Etapa de Reversión), asociados con las actividades que haya realizado el Concesionario con anterioridad al inicio de la Fase de Construcción y que hayan sido reconocidos por ANI, en Pesos corrientes. Las actividades reconocidas incluyen exclusivamente aquellas relacionadas con las obligaciones del Concesionario con anterioridad al inicio de la Fase de Construcción.

	<p>Para los Meses h posteriores a la Fecha de Inicio se reconocerán exclusivamente los costos asociados con las siguientes actividades:</p> <ul style="list-style-type: none">• Valor efectivamente desembolsado por concepto de primas de seguros y comisiones para la obtención y el mantenimiento de i) la Garantía Única de Cumplimiento, ii) la póliza de responsabilidad extracontractual a que se refiere la Sección 12.7 de esta Parte General, y iii) el seguro de daños contra todo riesgo a que se refiere la Sección 12.8 de esta Parte General, en el Mes h.• Valor de los aportes que haya realizado el Concesionario a las Subcuentas de la Cuenta ANI, así como la Subcuenta Predios, Subcuenta Compensaciones Ambientales y Subcuenta Redes, en el Mes h.• Valor de la Comisión de Éxito efectivamente desembolsada al Estructurador en el Mes h.• Valor de los estudios al que se refiere la Sección 2.3(b)(vii), de haberse efectivamente pagado dicho valor, en el Mes h.• Valor de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico y los Estudios de Detalle, en el Mes h.• Costos de la Gestión Social y Ambiental (exceptuando los hechos contra la Subcuenta Compensaciones Ambientales), en el Mes h.• Costos de la Gestión Predial (exceptuando los hechos contra la Subcuenta Predios), en el Mes h.• Costos de Operación y Mantenimiento, gastos de administración e impuestos, en el Mes h.• Comisiones y otros pagos a los Prestamistas, distintos del servicio de la deuda (intereses y principal), en el Mes h. <p>Para los Meses h anteriores a la Fecha de Inicio se reconocerán exclusivamente los siguientes costos:</p> <ul style="list-style-type: none">• Valor efectivamente desembolsado por concepto de primas de seguros y comisiones para la obtención de i) la Garantía Única de Cumplimiento, ii) la póliza de responsabilidad extracontractual a que se refiere la Sección 12.7 de esta Parte General, y iii) el seguro de daños contra todo riesgo a que se refiere la Sección 12.8 de esta Parte General, en el Mes h. Lo anterior, siempre que las pólizas hubieren sido aprobadas en los términos de la Sección 12.1(a) de esta Parte General; de lo contrario, no se reconocerán estos costos.• Valor de los aportes que haya realizado el Concesionario a las Subcuentas de la Cuenta ANI, así como la Subcuenta Predios,
--	---

	<p>Subcuenta Compensaciones Ambientales y Subcuenta Redes, en el Mes h.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Valor de la Comisión de Éxito efectivamente desembolsada al Estructurador en el Mes h. <p>El valor reconocido por estas actividades se definirá con base en los valores brutos (sin incluir depreciaciones, amortizaciones o valorizaciones) que corresponderán exclusivamente a los costos directos asociados con estas actividades y será establecido por las Partes de mutuo acuerdo o, en su defecto, por el Amigable Componedor, pero en todo caso su valor no podrá ser superior al consignado en los registros contables del Patrimonio Autónomo para estos rubros, registrados en los estados financieros y certificados por el Interventor. Para determinar este valor máximo de reconocimiento durante la ejecución del Contrato, el Interventor remitirá la respectiva certificación de los valores registrados, a la ANI y al Concesionario, dentro de los treinta (30) Días siguientes a la presentación de los estados financieros del Patrimonio Autónomo, conforme con lo previsto en la Sección 4.2(q). Las discrepancias relacionadas con la certificación del Interventor serán resueltas directamente entre las Partes o por el Amigable Componedor a solicitud de cualquiera de ellas, salvo que no hubieren sido manifestadas dentro de los diez (10) Días siguientes a su recepción, evento en el cual la certificación del Interventor no podrá ser objeto de controversia posterior.</p>
IPC_h	IPC correspondiente al Mes h .
IPC_{m+l}	IPC correspondiente al Mes inmediatamente anterior al Mes $m+l$.
TE	Tasa de descuento real expresada en términos efectivo mensual y que para efectos de esta fórmula será la que se incluye en la Parte Especial.
DyM_{m+l}	Es el valor de las Deducciones, así como de las Multas, otros Descuentos y obligaciones dinerarias pendientes de pago a cargo del Concesionario, causados hasta el momento de terminación del Contrato de Concesión, expresado en Pesos del Mes $m+l$.
CP_{m+l}	Cláusula Penal, si es del caso su aplicación conforme a la Sección 10.5 de esta Parte General, siempre que no haya sido pagada por el Concesionario, expresada en Pesos del Mes $m+l$.
h	Cada uno de los Meses desde la suscripción del Contrato hasta el Mes m .
m	Mes en que ocurre la Terminación Anticipada del Contrato.
l	Número de Meses transcurridos desde el Mes de terminación del Contrato hasta el Mes en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato.

$OANI_{m+l}$	Obligaciones dinerarias pendiente de pago a cargo de la ANI, causadas hasta el momento de terminación del Contrato de Concesión, expresadas en Pesos del Mes $m+l$.
--------------	--

Terminación Anticipada en Fase de Construcción

Si se produce la Terminación Anticipada del Contrato durante la Fase de Construcción, se procederá a establecer el valor de la liquidación del Contrato de Concesión, mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

$$VL_{(c)} = \Delta - (DyM_{m+l} + CP_{m+l}) + OANI_{m+l}$$

Siendo

$$\Delta = \sum_{h=1}^{m+l} \left[(AR_h - R_h) * \left(\frac{IPC_{m+l}}{IPC_h} \right) * (1 + TE)^{(m+l-h)} \right] * \left[(1 - FUSD') + \left(\frac{TRM_{m+l}}{TRM_h} * FUSD' \right) \right]$$

Si Δ es menor a cero (0), entonces $\Delta = \text{cero}(0)$

Donde,

$VL_{(c)}$	Es el valor de la liquidación del Contrato de Concesión cuando la Terminación Anticipada se produce durante la Fase de Construcción. Este valor está expresado en Pesos del Mes $m+l$ que corresponde al Mes en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato.
AR_h	<p>Costos durante el Mes h (siempre que se traten de costos realizados hasta la terminación de la Etapa de Reversión), asociados con las actividades que haya realizado el Concesionario con anterioridad al inicio de la Etapa de Operación y Mantenimiento y que hayan sido reconocidos por ANI, en Pesos corrientes.</p> <p>Las actividades reconocidas incluyen exclusivamente aquellas relacionadas con las obligaciones del Concesionario durante la Etapa Preoperativa.</p> <p>Para los Meses h posteriores a la Fecha de Inicio se reconocerán exclusivamente los costos asociados con las siguientes actividades :</p>

	<ul style="list-style-type: none">• Valor efectivamente desembolsado por concepto de primas de seguros y comisiones para la obtención y el mantenimiento de i) la Garantía Única de Cumplimiento, ii) la póliza de responsabilidad extracontractual a que se refiere la Sección 12.7 de esta Parte General, y iii) el seguro de daños contra todo riesgo a que se refiere la Sección 12.8 de esta Parte General, en el Mes <i>h</i>.• Valor de los aportes que haya realizado el Concesionario a las Subcuentas de la Cuenta ANI, así como la Subcuenta Predios, Subcuenta Compensaciones Ambientales y Subcuenta Redes, en el Mes <i>h</i>.• Valor de la Comisión de Éxito efectivamente desembolsada al Estructurador en el Mes <i>h</i>.• Valor de los estudios al que se refiere la Sección 2.3(b)(vii), de haberse efectivamente pagado dicho valor, en el Mes <i>h</i>.• Valor de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico y los Estudios de Detalle, en el Mes <i>h</i>.• Costos de la Gestión Social y Ambiental (exceptuando los hechos contra la Subcuenta Compensaciones Ambientales), en el Mes <i>h</i>.• Costos de la Gestión Predial (exceptuando los hechos contra la Subcuenta Predios), en el Mes <i>h</i>.• Valor de las Intervenciones ejecutadas por el Concesionario y verificadas por el Interventor, en el Mes <i>h</i>.• Costos de Operación y Mantenimiento, gastos de administración e impuestos, en el Mes <i>h</i>.• Comisiones y otros pagos a los Prestamistas, distintos del servicio de la deuda (intereses y principal), en el Mes <i>h</i>. <p>En todos los Meses <i>h</i> anteriores a la Fecha de Inicio se reconocerán exclusivamente los siguientes costos:</p> <ul style="list-style-type: none">• Valor efectivamente desembolsado por concepto de primas de seguros y comisiones para la obtención de i) la Garantía Única de Cumplimiento, ii) la póliza de responsabilidad extracontractual a que se refiere la Sección 12.7 de esta Parte General, y iii) el seguro de daños contra todo riesgo a que se refiere la Sección 12.8 de esta Parte General, en el Mes <i>h</i>.• Valor de los aportes que haya realizado el Concesionario a las Subcuentas de la Cuenta ANI, así como la Subcuenta Predios, Subcuenta Compensaciones Ambientales y Subcuenta Redes, en el Mes <i>h</i>.• Valor de la Comisión de Éxito efectivamente desembolsada al Estructurador en el Mes <i>h</i>.
--	---

	<p>El valor reconocido por estas actividades se definirá con base en los valores brutos (sin incluir depreciaciones, amortizaciones o valorizaciones) que corresponderán exclusivamente a los costos directos asociados con estas actividades y será establecido por las Partes de mutuo acuerdo o, en su defecto, por el Amigable Componedor, pero en todo caso su valor no podrá ser superior al consignado en los registros contables del Patrimonio Autónomo para estos rubros, registrados en los estados financieros y certificados por el Interventor. Para determinar este valor máximo de reconocimiento durante la ejecución del Contrato, el Interventor remitirá la respectiva certificación de los valores registrados, a la ANI y al Concesionario, dentro de los treinta (30) Días siguientes a la presentación de los estados financieros del Patrimonio Autónomo, conforme con lo previsto en la Sección 4.5(q). Las discrepancias relacionadas con la certificación del Interventor serán resueltas directamente entre las Partes o por el Amigable Componedor a solicitud de cualquiera de ellas, salvo que no hubieren sido manifestadas dentro de los diez (10) Días siguientes a su recepción, evento en el cual la certificación del Interventor no podrá ser objeto de controversia posterior.</p>
<p>R_h</p>	<p>Corresponde al valor de la Retribución (incluyendo la Compensación Especial, cuando sea aplicable) ajustada en el Mes h, calculada de acuerdo con la siguiente fórmula:</p> $R_h = (Retribución_h) * \frac{1}{IC_h} + D_h$ <p>R_h =Retribución ajustada para el Mes h.</p> <p>$Retribución_h$ = Valor de la Retribución (incluyendo la Compensación Especial, cuando sea aplicable) recibida por el Concesionario en el Mes h.</p> <p>IC_h = Índice de Cumplimiento aplicado a la $Retribución_h$.</p> <p>D_h = Descuentos realizados a la $Retribución_h$.</p>
<p>IPC_h</p>	<p>IPC correspondiente al Mes h.</p>
<p>IPC_{m+l}</p>	<p>IPC correspondiente al Mes inmediatamente anterior al Mes $m+l$.</p>
<p>TE</p>	<p>Tasa de descuento real expresada en términos efectivo mensual y que para efectos de esta fórmula será la que se incluye en la Parte Especial.</p>

DyM_{m+l}	Es el valor de las Deducciones, así como de las Multas, otros Descuentos y obligaciones dinerarias pendientes de pago a cargo del Concesionario, causados hasta el momento de terminación del Contrato de Concesión, expresado en Pesos del Mes $m+l$.
CP_{m+l}	Cláusula Penal, si es del caso su aplicación conforme a la Sección 10.5 de esta Parte General, siempre que no haya sido pagada por el Concesionario, expresada en Pesos del Mes $m+l$.
h	Cada uno de los Meses desde la suscripción del Contrato hasta el Mes m .
m	Mes en que ocurre la Terminación Anticipada del Contrato.
l	Número de Meses transcurridos desde el Mes de terminación del Contrato hasta el Mes en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato.
$OANI_{m+l}$	Obligaciones dinerarias pendiente de pago a cargo de la ANI, causadas hasta el momento de terminación del Contrato de Concesión, expresadas en Pesos del Mes $m+l$.
TRM_{m+l}	TRM del último Día Hábil del Mes inmediatamente anterior al Mes $m+l$ certificada por la Superintendencia Financiera.
TRM_h	TRM del último Día Hábil del Mes inmediatamente anterior al Mes h certificada por la Superintendencia Financiera.
$FUSD'$	<p>Corresponde a la proporción de la Retribución del Concesionario denominada en Dólares, calculada de acuerdo con la siguiente fórmula:</p> $FUSD' = \frac{FUSD * VPAA}{VPAA + VPIP}$ <p>Donde,</p> <p>FUSD = Promedio aritmético simple de las fracciones de los Aportes ANI en Dólares solicitadas por el Concesionario en su Oferta o en la oportunidad indicada en el Pliego de Condiciones y que para efectos de esta fórmula serán las que se incluyen en la Parte Especial.</p> <p>VPIP = Es el valor presente al Mes de Referencia del Recaudo de Peaje, cuyo monto se establece en la Parte Especial.</p> <p>VPAA = Valor presente calculado al Mes de Referencia de los Aportes ANI acumulados hasta el Mes m (expresados en Pesos del Mes de Referencia) solicitados por el Concesionario en su Oferta Económica de acuerdo con la fórmula establecida en el Pliego de Condiciones.</p>

En el caso en que para el momento de la Terminación Anticipada durante la Etapa de Construcción, se hubiera causado cualquiera de las compensaciones por diferencia de recaudo (DR8, DR13 y/o DR18), estos pagos se tendrán en cuenta al momento de hacer el cálculo anterior, aplicando lo previsto para ello en la siguiente Sección 18.3(g).

Terminación Anticipada en Etapa de Operación y Mantenimiento

Si se produce la Terminación Anticipada del Contrato durante la Etapa de Operación y Mantenimiento, se procederá a establecer el valor de la liquidación del Contrato de Concesión, mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

$$VL_{(om)} = \Delta - DyM_{m+l} - CP_{m+l} + OANI_{m+l} - (DR8_{m+l} + DR13_{m+l} + DR18_{m+l})$$

Siendo,

$$\Delta = \sum_{h=1}^{m+l} \left[(AR_h - R_h) * \left(\frac{IPC_{m+l}}{IPC_h} \right) * (1 + TE)^{(m+l-h)} \right] * \left[(1 - FUSD'_h) + \left(\frac{TRM_{m+l}}{TRM_h} * FUSD'_h \right) \right]$$

Si Δ es menor a cero (0), entonces $\Delta = \text{cero}(0)$

Donde,

$VL_{(om)}$	Es el valor de la liquidación del Contrato de Concesión cuando la Terminación Anticipada se produce durante la Etapa de Operación y Mantenimiento. Este valor está expresado en Pesos del Mes $m+l$ que corresponde al Mes en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato.
AR_h	<p>Costos durante el Mes h (siempre que se traten de costos realizados hasta la terminación de la Etapa de Reversión), asociados con las actividades que haya realizado el Concesionario con anterioridad a la terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento y que hayan sido reconocidos por ANI, en Pesos corrientes.</p> <p>Las actividades reconocidas incluyen exclusivamente aquellas relacionadas con las obligaciones del Concesionario con anterioridad a la terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento. Para los Meses h posteriores a la Fecha de Inicio se reconocerán exclusivamente los costos asociados con las siguientes actividades :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Valor efectivamente desembolsado por concepto de primas de seguros y comisiones para la obtención y el mantenimiento de i) la Garantía Única de Cumplimiento, ii) la póliza de responsabilidad extracontractual a que se refiere la Sección 12.7

	<p>de esta Parte General, y iii) el seguro de daños contra todo riesgo a que se refiere la Sección 12.8 de esta Parte General, en el Mes <i>h</i>.</p> <ul style="list-style-type: none">• Valor de los aportes que haya realizado el Concesionario a las Subcuentas de la Cuenta ANI, así como la Subcuenta Predios, Subcuenta Compensaciones Ambientales y Subcuenta Redes, en el Mes <i>h</i>.• Valor de la Comisión de Éxito efectivamente desembolsada al Estructurador en el Mes <i>h</i>.• Valor de los estudios al que se refiere la Sección 2.3(b)(vii), de haberse efectivamente pagado dicho valor, en el Mes <i>h</i>.• Valor de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico y los Estudios de Detalle, en el Mes <i>h</i>.• Costos de la Gestión Social y Ambiental (exceptuando los hechos contra la Subcuenta Compensaciones Ambientales), en el Mes <i>h</i>.• Costos de la Gestión Predial (exceptuando los hechos contra la Subcuenta Predios), en el Mes <i>h</i>.• Valor de las Intervenciones ejecutadas por el Concesionario y verificadas por el Interventor, en el Mes <i>h</i>.• Costos de Operación y Mantenimiento, gastos de administración e impuestos, en el Mes <i>h</i>.• Comisiones y otros pagos a los Prestamistas, distintos del servicio de la deuda (intereses y principal), en el Mes <i>h</i>. <p>En todos los Meses <i>h</i> anteriores a la Fecha de Inicio se reconocerán solamente los siguientes costos:</p> <ul style="list-style-type: none">• Valor efectivamente desembolsado por concepto de primas de seguros y comisiones para la obtención de i) la Garantía Única de Cumplimiento, ii) la póliza de responsabilidad extracontractual a que se refiere la Sección 12.7 de esta Parte General, y iii) el seguro de daños contra todo riesgo a que se refiere la Sección 12.8 de esta Parte General, en el Mes <i>h</i>.• Valor de los aportes que haya realizado el Concesionario a las Subcuentas de la Cuenta ANI, así como la Subcuenta Predios, Subcuenta Compensaciones Ambientales y Subcuenta Redes, en el Mes <i>h</i>.• Valor de la Comisión de Éxito efectivamente desembolsada al Estructurador en el Mes <i>h</i>. <p>El valor reconocido por estas actividades se definirá con base en los valores brutos (sin incluir depreciaciones, amortizaciones o valorizaciones) que corresponderán exclusivamente a los costos directos asociados con estas actividades y será establecido por las Partes de mutuo acuerdo o, en su defecto, por el Amigable Componedor, pero en todo caso</p>
--	---

	<p>su valor no podrá ser superior al consignado en los registros contables del Patrimonio Autónomo para estos rubros, registrados en los estados financieros y certificados por el Interventor. Para determinar este valor máximo de reconocimiento durante la ejecución del Contrato, el Interventor remitirá la respectiva certificación de los valores registrados, a la ANI y al Concesionario, dentro de los treinta (30) Días siguientes a la presentación de los estados financieros del Patrimonio Autónomo, conforme con lo previsto en la Sección 9.2(m). Las discrepancias relacionadas con la certificación del Interventor serán resueltas directamente entre las Partes o por el Amigable Compondor a solicitud de cualquiera de ellas, salvo que no hubieren sido manifestadas dentro de los diez (10) Días siguientes a su recepción, evento en el cual la certificación del Interventor no podrá ser objeto de controversia posterior.</p>
R_h	<p>Corresponde al valor de la Retribución (incluyendo la Compensación Especial, cuando sea aplicable) ajustada en el Mes h, calculada de acuerdo con la siguiente fórmula:</p> $R_h = (Retribución_h) * \frac{1}{IC_h} + D_h$ <p>Donde,</p> <p>R_h =Retribución ajustada para el Mes h.</p> <p>$Retribución_h$ = Valor de la Retribución (incluyendo la Compensación Especial, cuando sea aplicable) recibida por el Concesionario en el Mes h.</p> <p>IC_h = Índice de Cumplimiento aplicado a la $Retribución_h$.</p> <p>D_h = Descuentos realizados a la $Retribución_h$.</p>
IPC_h	IPC correspondiente al Mes h .
IPC_{m+l}	IPC correspondiente al Mes inmediatamente anterior al Mes $m+l$
$DR8_{m+l}$	<p>Se calculará conforme a la siguiente fórmula:</p> $DR8_{m+l} = DR8 * \left(\frac{IPC_{m+l}}{IPC_{96}} \right) (1 + TE)^{m+l-96}$

	<p>Donde,</p> <p>$DR8_{m+l}$ = Es el DR8 en pesos del Mes $m+l$</p> <p>DR8 = Es el monto efectivamente pagado al Concesionario por concepto de la Diferencia de Recaudo al Año 8, en el caso en que, de conformidad con este Contrato, se haya causado dicho pago, en Pesos del Mes 96 contado desde la Fecha de Inicio</p> <p>IPC_{m+l} = IPC correspondiente al Mes inmediatamente anterior al Mes $m+l$</p> <p>IPC_{96} = IPC correspondiente al Mes 96 contado desde la Fecha de Inicio</p> <p>m = Mes en que ocurre la Terminación Anticipada del Contrato.</p> <p>l = Número de Meses transcurridos desde el Mes de terminación del Contrato hasta el Mes en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato</p>
<p>$DR13_{m+l}$</p>	<p>Se calculará conforme a la siguiente fórmula:</p> $DR13_{m+l} = DR13 * \left(\frac{IPC_{m+l}}{IPC_{156}} \right) (1 + TE)^{m+l-156}$ <p>Donde,</p> <p>$DR13_{m+l}$ = Es el DR13 en pesos del Mes $m+l$</p> <p>DR13 = Es el monto efectivamente pagado al Concesionario por concepto de la Diferencia de Recaudo al Año 13, en el caso en que, de conformidad con este Contrato, se haya causado dicho pago, en Pesos del Mes 156 contado desde la Fecha de Inicio</p> <p>IPC_{m+l} = IPC correspondiente al Mes inmediatamente anterior al Mes $m+l$</p> <p>IPC_{156} = IPC correspondiente al Mes 156 contado desde la Fecha de Inicio</p> <p>m = Mes en que ocurre la Terminación Anticipada del Contrato</p> <p>l = Número de Meses transcurridos desde el Mes de terminación del Contrato hasta el Mes en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato</p>
<p>$DR18_{m+l}$</p>	<p>Se calculará conforme a la siguiente fórmula:</p>

	$DR18_{m+l} = DR18 * \left(\frac{IPC_{m+l}}{IPC_{216}} \right) (1 + TE)^{m+l-216}$ <p>Donde,</p> <p>DR18_{m+l} = Es el DR18 en pesos del Mes <i>m+l</i></p> <p>DR18 = Es el monto efectivamente pagado al Concesionario por concepto de la Diferencia de Recaudo al Año 18, en el caso en que, de conformidad con este Contrato, se haya causado dicho pago, en Pesos del Mes 216 contado desde la Fecha de Inicio</p> <p>IPC_{m+l} = IPC correspondiente al Mes inmediatamente anterior al Mes <i>m+l</i></p> <p>IPC₂₁₆ = IPC correspondiente al Mes 216 contado desde la Fecha de Inicio</p> <p><i>m</i> = Mes en que ocurre la Terminación Anticipada del Contrato</p> <p><i>l</i> = Número de Meses transcurridos desde el Mes de terminación del Contrato hasta el Mes en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato</p>
TE	Tasa de descuento real expresada en términos efectivo mensual y que para efectos de esta fórmula será la que se incluye en la Parte Especial.
DyM _{m+l}	Es el valor de las Deducciones, así como de las Multas, otros Descuentos y obligaciones dinerarias pendientes de pago a cargo del Concesionario, causados hasta el momento de terminación del Contrato de Concesión, expresado en Pesos del Mes <i>m+l</i> .
CP _{m+l}	Cláusula Penal, si es del caso su aplicación conforme a la Sección 10.5 de esta Parte General, siempre que no haya sido pagada por el Concesionario, expresada en Pesos del Mes <i>m+l</i> .
<i>h</i>	Cada uno de los Meses desde la suscripción del Contrato de Concesión hasta el Mes <i>m</i> .
<i>m</i>	Mes en que ocurre la Terminación Anticipada del Contrato.
<i>l</i>	Número de Meses transcurridos desde el Mes de terminación del Contrato hasta el Mes en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato.
OANI _{m+l}	Obligaciones dinerarias pendiente de pago a cargo de la ANI, causadas hasta el momento de terminación del Contrato de Concesión, expresadas en Pesos del Mes <i>m+l</i> .
TRM _{m+l}	TRM del último Día Hábil del Mes inmediatamente anterior al Mes <i>m+l</i> certificada por la Superintendencia Financiera.

TRM _h	TRM del último Día Hábil del Mes inmediatamente anterior al Mes <i>h</i> certificada por la Superintendencia Financiera.
FUSD _h '	<p>Corresponde a la proporción de la Retribución del Concesionario denominada en Dólares, calculada de acuerdo con la siguiente fórmula:</p> $FUSD'_h = \frac{\sum_{y=1}^h Aporte_y * FUSD_y * \left(\frac{IPC_{m+l}}{IPC_y}\right)}{\sum_{y=1}^h R_y * \left(\frac{IPC_{m+l}}{IPC_y}\right)}$ <p>Donde,</p> <p>FUSD_y = Fracción de los Aportes ANI en Dólares solicitada por el Concesionario en su Oferta económica o en la oportunidad indicada en el Pliego de Condiciones, correspondiente al año en el que se encuentre el Mes <i>y</i>, que para efectos de esta fórmula será la que se incluye en la Parte Especial.</p> <p>Aporte_y = El valor del Aporte ANI solicitado por el Concesionario correspondiente al Mes <i>y</i>, expresado en pesos corrientes de dicho Mes. En los Meses <i>y</i> en que no haya Aporte ANI disponibles el valor de Aporte_y será cero (0).</p> <p><i>y</i> = Contador de cada uno de los Meses desde la suscripción del Contrato de Concesión hasta el Mes <i>h</i>.</p>

Terminación Anticipada por decisión unilateral de la ANI, en virtud de lo autorizado por el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012.

Si se produce la Terminación Anticipada del Contrato por decisión unilateral de la ANI, de conformidad con lo autorizado por el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, en cualquier etapa de ejecución del Contrato, se procederá a establecer el valor de la liquidación del Contrato de Concesión, mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

$$VL_{(rec)} = Ingresos_{m+l} - Costos\ futuros_{m+l} - DyM_{m+l} + OANI_{m+l}$$

Donde,

<i>VL_(rec)</i>	Es el valor de la liquidación del Contrato de Concesión cuando la Terminación Anticipada ocurre por decisión unilateral de la ANI conforme a lo autorizado por el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012. Este valor está
---------------------------	---

	expresado en Pesos del Mes $m+l$ que corresponde al Mes en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato.
$Ingresos_{m+l}$	<p>Corresponde al valor de los ingresos faltantes de percibir por el Concesionario por concepto de Recaudo de Peaje, Aportes ANI e Ingresos por Explotación Comercial por la ocurrencia de la causal de Terminación Anticipada, expresado en Pesos del Mes $m+l$ y descontados a Valor Presente con una tasa que refleje las condiciones de mercado asociadas al riesgo del proyecto. Dicho valor y dicha tasa serán determinados por las Partes, o por un tercero por expresa delegación de éstas.</p> <p>En el caso en que las Partes no logren acordar los ingresos y/o la tasa dentro de los sesenta (60) Días siguientes a la ocurrencia de la causal estos serán determinados por el Amigable Componedor.</p>
$Costos_{futuros_{m+l}}$	<p>Corresponde al valor de los costos dejados de erogar por parte del Concesionario por la ocurrencia de la causal de Terminación Anticipada, expresado en Pesos del Mes $m+l$ y descontados a Valor Presente con una tasa que refleje las condiciones de mercado asociadas al riesgo del proyecto. El valor de dichos costos y dicha tasa será determinado por las Partes, o por un tercero por expresa delegación de éstas, teniendo en cuenta valores comparables en el mercado para actividades similares.</p> <p>En el caso en que las Partes no logren acordar los costos y/o la tasa dentro de los sesenta (60) Días siguientes a la ocurrencia de la causal estos serán determinados por el Amigable Componedor.</p>
DyM_{m+l}	Es el valor de las Deducciones, así como de las Multas, otros Descuentos y obligaciones dinerarias pendientes de pago a cargo del Concesionario, causados y no pagados al momento de terminación del Contrato de Concesión, expresado en Pesos del Mes $m+l$.
$OANI_{m+l}$	Obligaciones dinerarias pendiente de pago a cargo de la ANI, causadas hasta el momento de terminación del Contrato de Concesión, expresadas en Pesos del Mes $m+l$.
m	Mes en que ocurre la Terminación Anticipada del Contrato.
l	Número de Meses transcurridos desde el Mes de terminación del Contrato hasta el Mes en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato.

18.3 Pago de las sumas por concepto de Liquidación

Si el resultado del cálculo de valor de la liquidación del Contrato de Concesión (VL , $VL_{(pc)}$, $VL_{(c)}$, $VL_{(om)}$ o $VL_{(rec)}$ según corresponda) es positivo, el desembolso de los recursos estará a cargo de la ANI y a favor del Concesionario. Si el cálculo de valor de la liquidación del Contrato de Concesión es negativo, el desembolso de los recursos estará a cargo del Concesionario y a favor de la ANI.

Sumas a Cargo de la ANI: Cuando de las fórmulas establecidas en la Sección 18.3 anterior surja la obligación de algún reconocimiento económico a cargo de la ANI y a favor del Concesionario, la ANI cancelará esta obligación con los saldos disponibles en las cuentas y subcuentas a las que se refiere la Sección 18.2(c)(ii) de esta Parte General. Si esos recursos no fueren suficientes, la ANI contará con un plazo de quinientos cuarenta (540) Días contados desde el Día Hábil siguiente a la fecha en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato para el pago del saldo. Para el cálculo del valor a pagar a la fecha efectiva en que ese pago se realice, se aplicarán las siguientes reglas:

- a. Si en la liquidación se hubiere utilizado cualquiera de las fórmulas contenidas en las Secciones 18.3(d) o 18.3(e) de esta Parte General, se aplicará al saldo pendiente de pago del valor de la liquidación lo previsto en la Sección 3.6 de esta Parte General, durante el tiempo que transcurra entre la firma del Acta de Liquidación del Contrato y la fecha efectiva de pago.
- b. Si en la liquidación se utilizó cualquiera de las fórmulas contenidas en las Secciones 18.3(f), 18.3(g) o 18.3(h) se aplicará la siguiente fórmula:

$$VL_{m+l+p} = \sum_{g=1}^p (VL_{m+l} - VLS_{m+l}) * (I_g) + \left[(VL_{m+l} - VLS_{m+l}) * \left\{ 1 + FUSD'_m * \left(\frac{TRM_{m+l+p}}{TRM_{m+l}} - 1 \right) \right\} \right]$$

Donde,

VL_{m+l+p}	Valor del saldo que debe ser pagado por la ANI en el Mes $m+l+p$ por concepto de la liquidación calculado en Pesos corrientes del Mes $m+l+p$.
P	Número de Meses transcurridos desde el Mes en que se suscribe el Acta de Liquidación del Contrato hasta el Mes en el que ocurre efectivamente

	el pago del saldo de las sumas a cargo de la ANI por concepto de la liquidación.
VL_{m+l}	Resultado del cálculo del valor de la liquidación del Contrato de Concesión ($VL_{(c)}$, $VL_{(om)}$ o $VL_{(rec)}$, según corresponda).
VLS_{m+l}	Resultado del cálculo del valor de la liquidación del Contrato de Concesión ($VL_{(c)}$, $VL_{(om)}$ o $VL_{(rec)}$, según corresponda) pagado con los saldos disponibles en las cuentas y subcuentas a las que se refiere la Sección 18.2(c)(ii) de esta Parte General.
I	Tasa de intereses prevista en la Sección 3.6. Para los periodos en los cuales $p*30 \leq 45$, $I=0$. Para los periodos en los cuales $45 < p*30 \leq 540$, I será igual la tasa de intereses remuneratorios establecida la Sección 3.6(d). Para los periodos en los cuales $p*30 > 540$, I será igual a los intereses de mora establecidos en la Sección 3.6(a).
$FUSD'_m$	Corresponde a la proporción de la Retribución del Concesionario denominada en Dólares consolidada hasta el Mes m , la cual será equivalente a: <ul style="list-style-type: none"> • La variable $FUSD'$ establecida en las Sección 18.3(f), siempre que en la liquidación se hubiere aplicado: <ul style="list-style-type: none"> (i) La fórmula establecida en la Sección 18.3(f); ó (ii) La fórmula establecida en la Sección 18.3(h) y la Terminación Anticipada hubiere ocurrido durante la Fase de Construcción. • El promedio aritmético de las variables $FUSD'_h$ establecida en la Sección 18.3(g), siempre que en la liquidación se hubiere aplicado: <ul style="list-style-type: none"> (i) La fórmula establecida en la Sección 18.3(g); ó (ii) La fórmula establecida en la Sección 18.3(h) y la Terminación Anticipada hubiere ocurrido durante la Etapa de Operación y Mantenimiento.
TRM_{m+l+p}	TRM del último Día Hábil del Mes inmediatamente anterior al Mes $m+l+p$ certificada por la Superintendencia Financiera.
TRM_{m+l}	TRM del último Día Hábil del Mes inmediatamente anterior al Mes $m+l$ certificada por la Superintendencia Financiera.
m	Mes en que ocurre la Terminación Anticipada del Contrato
l	Número de Meses transcurridos desde el Mes de terminación del Contrato hasta el Mes en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato.
g	Contador de cada uno de los Meses desde el Mes en que se suscribe el Acta de Liquidación del Contrato hasta el Mes en el que ocurre efectivamente el pago del saldo de las sumas a cargo de la ANI

En caso que así lo hayan acordado el Concesionario con los Prestamistas, las sumas adeudadas por la ANI (o hasta el monto acordado entre el Concesionario y los Prestamistas) serán entregadas a los Prestamistas. La Fiduciaria deberá vigilar que esta destinación se cumpla, siempre que haya verificado la existencia del acuerdo entre el Concesionario y los Prestamistas. De ser el caso, se aplicará lo previsto en el Apéndice Financiero 2.

Sumas a Cargo del Concesionario: Cuando de las fórmulas establecidas en la Sección 18.3 anterior surja la obligación de pago a cargo del Concesionario y a favor de la ANI, el Concesionario pagará esta obligación con los saldos disponibles de la Cuenta Proyecto, exceptuando los recursos de la Subcuenta Predios, Subcuenta Compensaciones Ambientales y Subcuenta Redes. Si esos saldos no son suficientes, el Concesionario tendrá un plazo de quinientos cuarenta (540) Días para pagar el remanente, contados desde el Día Hábil siguiente a la fecha en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato. Durante este período se causarán intereses remuneratorios. Vencido ese plazo se causarán intereses de mora conforme lo previsto en la Sección 3.6 de esta Parte General. La ANI dará la destinación que corresponda a los recursos pagados por el Concesionario, de conformidad con la Ley Aplicable.

18.4 Pagos en caso de controversia

En el evento en que no haya acuerdo entre la ANI y el Concesionario en relación con los montos de la liquidación del Contrato, se harán los pagos de los montos que no se encuentren en disputa. Sobre lo demás se acudirá al Amigable Componedor. Los pagos y/o devoluciones producto de la decisión del Amigable Componedor serán cancelados en los mismos plazos y condiciones establecidos en la Sección 18.4 anterior.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLO, Alessia. “*La financiación de los proyectos 4G*”, en *Infraestructura y derecho*, Legis. Cámara Colombiana de la Infraestructura. Bogotá, 2017.
- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. *Informe trimestral de litigiosidad*, primer trimestre, corte marzo de 2020. Disponible en: https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/Documents/informe_litigiosidad_primer_trimestre_2020_300420.pdf. Consultado el 22 de marzo de 2020.
- ALLEN & OVERY y EUROPEAN PPP EXPERTICE CENTER. *Termination and Force Majeure Provisions in PPP Contracts. Review of current European practice and guidance*. European PPP Expertice Center. 2013.
- BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, *Participación Privada en Infraestructura. Su evolución en Colombia y el apoyo del Grupo BID*. 2018. Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/participacion-privada-en-infraestructura-su-evolucion-en-colombia-y-el-apoyo-del-grupo-bid>. Consultado el 16 de abril de 2020.
- BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO / BANCO MUNDIAL. *Public-Private Partnerships Reference Guide*. Versión 3. Washington, 2017. Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29052?locale-attribute=es>. Consultado el 6 de septiembre de 2020.
- BANCO MUNDIAL. Base de datos de participación privada en infraestructura. Disponible en: <https://ppi.worldbank.org/en/ppi>. Consultado el 6 de septiembre de 2020.
- CABAL JARAMILLO, María Valentina. *La participación de la Financiera de Desarrollo Nacional (FDN) en el project finance de las concesiones 4G. Un estudio a partir del caso de la concesión Conexión Norte* (tesis de maestría). Universidad EAFIT. Escuela de Economía y Finanzas. Medellín, 2017. Disponible en: https://Repository.Eafit.Edu.Co/Bitstream/Handle/10784/11807/Cabaljaramillo_Mariavalentina_2017.Pdf?Sequence=2. Consultado el 7 de septiembre de 2020.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 2019. MP: Carlos Bernal Pulido.
- Colombia. Ley 1508 de 2012, *por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones*.

- Documento Conpes 3760 de 2013 “*PROYECTOS VIALES BAJO EL ESQUEMA DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS: CUARTA GENERACIÓN DE CONCESIONES VIALES*”. Disponible en: <https://www.dnp.gov.co/CONPES/documentos-conpes/Paginas/documentos-conpes.aspx>. Consultado el 22 de agosto de 2020.
- Documento Conpes 3800 de 2014 “*MODIFICACIÓN AL DOCUMENTO CONPES 3760: ‘PROYECTOS VIALES BAJO EL ESQUEMA DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS: CUARTA GENERACIÓN DE CONCESIONES VIALES’*”. Disponible en: <https://www.dnp.gov.co/CONPES/documentos-conpes/Paginas/documentos-conpes.aspx>. Consultado el 22 de agosto de 2020.
- DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, Segunda Edición. Oxford, 2012.
- DOUGLAS, Zachary *The International Law of Investment Claims*. Cambridge University Press, Cuarta Edición, Cambridge, 2012.
- FAJARDO PEÑA, Santiago. “*Las concesiones de infraestructura como negocios financieros: el valor jurídico de los modelos financieros preparados para su celebración*”. Revista digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, n.º 22, 2019. doi: <https://doi.org/10.18601/21452946.n22.04>. Consultado el 5 de septiembre de 2020.
- FARQUHARSON, Edward, Et. Al. *How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets*. The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank. Washington D.C, 2018. Disponible en: <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/995241468337913618/how-to-engage-with-the-private-sector-in-public-private-partnerships-in-emerging-markets>. Consultado el 7 de septiembre de 2020.
- HALLAND, Havard, Et. Al. *Resource Financed Infrastructure. A discussion on a new form of infrastructure financing*. Banco Mundial. Washington, 2014. Disponible en: <http://documents1.worldbank.org/curated/en/394371468154490931/pdf/Resource-financed-infrastructure-a-discussion-on-a-new-form-of-infrastructure-financing.pdf>. Consultado el 6 de septiembre de 2020.
- <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/a-internacional-de-inversion>.

- <https://www.ani.gov.co/carreteras-0>.
- <https://www.dnp.gov.co/CONPES/documentos-conpes/Paginas/documentos-conpes.aspx>.
- MARTIN WAGNER, J. *International Investment, Expropriation and Environmental Protection*, Golden Gate U. L. Rev. (1999). <http://digitalcommons.law.ggu.edu/ggulrev/vol29/iss3/6>. Consultado el 7 de septiembre de 2020.
- McLACHLAN, Cambel. SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew. *International Investment Arbitration. Substantive Principles*. Oxford University Press, Oxford International Arbitration Series. Oxford, 2008.
- NIKIÈMA, Suzy. *Compensation for Expropriation, Best Practices*. The International Institute for Sustainable Development (IISD), Canadá, 2013.
- Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP). Disponible en: <https://www.contratos.gov.co/consultas/inicioConsulta.do>.
- SLOANE, Robert y REISMAN, Michael. *Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation*. The British Year Book of International Law. Oxford, 2004.
- SONG, Jimbo, Et. Al. *Using bargaining-game model to negotiate compensation for the early termination of BOT highway projects*. En: Transportation Research, Part A – Policy and Practice, 2017. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/319914761_Using_bargaining-game_model_to_negotiate_compensation_for_the_early_termination_of_BOT_highway_projects. Consultado el 7 de septiembre de 2020.
- SONG, Jimbo, FU, Yanan y BAGAYA, Ousseni. *Compensation Mechanism for Early Termination of Highway BOT Projects Based on ARIMA Model*. En: International Journal of Architecture, Engineering and Construction. Vol 5, No 1, 2016. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/301828238_Compensation_Mechanism_for_Early_Termination_of_Highway_BOT_Projects_Based_on_ARIMA_Model?enrichId=rgreq-072d842d5a2c79c5f6cd32f590089c53-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzMwMTgyODIzODtBUzozOTQ1NzM1MjU

[zNDAxNzBAMTQ3MTA4NTA2Nzk1Nw%3D%3D&el=1_x_2&_esc=publicationCoverPdf](#). Consultado el 6 de septiembre de 2020.

- STRUCTURE BANCA DE INVERSIÓN. *New 5G Framework And Project Pipeline*. Bogotá, 2020.
- VEGA, Juan Pablo. *Colombia tiene 13 acuerdos de inversión y alista otros cuatro adicionales*. En: Diario la República. Bogotá, 2017. Disponible en: <https://www.larepublica.co/economia/colombia-tiene-13-acuerdos-de-inversion-y-alista-otros-cuatro-2556117>. Consultado el 7 de septiembre de 2020.
- XIONG, Wei y ZHANG, Xueqing. *Compensation Approaches for Early Termination of PPP Projects*. En: WANG, J. Et. Al. *Proceedings of the 17th International Symposium on Advancement of Construction Management and Real Estate*, DOI 10.1007/978-3-642-35548-6_75. Springer-Verlag. Berlin, Heidelberg, 2014. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/276272218_Compensation_Approaches_for_Early_Termination_of_PPP_Projects?enrichId=rgreq-274eb14394f58624a61d82156f309fde-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzI3NjI3MjIxODtBUzoyMjg5MjUzNTU4NTE3NzZAMTQzMTU5MTQ2NjExNw%3D%3D&el=1_x_2&_esc=publicationCoverPdf. Consultado el 7 de septiembre de 2020.
- ZHANG, Xueqing y XIONG, Wei. *Renegotiation and Early-Termination in Public Private Partnerships*. En: International Journal of Architecture, Engineering and Construction. Vol 4, No. 4. 2015. Disponible en: <http://www.iasdm.org/journals/index.php/ijaec/article/view/363>. Consultado el 8 de septiembre de 2020.