

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

DE:

CONCESION TRANSVERSAL DEL SISGA S.A.S

CONTRA:

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI.

ACTA N° 9

El dos (2) de octubre de dos mil diecinueve (2019), siendo las 11:00 a.m., se reunió el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias surgidas entre **CONCESIÓN TRANSVERSAL DEL SISGA S.A.**, como parte convocante, y **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, como parte convocada, Tribunal integrado por los por los Árbitros **DAVID LUNA BISBAL**, quien preside, **WILLIAM BARRERA MUÑOZ**, **RICARDO HOYOS DUQUE** y **ADRIANA POLIDURA**, Secretaria.

Por las partes se hicieron presentes las siguientes personas:

- Por la parte convocante: **CONCESIÓN TRANSVERSAL DEL SISGA S.A.S:**

La Doctora **CLAUDIA PATRICIA BARRANTES VENEGAS**, en su calidad de apoderada reconocida en el proceso, de conformidad con sustitución de poder que obra a folio 462 del Cuaderno Principal No. 2.

- Por la parte Convocada: **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI:**

El Doctor **ALEJANDRO GUTIÉRREZ RAMÍREZ**, Gerente de Proyectos o Funcional del Despacho del Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura, con personería reconocida en el proceso.

Asistió igualmente el Doctor **ÁLVARO RAÚL TOBO VARGAS**, Procurador 9 Judicial Administrativo de Bogotá, designado para el proceso.

A continuación, el Tribunal, profirió el siguiente AUTO:

AUTO No. 9

Bogotá D.C., dos (2) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Mediante esta providencia se adopta la decisión respecto del acuerdo conciliatorio celebrado por las partes, encontrándose satisfechas las exigencias normativas y surtidas las actuaciones procesales respectivas, previos los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. PARTES

La demandante es **CONCESIÓN TRANSVERSAL DEL SISGA S.A.S**, sociedad por acciones simplificada, constituida bajo las leyes de la República de Colombia, con domicilio en Bogotá D.C. e identificada con Nit. 901.161.505-6, representada legalmente por **ANIBAL ENRIQUE OJEDA CARRIAZO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 92.519.730, y con domicilio en la Calle 93B Número 19-21 Piso 5, conforme consta en el certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente a folios 079 y siguientes del Cuaderno primero principal y por su apoderada judicial de conformidad con el poder obrante a folios 077 y siguiente del mismo cuaderno.

La demandada es **LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, entidad estatal originada en el decreto-ley 4165, con Nit. 830.125.996-9, constituida como agencia nacional estatal de naturaleza especial del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden nacional, adscrita al Ministerio de Transporte, representada legalmente por su presidente, **LOUIS F. KLEYN LOPEZ**, o quien haga sus veces, y con dirección de notificación judicial en la Calle 24 A # 59-42 Edificio T3 Torre 4 Piso 2, de la ciudad de Bogotá según consta en el certificado de existencia y representación que obra en el expediente a folios 144 y siguientes del Cuaderno primero principal y por su apoderado judicial de conformidad con el poder visible a folio 143 del mismo cuaderno.

2. PACTO ARBITRAL

En la Sección 15.2 de la Parte General del Contrato de Concesión, se pactó lo siguiente:

“15.2 Arbitraje Nacional

(a) Las controversias que surja entre las Partes con ocasión del presente Contrato, que no sean de conocimiento del panel de Amigables Compondores, serán resueltas por un Tribunal de Arbitramento nacional de conformidad con la ley 1563 de 2012, en armonía con las normas de procedimiento aplicables a la controversia y el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, o en las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan y las reglas que a continuación se establecen.

(b) También podrán ser del conocimiento del Tribunal de Arbitramento las decisiones definitivas adoptadas por el panel de Amigables Compondedores, de conformidad con lo establecido en la Sección 15.1 de esta Parte General.

(...)

(d) El tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros los cuales serán designados de común acuerdo por las Partes. Para ello las partes elaborarán listas de candidatos con idoneidad en el objeto y las características del Contrato. En caso de no llegarse a un acuerdo el centro de arbitraje escogido conforme con lo establecido en la Sección 15.2(c) anterior, designará los árbitros por sorteo de acuerdo con su reglamento.

(e) Los árbitros decidirán en derecho.

(f) Los honorarios de los árbitros se limitarán según el valor de las pretensiones, conforme se establece en la tabla incluida a continuación, según lo dispuesto en el Decreto 1829 de 2013, y en todo caso no superarán un máximo de QUINIENTOS SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (500 SMMLV) por cada árbitro.

(g) El inicio del procedimiento arbitral no inhibirá el ejercicio de las facultades ajenas al derecho común de que disponga la ANI conforme al Contrato y la Ley Aplicable. Los actos administrativos fruto del ejercicio de facultades excepcionales no podrán ser sometidos a arbitramento por ser competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa.

(h) Los árbitros designados harán una declaración de independencia e imparcialidad respecto de las Partes al momento de aceptar la designación, situación que deberá mantenerse de su parte en todo momento del proceso. En todo caso, ningún arbitro podrá ser empleado, socio o contratista de la Concesionaria, de los socios de la Concesionaria, de la ANI, del Ministerio de Transporte o sus entidades descentralizadas o adscritas, del Interventor o de los apoderados de las Partes. Tampoco podrán ser accionistas del Interventor o de la Concesionaria o de cualquiera de las empresas que sean socias de éstos, ni podrán tener parentesco hasta de cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil con los empleados de nivel directivo de la ANI, de la Concesionaria, del Interventor, de los accionistas de la Concesionaria, de los accionistas del Interventor o de los apoderados de las Partes. Igualmente, no podrá ser árbitro quien al momento de la designación sea coárbitro en algún proceso en que alguno de los apoderados de las Partes sea a su vez coárbitro.

(i) El término del proceso arbitral, así como las suspensiones del término del proceso arbitral se regirán por lo establecido en los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012 o las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan. En todo caso, las Partes de común acuerdo y previo a la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento, podrán concederle un término mayor al señalado en la Ley, para lo cual bastará la suscripción de un memorial conjunto de las Partes o de sus apoderados que así lo informe a los árbitros designados, el cual hará parte integrante del presente pacto arbitral sólo para efectos del proceso arbitral en que se realice dicha manifestación.

(j) Las Partes acuerdan que en el evento en que se convoque el Tribunal de Arbitramento, los efectos de la cláusula compromisoria serán extensivos a aquellas empresas, sociedades o personas naturales que hayan presentado conjuntamente la Oferta, en la medida que dichos sujetos expresaron su consentimiento al momento de la presentación de la Oferta.

(k) El inicio del trámite arbitral no faculta a las Partes para suspender unilateralmente la ejecución de las obligaciones del Contrato.”

3. TRÁMITE ARBITRAL

3.1. La demanda arbitral

Fundada en la cláusula compromisoria, el 20 de septiembre de 2018 **CONCESION TRANSVERSAL DEL SISGA S.A.S.**, presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, demanda arbitral contra **LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, visible a folios 2 y siguientes del Cuaderno Principal No 1.

3.2. Nombramiento de los árbitros

Mediante sorteo público realizado el 20 de noviembre de 2018 fueron designados los árbitros, quienes al aceptar en oportunidad acataron los artículos 14 y 15 de la Ley 1563 de 2012.

3.3. Instalación del Tribunal, notificación y contestación de la demanda

El Tribunal se instaló en audiencia del 12 de febrero de 2019, reconoció personería al apoderado de la parte convocante, fijó como lugar de funcionamiento el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y designó como Presidente al doctor **DAVID LUNA BISBAL** y Secretaria a la doctora **ADRIANA POLIDURA**, que al aceptar observó los artículos 14 y 15 de la Ley 1563 de 2012 y, posteriormente, tomó posesión de su cargo. En esa audiencia, se admitió la demanda arbitral ordenó notificar el auto admisorio a la Parte Convocada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Las notificaciones se surtieron, así:

- Al Ministerio Público, el día 12 de febrero de 2019, como consta en Acta de Notificación personal que obra a folio 216 del Cuaderno Principal No. 1.
- El 5 de marzo de 2019 se notificó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el Auto No. 2 dictado por el Tribunal el 12 de febrero de 2019, a través de su página web www.defensajuridica.gov.co. El número de radicado en el Sistema de Gestión Documental de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado es el 20194050420272, y de igual forma se remitió la notificación a los correos electrónicos arbitramentos@defensajuridica.gov.co y procesosnacionales@defensajuridica.gov.co. En la misma fecha se envió

a la ANDJE, a través de servicio postal autorizado, copia de la demanda con sus anexos y del Auto No. 2. Copia de todos los anteriores documentos se dejaron igualmente en la secretaría a disposición de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. En el expediente obra la constancia de radicación en el buzón electrónico de la ANDJE, del mensaje electrónico remitido junto con el respectivo acuse de recibo certificado a través del servicio Certimail prestado por Certicámara S.A. y constancia del envío y recibo del correo certificado a través de servicio postal autorizado.

- El 5 de marzo de 2019 se notificó a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI el Auto No. 2 dictado por el Tribunal el 12 de febrero de 2019, mediante mensaje enviado al correo electrónico buzonjudicial@ani.gov.co dispuesto para recibir notificaciones judiciales. En la misma fecha se envió a la ANI, a través de servicio postal autorizado, copia de la demanda con sus anexos y del Auto No. 2. Copia de todos los anteriores documentos se dejaron igualmente en la secretaría a disposición de la Agencia Nacional de Infraestructura. En el expediente obra la constancia del mensaje electrónico remitido junto con el respectivo acuse de recibo certificado a través del servicio Certimail prestado por Certicámara S.A., así como la constancia del envío y recibo del correo certificado a través de servicio postal autorizado.

El 8 de marzo de 2019, estando dentro del término de ejecutoria del Auto No. 2 proferido el 12 de febrero de 2019, la convocada interpuso recurso de reposición contra la mencionada providencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 319 del CGP, se corrió traslado del recurso de reposición interpuesto por la convocada contra el Auto No. 2 del 12 de febrero de 2019. Esta actuación se llevó a cabo mediante fijación en lista realizada el 14 de marzo de 2019. El 19 de marzo de 2019, la parte convocante recorrió el traslado del recurso de reposición presentado contra el Auto No. 2 del 12 de febrero de 2019, mediante escrito presentado en término.

El Tribunal resolvió el recurso interpuesto por la parte convocada contra el Auto No. 2 del 12 de febrero de 2019, por Auto No. 3 del 1º de abril de 2019 mediante el cual, además de reconocer personería al apoderado de la convocada, se repuso el auto recurrido y se inadmitió la demanda para que fuera subsanada.

Mediante escrito radicado el 5 de abril de 2019, el apoderado de la parte convocante presentó, dentro del término legal, escrito mediante el cual subsanó la demanda. Asimismo, el 9 de abril de 2019, el apoderado de la parte convocante presentó escrito dando alcance a la subsanación presentada el 5 de abril de 2019, con el fin de rectificar *“un error involuntario en la transcripción de los rubros de la discriminación del juramento estimatorio”*.

Por Auto No. 4 del 12 de abril de 2019, el Tribunal encontró que dentro de la oportunidad legal se subsanó en debida forma la demanda y, en consecuencia, admitió la demanda presentada por CONCESIÓN TRANSVERSAL DEL SISGA S.A.S. contra AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

El 17 de junio de 2019, oportunamente la Convocada contestó la demanda, formuló excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio y solicitó pruebas: De las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio se surtió el traslado por el término legal a la Convocante.

El 3 de julio de 2019, el apoderado de la parte convocante presentó escrito mediante el cual recorrió el traslado de las objeciones al juramento estimatorio y de las excepciones propuestas en la contestación a la demanda, y anexó el documento denominado "*Principio de Acuerdo Conciliatorio entre la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI – y la sociedad Concesión Transversal del Sisga SAS, relativa a la ejecución del Contrato de Concesión bajo el esquema APP No. 009 de 2015*"¹. Al día siguiente, presentó escrito² solicitando la fijación de audiencia de conciliación y renunciando al término del traslado de excepciones y de las objeciones al juramento estimatorio.

El día 10 de julio de 2019, el apoderado de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, presentó escrito mediante el cual coadyuvó la solicitud de citación a audiencia de conciliación presentada por la parte convocante³.

3.4. Audiencia de Conciliación

El Tribunal señaló inicialmente el 6 de agosto de 2019 para celebrar la audiencia de conciliación. En esta fecha se dio inicio a la audiencia de conciliación prevista en el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012, durante la cual se concedió el uso de la palabra a las partes para explicar el alcance y contenido del Acuerdo Conciliatorio presentado a aprobación y realizar cualquier precisión que considerarán necesaria.

En el curso de la audiencia, se profirió Auto No. 7 mediante el cual se dispuso poner en conocimiento del señor representante del Ministerio Público, por el término de quince (15) días hábiles y para los efectos del artículo 30 del Decreto 262 de 2000, el acuerdo conciliatorio celebrado por las partes junto con sus anexos; poner en conocimiento de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por el término de quince (15) días hábiles, el acuerdo conciliatorio celebrado por las partes junto con sus anexos, para lo de su competencia; y suspender la audiencia. Mediante Auto No. 8, el Tribunal fijó el día de hoy para la reanudación de la mencionada audiencia.

¹ Folios 395 a 425 del Cuaderno Principal No.2

² Folio 427 del Cuaderno Principal No. 2

³ Folios 437 a 440 del Cuaderno Principal No. 2

4. La conciliación presentada por las partes

El apoderado de la parte convocante, según memorial del 3 de julio de 2019, presentó un principio de acuerdo conciliatorio suscrito entre las partes el 17 de abril de 2019, sobre el cual el Tribunal oportunamente dio traslado según Auto No. 6 al Agente del Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

En curso de la audiencia de conciliación realizada el 6 de agosto de 2019, las partes ratificaron que el documento denominado "principio de acuerdo conciliatorio" refleja íntegramente los acuerdos definitivos a los cuales las partes han llegado. Conforme a lo anterior, el Tribunal según Auto No. 7 dio traslado del documento por 15 días hábiles al Agente del Ministerio Público para su concepto, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

El citado acuerdo conciliatorio está integrado en dos capítulos a saber: I. CONSIDERACIONES Y ANTECEDENTES. II. ACUERDAN.

El acuerdo conciliatorio se concretó en los puntos que se transcriben:

“

II - ACUERDAN

PRIMERO. Las Partes se comprometen a ilustrar suficientemente a los Árbitros y al Ministerio Público sobre las causas de sus diferencias y los acuerdos que tienen previstos para solucionarlas.

SEGUNDO. Las Partes se comprometen a concurrir a la audiencia de conciliación prevista en el procedimiento arbitral con ánimo conciliatorio, para acordar allí, al menos, lo siguiente:

2.1. Que el Concesionario dispondrá de un término de duración adicional para la ejecución de las Intervenciones de doscientos setenta (270) días para las Unidades Funcionales 1 y 4 y de ciento ochenta (180) días, para las Unidades Funcionales 2 y 3. Este plazo adicional se contará a partir del cumplimiento del Plazo previsto en el numeral 5.2 de la Parte Especial del Contrato.

PARÁGRAFO: El plazo adicional para la Unidad Funcional 1 se contará a partir del 20 de enero de 2019.

2.2. Que el Concesionario podrá realizar una entrega anticipada previo al vencimiento de los plazos señalados en el numeral anterior para cada una de las Unidades Funcionales, cuando la misma permita la disponibilidad mediante la circulación de vehículos y éstas cumplan con los valores mínimos de aceptación, de acuerdo a lo establecido en los Apéndices Técnicos 1 y 4, haciendo las exclusiones que se mencionan en los PARÁGRAFOS PRIMERO Y SEGUNDO de la presente cláusula y dándose aplicación al numeral 4.17 de la Parte General del Contrato para la verificación en lo que respecta a lo señalado en este numeral, momento en el cual, se reconocerá y pagará al Concesionario el NOVENTA y DOS POR CIENTO (92 %) de la Retribución correspondiente a cada Unidad Funcional.

PARÁGRAFO PRIMERO: En el marco del presente Acuerdo Conciliatorio, para adelantar la verificación de que trata el numeral 4.17 referida en el numeral anterior, no será objeto de verificación al momento de puesta a disposición de la Infraestructura mediante la entrega anticipada el cumplimiento de las obligaciones del Apéndice Técnico 1 – Alcance del Proyecto, que se relacionan a continuación:

- Numeral 2.5 Alcance de las Unidades Funcionales, literal (a) Unidad Funcional 1 - Tabla 4 – UF1: Generalidades y subsectores - “Intervención del Peaje Machetá PR27+240 de la Ruta 5607 al menos, con las especificaciones incluidas para las Estaciones de Peaje en el Apéndice Técnico 2”
- Numeral 2.5 Alcance de las Unidades Funcionales, literal (a) Unidad Funcional 1 - Tabla 5 – UF1 - Obras especiales mínimas “Paso por Machetá (Andenes, Bahías y Paraderos), Paso por Guateque – (Andenes)”
- Numeral 2.5 Alcance de las Unidades Funcionales, literal (a) Unidad Funcional 1 - Tabla 6 – UF1: Características Geométricas y técnicas de entrega de cada subsector para vías a cielo abierto, puentes y viaductos - “El Concesionario deberá disponer luminarias que cumplan por lo menos con las especificaciones previstas en el Apéndice Técnico 3. Iluminación Peaje Macheta Existente como mínimo desde el PR26+840 al PR27+640 de la Ruta 5607 INVIAS.”
- Numeral 2.5 Alcance de las Unidades Funcionales, literal (a) Unidad Funcional 1 - Tabla 9 – UF1: Obras Especiales. Puntos Críticos. Zonas Inestables y Procesos Superficiales siempre y cuando no altere la circulación de vehículos.
- Numeral 2.5 Alcance de las Unidades Funcionales, literal (2) Unidad Funcional 2 - Tabla 10 – UF2: Generalidades y Subsectores – Iluminación de accesos e interior de los túneles existentes.
- Numeral 2.5 Alcance de las Unidades Funcionales, literal (b) Unidad Funcional 2 - Tabla 11 – UF2: Obras especiales mínimas “Paso Río Machetá por el Municipio de Sutatenza”.
- Numeral 2.5 Alcance de las Unidades Funcionales, literal (b) Unidad Funcional 2 - Tabla 12 – UF2: Características geométricas y técnicas de Entrega de cada Subsector para vías a cielo abierto, puentes y viaductos - Iluminación.
- Numeral 2.5 Alcance de las Unidades Funcionales, literal (b) Unidad Funcional 2 - Tabla 13 – UF2: Características Geométricas y Técnicas de Túneles Existentes - Iluminación.
- Numeral 2.5 Alcance de las Unidades Funcionales, literal (b) Unidad Funcional 2 - Tabla 16 – UF2: Obras Especiales. Puntos Críticos. Zonas Inestables y Procesos Superficiales, siempre y cuando no altere la circulación de vehículos por la vía.
- Numeral 2.5 Alcance de las Unidades Funcionales, literal (c) Unidad Funcional 3 - Tabla 17 – UF2: Generalidades y Subsectores. Iluminación de accesos e interior de túneles existentes.
- Numeral 2.5 Alcance de las Unidades Funcionales, literal (c) Unidad Funcional 3 - Tabla 18 – UF3: Características geométricas y técnicas de Entrega de cada Subsector para vías a cielo abierto, puentes y viaductos – Iluminación
- Numeral 2.5 Alcance de las Unidades Funcionales, literal (c) Unidad Funcional 3 - Tabla 19 – UF3: Características geométricas y técnicas de Túneles – Iluminación
- Numeral 2.5 Alcance de las Unidades Funcionales, literal (c) Unidad Funcional 3 - Tabla 20 – UF3: Características geométricas y técnicas de Túneles – Iluminación

- Numeral 2.5 Alcance de las Unidades Funcionales, literal (c) Unidad Funcional 3 - Tabla 23 – UF3: Obras Especiales. Puntos Críticos. Zonas Inestables y Procesos Superficiales, siempre y cuando no altere la circulación de vehículos.
- Numeral 2.5 Alcance de las Unidades Funcionales, literal (d) Unidad Funcional 4 - Tabla 24 – UF4: Generalidades y Subsectores – Construcción del Peaje San Luis de Gaceno establecido en la Sección 3.6 del Apéndice Técnico 1, y localizado en el PR 76+425 de la Ruta 5608 al menos, con las especificaciones incluidas para las Estaciones de Peaje en el Apéndice Técnico 2⁴.
- Numeral 2.5 Alcance de las Unidades Funcionales, literal (d) Unidad Funcional 4 - Tabla 25 – UF4: Obras especiales mínimas, Paso por Santa María (Andenes), Subsectores 2 y 3 - Pasos por San Luis de Gaceno (andenes 2 costados).
- Numeral 2.5 Alcance de las Unidades Funcionales, literal (c) Unidad Funcional 4 - Tabla 26 – UF4: Características geométricas y técnicas de entrega de cada subsector para vías a cielo abierto, puentes y viaductos– Iluminación.
- Numeral 2.5 Alcance de las Unidades Funcionales, literal (d) Unidad Funcional 4 - Tabla 29 – UF4: Obras Especiales. Puntos Críticos. Zonas Inestables y Procesos Superficiales, siempre y cuando no altere la circulación de vehículos.
- Numeral 3.1 Centro de Control de Operación.
- Numeral 3.2 Estaciones de Pesaje.
- Numeral 3.3 Áreas de Servicio.
- Numeral 3.4 Sistemas de comunicación y postes SOS.
- Numeral 3.5 Pasos Peatonales Seguros verificación que se realizará al terminar el Plazo Adicional de la “Fase de Construcción”⁵. Como medida provisional hasta la entrega de estas obras, el Concesionario implementará medidas de seguridad vial, esto es, desde la fecha de entrega anticipada hasta la fecha efectiva de terminación de la Fase de Construcción.
- Numeral 3.6 Estaciones de Peaje nuevas.
- Numeral 3.7 Paneles LED (avisos electrónicos inteligentes)

Las obligaciones acá mencionadas serán verificadas de conformidad con el procedimiento previsto en el numeral 4.17 de la Parte General del Contrato, una vez haya concluido el plazo adicional acordado en la presente conciliación.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Del Apéndice Técnico 4 el cumplimiento de los indicadores, O3 (Cola de Peaje), O6 (Disponibilidad del SICC), E14 (Iluminación) y E24 (Sistema de Iluminación), son obligaciones que se verificarán concluido el plazo adicional acordado, junto con las demás obligaciones del numeral 4.17 (ii).

2.3. Para efectos del cálculo de la Retribución se tendrá en cuenta lo establecido en la Sección 4.3 de la Parte Especial del Contrato. Ahora bien, para considerar el valor correspondiente a las obligaciones cuya verificación se llevará a cabo vencido el plazo adicional acordado para cada Unidad Funcional se calculará un OCHO POR CIENTO (8 %) de retención de todas las retribuciones hasta que se cumplan con todas las obligaciones cuya verificación se difiere en virtud de este acuerdo. Es decir, se reconocerá al Concesionario el NOVENTA Y DOS POR CIENTO (92 %) de la Retribución a partir del momento de la entrega anticipada de la vía, en consideración a las

⁴ A través de Resolución 0000057 de 11 de enero de 2019, se reubicó la Estación de Peaje San Luis de Gaceno al PR 76+990 Ruta 5608.

⁵ Modificado por la Cláusula Primera del Otrosí No. 7 de 28 de diciembre de 2018.

exclusiones efectuadas en los Parágrafos Primero y Segundo del numeral 2.2 del presente Acuerdo. El OCHO POR CIENTO (8 %) será retenido en las subcuentas Recaudo de Peaje, Aportes ANI e Ingresos por Explotación Comercial hasta que se cumpla el Plazo Adicional acordado, momento en el cual, una vez cumplidas las obligaciones cuya verificación se difiere en virtud de este acuerdo, se procederá con el pago retenido al Concesionario, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 4.17 de la Parte General del Contrato. Esta disposición no aplica para los Pasos Peatonales Seguros.

El OCHO POR CIENTO (8 %) será retenido en las subcuentas Recaudo de Peaje, Aportes ANI e Ingresos por Explotación Comercial hasta que se cumpla el Plazo Adicional acordado o la entrega completa de las Unidades Funcionales, momento en el cual, una vez cumplidas las obligaciones no verificables para la entrega anticipada, se procederá con el pago retenido al Concesionario.

Una vez cumplido el plazo adicional dispuesto en el numeral 2.1. del presente acuerdo, se dará cumplimiento a lo dispuesto en la Sección 4.17 de la Parte General del Contrato de Concesión.

2.4. Que el Concesionario desiste de todas sus pretensiones incluidas en la demanda arbitral del 20 de septiembre de 2018, con efecto de cosa juzgada. Esas pretensiones son las que a continuación se transcriben:

***“PRIMERA:** Que se DECLARE que el plazo de duración de la Fase de Construcción de la Etapa Preoperativa, definido por la ANI en la estructuración del proyecto, establecido en el contrato, así como el plazo de ejecución de las obras de cada una de las Unidades Funcionales que conforman esa etapa, se calculó y fijó sin considerar: (i) la ejecución de actividades de gestión predial, (ii) la ejecución de actividades de gestión social, (iii) la adquisición de más de quinientos (500) predios e imposición de servidumbres, y (iv) la extraordinaria mayor cantidad de obras para atender más de ciento veinte (120) zonas inestables encontradas en la vía concesionada.*

***SEGUNDA:** Que de manera consecencial y a la luz de la evidente variación de las condiciones pactadas, se DECLARE que la ANI ha incurrido en un cumplimiento imperfecto de sus deberes de planeación e información, estimando unos plazos para el cumplimiento de las obligaciones de construcción que en nada son concordantes y consecuentes con las condiciones fácticas, técnicas y jurídicas de la vía objeto del proyecto, induciendo al error a la Concesionaria respecto de la Oferta presentada y el Contrato de Concesión celebrado.*

***TERCERA:** Que se DECLARE, así mismo, que la ANI ha impartido instrucciones que han generado reprocesos derivados del acatamiento de instructivos y directrices ajenas a lo pactado contractualmente que, de un lado, han entorpecido el avance de los cronogramas de actividades de la Concesionaria y que han hecho necesaria la ejecución de mayores cantidades de obra, así como gestiones prediales, sociales y ambientales no previstas, haciendo física, jurídica y técnicamente insuficiente el plazo para el cumplimiento de las obligaciones de la Concesionaria.*

***CUARTA:** Que se DECLARE que, como consecuencia de las pretensiones anteriores, para que la Concesionaria pueda cumplir física, jurídica y técnicamente, en condiciones de calidad y eficiencia, las obligaciones y actividades de construcción de la Fase de Construcción y de cada una de las Unidades Funcionales que la conforman, debe contar*

con un plazo, adicional al planeado y pactado, de trescientos sesenta días (360) para la Fase de Construcción y para todas y cada una de las Unidades Funcionales.

QUINTA: *Que se DECLARE que, en virtud de que la ANI manifestó en los Pliegos de Condiciones de LA LICITACIÓN PÚBLICA NO. VJ-VE-APP-IPB-003 DE 2014, para la ejecución del Contrato de Concesión no se requeriría ejecutar actividades de Gestión Predial y Ambiental sobre el corredor concesionado, la Concesionaria no contempló entre los costos de su oferta la conformación de un equipo de trabajo especializado, requerido para realizar la Gestión Predial de adquisición de más de 500 predios que han resultado necesarios para la ejecución del Proyecto y el pago de insumos y demás derivados necesarios para obtener la Adquisición de los Predios.*

SEXTA: *Que, como consecuencia de la prosperidad de la anterior pretensión, se CONDENE a la ANI a pagar a la Concesionaria los costos y gastos en los que ha incurrido y ha tenido que financiar para realizar la Gestión Predial y Ambiental, estimados a la fecha, de conformidad con lo indicado en la cuantía, juramento estimatorio y pruebas, en \$3.043.650.061 pesos.*

SÉPTIMA: *Que, como consecuencia de las pretensiones primera a cuarta, se DECLARE que la ANI debe asumir los efectos económicos adversos del mayor plazo requerido por la Concesionaria para la Fase de Construcción, en especial el contemplado en la Sección 4.9 de la Parte General del Contrato de Concesión, generado de manera previa a la solución de la presente controversia, en aras de no afectar los procesos de negociación del cierre financiero y sus desembolsos, con los Prestamistas.*

OCTAVA: *Que, como consecuencia de lo anterior, se DECLARE que no se generará la reducción de la Retribución del Concesionario prevista en la Cláusula 4.9 y en la Parte Especial del Contrato de Concesión, reducción estimada en cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000) para la solicitud de extensión que tuvo que elevar la Concesionaria.*

NOVENA: *Se DECLARE, como consecuencia de las pretensiones primera a cuarta, que la extensión del plazo de construcción de las Unidades Funcionales y de la Fase de Construcción, no puede afectar económica ni financieramente los derechos la Concesionaria, en especial, el de recibir su Retribución de manera íntegra y completa, la cual deberá comenzar a hacerse efectiva a partir de la fecha prevista en el cronograma inicial para levantar el Acta de Terminación de cada Unidad Funcional, sin consideración a la fecha en que se suscriba como consecuencia de la extensión concedida en el laudo arbitral que resuelva la diferencia.*

DÉCIMA: *Que se CONDENE a la ANI a cancelar los anteriores costos debidamente actualizados, de conformidad con la Ley 446 de 1998.*

DÉCIMA PRIMERA: *Que se CONDENE a la ANI en costas”.*

2.5. Que el Concesionario asumirá todos los costos y gastos que requiera la conciliación, en especial los honorarios de los árbitros, del secretario y los gastos de la Cámara de Comercio, a las tarifas fijadas por el Centro de Conciliación y Arbitraje para la conciliación, cuya cuantía máxima asciende a 30 SMLMV)⁶.

⁶ Marco Tarifario de la Conciliación en Derecho del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, artículo 8.19.

TERCERO. LAS PARTES, en virtud de lo dispuesto en la Resolución 0000981 del 16 de abril de 2015, *“Por la cual se emite concepto vinculante previo al establecimiento de una estación de peaje denominada San Luis de Gaceno y se establecen las tarifas a cobrar en las estaciones de peaje denominadas Machetá y San Luis de Gaceno y se dictan otras disposiciones”* y numeral 4.2 de la Parte Especial del Contrato de Concesión, acuerdan que una vez efectuada la entrega de la Unidad Funcional 1 en los términos que trata el numeral 2.2. del presente Acuerdo y suscrita la respectiva Acta, se llevará a cabo el incremento tarifario de la Resolución en mención.

PARÁGRAFO: Con relación a la Estación de Peaje San Luis de Gaceno, las Partes acuerdan adoptar el siguiente mecanismo, con ocasión al Plazo Adicional para la Unidad Funcional 4:

- Se contará el número de días transcurridos entre la fecha en la que inicialmente estaba previsto el cobro en la Estación de Peaje San Luis de Gaceno, esto es, de acuerdo con lo previsto en el numeral 4.2 (f)(i)⁷ de la Parte Especial del Contrato, el 10 de febrero de 2020, y la fecha en que efectivamente se dé inicio al cobro de la tarifa en dicha Estación, periodo que las Partes denominan *“Período Adicional Peaje San Luis de Gaceno”*.
- Para efectos del cálculo de los DR8, DR13 y DR18, se considerará que el tráfico efectivo durante el *“Período Adicional Peaje San Luis de Gaceno”* *“será igual al tráfico efectivo que circule por dicha Estación durante el mismo número de días contados a partir del primer día en que efectivamente entre en operación la mencionada Estación, para cada categoría de recaudo. Con base en este tráfico efectivo se calculará el Recaudo de Peaje que computará para el VPIPm del “Período Adicional Peaje San Luis de Gaceno”, el cual quedará incorporado en las Actas de Cálculo del VPIP de cada periodo. Las Partes acuerdan que, para todos los efectos del Contrato, este componente será parte del Recaudo de Peaje efectivo.*
- Los valores para el VPIP8, VPIP13, VPIP18 y VPIP seguirán siendo los establecidos en el Capítulo II Tabla de Referencias a la Parte General, de la Parte Especial del Contrato de Concesión No. 009 de 2015.

CUARTO. El Concesionario realizará un fondeo adicional a la Subcuenta Interventoría y Supervisión dentro de los cinco (5) Días siguientes al vencimiento de los 1080 días de la actual Fase de Construcción, de manera proporcional al valor anual fijado para esta Subcuenta y Fase por el plazo adicional concedido para la Fase de Construcción, según lo estipulado en la Sección 4.5 (e) de la Parte Especial del Contrato de Concesión. La Interventoría validará el cálculo de este valor y la actualización a Pesos corrientes de la fecha en que se realice para determinar el cumplimiento de esta obligación.

QUINTO. Las Partes declaran y garantizan que: i) han obtenido los correspondientes permisos y autorizaciones para poder celebrar el presente principio de acuerdo, en particular la autorización

⁷ (...) (f) Al culminar las obras previstas, es decir cuando se firme el Acta de Terminación de la Unidad Funcional 4 *“Santa María – Aguaclara”*, se va a instalar la Estación de Peaje de San Luis de Gaceno como consecuencia de la intervención realizada sobre la vía. Las tarifas a cobrar expresadas en pesos del Mes de Referencia serán las establecidas en la Sección 4.2. (a).

(i) El inicio del cobro de esta tarifa, se hará en los primeros diez (10) Días del mes siguiente a aquel en el que se haya firmado el Acta de Terminación de la Unidad Funcional 4 *“Santa María – Aguaclara”* y se haya instalado la Estación de Peaje San Luis de Gaceno (...)

de la Asamblea de Accionistas del Concesionario, la cual obra en el acta No. 04 del 17 de abril de 2019; y la aprobación del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la ANI, la cual obra en el Acta del 10 de abril de 2019; ii) el presente acuerdo de conciliación es un acuerdo definitivo y vinculante para las Partes y una vez haya sido aprobado por el tribunal de arbitramento producirá efectos de cosa juzgada en todos los asuntos incluidos en el mismo y será materializado a través de un Otrosí.”

Con ocasión de la presentación del anterior Acuerdo, en la audiencia de conciliación citada para el pasado seis (6) agosto de dos mil diecinueve (2019)⁸, previa explicación de las partes sobre el alcance de su acuerdo y habiendo expresado ambas que el documento presentado, a pesar de denominarse “*principio de acuerdo conciliatorio*”, contiene los acuerdos definitivos a los cuales las partes han llegado con el fin de resolver de manera definitiva las diferencias sometidas a decisión del Tribunal, se adoptaron las decisiones de (i) ponerlo en conocimiento del señor agente del Ministerio Público para que rindiera su concepto en el término de quince (15) días hábiles y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para lo de su competencia, y (ii) suspender la audiencia de conciliación para fecha que posteriormente sería determinada.

Posteriormente, la parte convocante presentó Ficha de Conciliación y copia del Acta del Comité de Conciliación correspondiente a la sesión del 10 de abril de 2019⁹, en la cual se sometió a consideración “*la recomendación de CONCILIAR Y DAR POR TERMINADO EL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO, CON EL PROPÓSITO DE DAR CONTINUIDAD A LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO, para lo cual, el comité de Conciliación de manera unánime encontró ajustada la posición de APROBAR EL TEXTO DEL ACUERDO CONCILIATORIO y a su vez AUTORIZAR AL REPRESENTANTE LEGAL DE LA ENTIDAD A SUSCRIBIR EL MISMO, para que a través del apoderado de la Entidad se presente el acuerdo ante el Panel Arbitral para su aprobación, previo concepto del Ministerio Público*”.

Por su parte, la sociedad convocante remitió el extracto del Acta No. 04 de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de Concesión Transversal del SISGA S.A.S., mediante la cual se autorizó la suscripción del acuerdo conciliatorio, en los términos presentados¹⁰, y, finalmente, el 10 y el 12 de septiembre de 2019, el apoderado de la ANI presentó el soporte correspondiente al numeral 2.2. del acuerdo conciliatorio.

5. Concepto del Ministerio Público

En el plazo señalado por el Tribunal, el señor Agente del Ministerio Público presentó su concepto sobre el Acuerdo Conciliatorio, “*con fundamento en los numerales 1, 3,*

⁸ Acta número 7, folios 459 a 461 del Cuaderno Principal No. 2.

⁹ En CD 2/2 adjunto al oficio No. CCRAD_S radicado el 9 de agosto de 2019

¹⁰ Folios 464 a 468 del Cuaderno Principal No 2

7º y 9º del artículo 277 de la C.P., en concordancia con lo dispuesto en los artículos 56 del Decreto 2651 de 1.991, 35 de la Ley 446 de 1.998, 44 del Decreto 262 de 2.000, la Resolución 270 del 6 de septiembre de 2.001, expedida por el señor Procurador General de la Nación, por medio de la cual se establecieron los criterios de intervención de los Procuradores Judiciales Administrativos en los procesos arbitrales, con el propósito de la defensa del interés general, del orden jurídico, del patrimonio público y de las garantías y derechos fundamentales, los artículos 49 de la Ley 1563 de 2012, 303 del C.P.A.C.A, 45 y 46 del Código General del Proceso”. Dicho concepto fue puesto en conocimiento de las partes y de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, por parte de la Secretaría del Tribunal.

En su concepto, el Procurador incluyó un capítulo denominado “**ANTECEDENTES**”, en el que refirió a la controversia existente entre las partes, a los hechos y pretensiones de la demanda, así como a la contestación de la demanda presentada por la ANI. En el numeral II del concepto, el Ministerio Público transcribió las consideraciones y antecedentes del Acuerdo Conciliatorio, así como las cláusulas del acuerdo; y, por su parte, en el acápite III se presentaron las “**CONSIDERACIONES**” sobre el acuerdo conciliatorio, concluyendo, como resultado del estudio anterior, que “...encuentra esta Agencia del Ministerio Público, en virtud de las atribuciones que le ha conferido la Constitución Política y la Ley, respecto de la defensa del patrimonio público, el orden jurídico y los derechos y garantías fundamentales que, **el Acuerdo Conciliatorio propuesto por las partes, reúne los requisitos que exige el ordenamiento jurídico colombiano para su aprobación.**”

La anterior conclusión fue el resultado del análisis realizado por parte del Ministerio Público en relación con el cumplimiento de los requisitos necesarios para la aprobación del acuerdo, a propósito de lo cual el señor Procurador señaló, en síntesis: 1.) Que el medio de control de controversias contractuales ejercido por la parte convocante, admite conciliación; 2) Que en el presente caso no ha operado el fenómeno de la caducidad de la acción; 3.) Que las partes son competentes para actuar, y cuentan con la facultad para suscribir el acuerdo conciliatorio, de conformidad con los anexos presentados; 4) Que el acuerdo conciliatorio fue aprobado por el Comité de Conciliación de la ANI; 5) Que el acuerdo recae sobre derechos de contenido económico y de carácter particular; 6) Que el acuerdo no es producto del abuso de posición dominante de la entidad pública; 7) Que el acuerdo cuenta con las pruebas necesarias y suficientes para su aprobación; 8) Que no resulta lesivo para el patrimonio público; 9) Que el acuerdo no es violatorio de la ley; y 10) Que el Acuerdo es congruente con las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES

El Tribunal examina el acuerdo conciliatorio sometido a su examen y aprobación por las partes convocante la sociedad **CONCESION TRANSVERSAL DEL SISGA S.A.S** y convocada **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, y al efecto

estima útil hacer las siguientes consideraciones, en materia de competencia, de cotejo del cumplimiento de los requisitos de validez del acuerdo y las determinaciones correspondientes derivadas de su análisis.

1. Competencia del Tribunal.

El Tribunal señala que se trata de un acuerdo escrito suscrito por las partes respecto de las controversias materia del proceso arbitral en curso, que se examina a solicitud conjunta de las mismas. Lo anterior, considerando que el Tribunal es competente para conocer del trámite arbitral, al tenor de los artículos 12, 20 y 24 de la Ley 1564 de 2012. En efecto, según el artículo 116 de la Constitución Política, “[l]os particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”¹¹, la “*habilitación de las partes*”¹² se contiene en el “*pacto arbitral*” o acuerdo dispositivo basado en la autonomía privada o libertad contractual, en virtud del cual dentro de los límites legales, someten a conocimiento y decisión de árbitros la solución de ciertas controversias relativas “*a asuntos de libre disposición o autorizadas por la ley*” (art. 1º. Ley 1563 de 2012), presentes o actuales (*compromiso*) o futuras, potenciales e inminentes (*cláusula compromisoria*), renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces permanentes¹³, al conferírseles el ejercicio transitorio de la función jurisdiccional de administrar justicia, con idénticas “*funciones y facultades*” a las “*de los jueces estatales cuando el arbitraje es en derecho*”¹⁴, y desarrollar los derechos fundamentales del debido proceso, acceso a la administración de justicia¹⁵, tutela judicial efectiva y a ser juzgado por el juez natural (artículos 29, 30, 31, 33, 121 y 229 Constitución Política), o sea, el “*juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*” (art. 29 Constitución Política),

¹¹Arts. 116 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo No. 2 de 2002.

¹² Corte Constitucional, sentencia 572A/ 14: “El principio de la autonomía de la voluntad es el fundamento y el límite del arbitraje. [...]La fuente de la función judicial del árbitro no es un acto del Estado, sino un acuerdo de voluntades entre las partes [...]”.

¹³ Arts. 116 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo No. 2 de 2002; 8o (“Mecanismos Alternativos” al proceso judicial, modificado por el art. 3º de la Ley 1285 de 2009), y 13 [3] (modificado por el art. 6º. De la ley 1285 de 2009, del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares), Ley 270 de 1996 (D.O. 42.745 del 15 de marzo de 1996), “Estatuaria de la Administración de Justicia”. Ley 1563 de 2012, arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 29, 41 [1], 69 y 108. El art. 3º, dispone: “El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria”.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia Sentencia 572A/ 14.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-426 del 29 de mayo de 2002. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de tutela del 18 de marzo de 2009, Exp. 11001-02-03-000-2009-00393-00: “[...] a más del reconocimiento constitucional expreso, el arbitramento ostenta rango estatutario de conformidad con los artículos 8º y 13 de la Ley 270 de 1996, modificados por la Ley 1285 de 2009, [...] Desde esta perspectiva, el arbitramento desarrolla el derecho constitucional fundamental de acceso a la justicia.[...]”.

“aquél a quien la Constitución o la ley le ha atribuido el conocimiento de un determinado asunto”.¹⁶

De conformidad con el artículo 20 de la Ley 1563 de 2012, aceptada la designación por todos los árbitros, y en su caso, cumplidos los trámites de recusación y reemplazo, en audiencia el tribunal procederá a su instalación, a partir de la cual ejerce la función pública de administrar justicia con jurisdicción y competencia para pronunciarse sobre la admisión, la inadmisión y el rechazo de la demanda, el decreto y práctica de medidas cautelares, la conciliación celebrada por las partes o la fijación de los costos legales del arbitraje, sin perjuicio de lo que decida en la primera audiencia de trámite sobre su competencia concreta para conocer del fondo de la *litis* (artículos 116 de la Constitución Política; 8º y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 270 de 1996; 3º de la Ley 1285 de 2009; 12, 20 y 24 de la Ley 1563 de 2012). La jurisdicción transitoria del Tribunal Arbitral por mandato de la Constitución Política y la ley, surge de la habilitación de las partes contenida en el pacto arbitral y comporta su competencia para surtir el trámite anterior a la primera audiencia de trámite¹⁷, en la cual se pronuncia preventivamente sobre su competencia concreta, singular o específica para conocer de las controversias sometidas a su juzgamiento, y de asumirla, la adquiere para todo el trámite ulterior.

La conciliación, de otro lado, es prejudicial o judicial, según se haga antes o después de trabada la relación jurídica procesal, podrá versar sobre todo o parte del litigio, las partes podrán celebrarla en cualquier estado del proceso, y las personas jurídicas de derecho público pueden conciliar en todo o en parte, por conducto de sus representantes legales o apoderados facultados al efecto, los conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales (arts. 116 y 229 de la Constitución Política; 8º, 13 y 42A, Ley 270 de 1996; 3º y 13, Ley 1285 de 2009; 23 y ss. 35 y ss. 37, Ley 640 de 2001; 138, 140, 141, 161 y 309, Ley 1437 de 2011; 2º, parágrafo 5º Decreto 1716 de 2009; Ley 1563 de 2012 y Ley 1564 de 2012).

En el presente trámite hay una solicitud específica presentada de común acuerdo por los apoderados de las partes, para cuyo examen es competente el Tribunal de

¹⁶ Corte Constitucional, sentencias C-208/93, C-597/96, C-111/00, C-429-01, Sentencia C-200/02.

¹⁷ En lo concerniente a la competencia de los Tribunales Arbitrales para adelantar el trámite inicial, la Corte Constitucional en sentencia C- 1038 del 28 de noviembre de 2002 -Expediente D-4066-, bajo el marco legal vigente entonces, resolvió “4. Declarar INEXEQUIBLE la expresión “Previo a la instalación del tribunal de arbitramento” y el parágrafo del artículo 121 de la Ley 446 de 1998. El resto de ese artículo 121 de la Ley 446 de 1998 es declarado EXEQUIBLE, en el entendido que corresponde realizar este trámite inicial al tribunal arbitral, después de su instalación”. Bajo el derogado artículo 121 de la Ley 446 de 1998 y el denominado entonces “trámite pre-arbitral”, precisó que **“corresponde realizar este trámite inicial al tribunal arbitral, después de su instalación”**.

Arbitramento conformado en debida forma por las partes, que versa sobre un conflicto de carácter particular y contenido económico susceptible de resolución por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y en este caso concreto por el Tribunal de Arbitramento; se trata además de una acción de las previstas como susceptibles de solución en virtud de los medios de controversias contractuales previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y sin perjuicio de las consideraciones que se hacen en otros apartes del presente auto, se han presentado las pruebas necesarias para el acuerdo. Se examinará a continuación si reúne las exigencias legales y no resulta violatorio de la ley ni lesivo para el patrimonio público.

2. Análisis del cumplimiento de los requisitos legales.

En cuanto a esta particular cuestión, el Tribunal toma como referentes normativos objetivos, entre otras, las siguientes disposiciones:

1. El artículo 64 de la Ley 446 de 1998, que define la conciliación como *“un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”*.
2. En relación con los efectos del acuerdo conciliatorio, el artículo 66 de la Ley 446 de 1998 señala que hace tránsito a cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo el acta correspondiente.
3. La Ley 446 de 1998, en el Capítulo 2 del Título I de la Parte III, indica las normas aplicables a la conciliación contenciosa administrativa permitiéndola *“total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial”, a “las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo”, hoy Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en especial su artículo 141.*
4. El inciso final del artículo 73 de la Ley 446 de 1998 señala que *“La autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público”*.

La Sala Plena del Consejo de Estado mediante auto de unificación referente a los parámetros que deben observar las entidades estatales para el ejercicio de su libertad dispositiva en materia de conciliación extrajudicial y judicial, señaló:

“...de conformidad con el artículo 65A de la Ley 23 de 1991, tratándose de este mecanismo alternativo de solución de conflictos que judicialmente deberían ser o son de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en el evento en que las partes logren un acuerdo conciliatorio, éste debe someterse a un control de legalidad u homologación, para lo cual el operador judicial competente debe verificar que el arreglo: i) cuente con las pruebas necesarias que lo sustenten; ii) que no sea violatorio de la ley y; iii) que no resulte lesivo para el patrimonio público.

Acerca del control de legalidad que debe ejercer el juez administrativo en relación con los acuerdos conciliatorios, la Sección Tercera de esta Corporación ha expuesto: ‘La conciliación en el derecho administrativo es un importante mecanismo para la composición de litigios y para la descongestión de despachos judiciales con el fin de asegurar un eficaz acceso a la Administración de Justicia, tal y como lo ordenan el Preámbulo y los artículos 2 y 229 de la Constitución Política.

Pero, esta consideración, como ya lo tiene determinado de antaño esta Sección, no puede conducir a la aprobación judicial mecánica de las conciliaciones de las partes, sin parar mientes en la indebida utilización que se pueda hacer de esta institución y en las defraudaciones que, por su aplicación, se puedan producir al tesoro público, comoquiera que la conciliación, como fuente reguladora de conflictos, supone la legalidad de este negocio jurídico, en tanto que la posibilidad de disponer de los intereses estatales debe ajustarse rigurosamente al ordenamiento vigente y, por ello mismo, exige previa homologación judicial.

En otros términos, si bien la conciliación propende por la descongestión de la Administración de Justicia y por la composición del conflicto a través de una solución directa acordada por las partes, no lo es menos que todo acuerdo conciliatorio debe ser verificado por el juez, quien para aprobarlo debe establecer que éste sea legal y no resulte lesivo al patrimonio público. Y en esta tarea el juez, ante quien se somete a consideración el acta donde consta el acuerdo conciliatorio, debe realizar las valoraciones correspondientes que le permitan concluir si la conciliación se ajusta a la ley. O lo que es igual, la conciliación en el derecho administrativo -y por ende en controversias contractuales del Estado - como solución alternativa de conflictos, debe estar precedida, conforme el pensamiento uniforme y reiterado de la Sala, de un estudio jurídico comprensivo de las normas jurídicas y de la doctrina y jurisprudencia aplicables al caso, pues al comprometer recursos del erario es claro que su disposición no se puede dejar a la voluntad libérrima de los funcionarios, sino que amerita el cumplimiento de reglas y exigencias muy severas y precisas que impiden el uso de la conciliación para fines no previstos y no queridos por la ley.

En tales condiciones se tiene que la conciliación contencioso administrativa como instituto de solución directa de conflictos, construida a partir de la capacidad dispositiva de las partes y cuya bondad -tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia-, como fórmula real de paz (en tanto borra las huellas negativas del conflicto) y como instrumento de descongestión de los despachos judiciales, está suficientemente demostrada, no puede convertirse en un procedimiento expedito para manejar a su arbitrio el tema de la contratación pública .

Este control en modo alguno supone por parte de esta instancia un pre-juzgamiento, sino que su tarea se circunscribe a la revisión del acuerdo conciliatorio en orden a verificar su entera sujeción al ordenamiento jurídico. La conciliación supone, entonces, que la

solución adoptada por las partes para poner fin al litigio sea ajustada a derecho, y si no es así el juez tiene la obligación de improbarla. Por lo mismo, la conciliación sólo produce efecto hasta tanto el juez contencioso imparte su aprobación, en otros términos, para su eficacia jurídica requiere de homologación judicial.

Bajo el anterior contexto, estricto sensu, la aprobación del acuerdo conciliatorio depende de la fortaleza probatoria que lo sustenta, habida cuenta de que el juez, además de llegar a la íntima convicción de su fundamentación jurídica, tal y como se señaló, debe inferir que no resulte lesivo del patrimonio público. Nótese que, acorde con las voces del artículo 73 in fine de la Ley 446 de 1998 (que incorporó el artículo 65 A. de la Ley 23 de 1991, compilado por el artículo 60 del Decreto 1818 de 1998), el acuerdo conciliatorio debe estar fundado en 'las pruebas necesarias', esto es, contar con el debido sustento probatorio'. ...¹⁸

En el mismo auto, se indicó:

"...el juez de conocimiento debe tener la certeza de la existencia de una condena contra la Administración en el evento en que, surtiéndose el proceso judicial correspondiente, existiere una decisión definitiva en este sentido. Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho:

'Respecto de este requisito, esta Sección del Consejo de Estado, de manera general y reiterada, ha sostenido que si bien la conciliación propende por la descongestión de la Administración de Justicia y por la composición del conflicto a través de una solución directa acordada por las partes, no lo es menos que todo acuerdo conciliatorio debe ser examinado por el juez, quien para aprobarlo debe establecer que ese arreglo económico se ajuste a la ley y no resulte lesivo para el patrimonio público .

En tales condiciones, el solo acuerdo de voluntades entre las partes involucradas en el conflicto no basta para que dicha conciliación surta efectos jurídicos, dado que la aprobación del acuerdo conciliatorio depende de la fortaleza probatoria que lo sustenta, dado que el juez, además de llegar a la convicción de su fundamentación jurídica, debe verificar que no resulte lesivo para el patrimonio público, pues según los dictados del artículo 65 A de la Ley 23 de 1991 -adicionado por el 73 de la Ley 446 de 1998-, el acuerdo conciliatorio debe estar fundado en las pruebas necesarias, esto es contar con el debido sustento probatorio.

En cuanto a las pruebas, éstas deben ser de tal entidad que lleven al juez al convencimiento y la certeza de que lo acordado por las partes cuenta con pleno sustento fáctico y jurídico, de manera que cualquier duda, confusión o contradicción que se presente al realizar el debido estudio de legalidad, debe considerarse como razón suficiente para improbar la conciliación realizada.

Así lo ha dicho de manera reiterada esta Corporación: 'En éste mismo sentido, ha manifestado la Sala, que la conciliación en materia contenciosa administrativa y su posterior aprobación, deben estar respaldadas con elementos probatorios idóneos y suficientes respecto del derecho objeto de controversia, por estar en juego el patrimonio estatal y el interés público, de manera que, con el acervo probatorio allegado, el juez de

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala Plena. Auto de 28 de abril de 2014. Expediente 20001-23-31-000-2009-00199-01(41834).

conocimiento no tenga duda alguna acerca de la existencia de la posible condena en contra de la administración y que por lo tanto la aprobación del acuerdo conciliatorio resultará provechoso para los intereses de las partes en conflicto.'

...
Conviene aclarar, finalmente, que no se pretende de manera alguna que sea el juez de conocimiento el que, con ocasión de la revisión de legalidad del acuerdo conciliatorio correspondiente, sea el que, en últimas, imponga las condiciones en las cuales debe celebrarse y ejecutarse ese acuerdo, en la medida en que son las partes en el libre ejercicio de su voluntad las que deben discutir y negociar como mejor les parezca, los términos en los cuales consideran debe ponerse fin a un conflicto; sin embargo y sólo en aquellos eventos en los cuales sea evidente que la fórmula de solución resulte excesivamente ventajosa y/o irrazonablemente desequilibrada en perjuicio de alguna de las partes, más aún cuando dicha desproporción ha sido fruto del ejercicio de una posición de dominio, el operador judicial no puede permanecer inalterado y convertirse, finalmente, en un testigo silencioso de una injusticia, puesto que los principios y reglas constitucionales y legales que regulan su primordial función le exigen la adopción de las medidas adecuadas y necesarias –de acuerdo con su competencia y las circunstancias propias de cada caso– para alcanzar un mínimo equilibrio en las relaciones negociales.¹⁹

Se procederá con referencia a las disposiciones previamente mencionadas y a variada jurisprudencia de las corporaciones judiciales y criterios adoptados por el ministerio público²⁰, en particular el concepto rendido en este asunto, que han delineado los requisitos para que de un acuerdo conciliatorio judicial se predique su validez y conveniencia en asuntos de controversia contractual como el traído a

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala Plena. Auto de 28 de abril de 2014. Expediente 20001-23-31-000-2009-00199-01(41834). En igual sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Auto de 10 de marzo de 2017, rad. No. 05001-23-31-000-2012-00690-01 (54121): *"De conformidad con lo consagrado en el artículo 65 literal a) de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 73 de la Ley 446 de 1998, cuyo parágrafo fue derogado por el artículo 49 de la Ley 640 de 2001, para la aprobación del acuerdo conciliatorio se requiere la concurrencia de una serie de presupuestos³² a saber: (1) que las partes que concilian estén debidamente representadas, y que los representantes o conciliadores tengan capacidad o facultad para conciliar; (2) legitimación en la causa de los demandantes; (3) que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes; (4) que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación; (5) que no resulte abiertamente lesivo para las partes; y (6) que no haya operado la caducidad";* Sección Tercera, Subsección C, Auto de 29 de julio de 2015, rad. No. 05001233100020080024101 (51.593); Sección Tercera, Autos del 12 de octubre de 2011, Exp.38225; 3 de marzo de 2010, expediente 37644; de 3 de marzo de 2010, expediente 37364; de 3 de marzo de 2010, expediente 30192; de 20 de noviembre de 2003, Expediente N° 21.868 Radicación N° 05001232400019971176-01; de 14 de marzo de 2002, Radicación 41001-23-31-000-2001-0001-01(20975); 15421 del 25 de marzo de 1999 y 15872 del 8 de abril de 1999: *"[...] para la aprobación u homologación del acuerdo es necesario 1) Que se hayan presentado las pruebas necesarias que le sirvan de fundamento; 2) Que el acuerdo no sea violatorio de la ley, y 3) Que no resulte lesivo para el patrimonio público."*; *"Que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes. Que las entidades estén debidamente representadas. Que los representantes o conciliadores tengan capacidad o facultad para conciliar y disponer de la materia objeto de convenio. Que no haya operado la caducidad de la acción. Que no resulte abiertamente inconveniente o lesivo para el patrimonio de la administración. Que los derechos reconocidos estén debidamente respaldados por las probanzas que se hubieren armado a la actuación"*.

²⁰ Procuraduría Primera Judicial Administrativa Delegada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y Tribunales de Arbitramento. Referencia: Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias contractuales entre el Consorcio Luis Héctor Solarte Solarte y Carlos Alberto Solarte Solarte, convocante y el Instituto Nacional de Vías, INVIAS, convocado, concepto del Ministerio Público sobre el acuerdo conciliatorio al cual llegaron las partes en la audiencia de conciliación celebrada el 3 de mayo de 2005. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 30 de marzo de 2006, Expediente 31.385, Consejero Ponente: Ariel Hernández Enriquez.

decisión del Tribunal. A continuación, y sobre estas bases, el Tribunal analizará si el acuerdo suscrito por las partes dentro del Proceso Arbitral cumple con los requisitos establecidos por la ley y la jurisprudencia.

a) Que no haya operado la caducidad del medio de control.

En el presente asunto se ejerce la acción de controversias contractuales derivada de un contrato estatal de concesión celebrado entre una entidad pública y un particular, cuyo conocimiento en ausencia de pacto arbitral correspondería a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La demanda arbitral se presentó el 20 de septiembre de 2018 con posterioridad a la vigencia de la Ley 1437 de 2011, en vigor el 2 de julio de 2012, y por consiguiente, al tenor de su artículo 308, le es aplicable en lo pertinente, por tratarse de una demanda instaurada luego de su entrada en vigencia. De conformidad con el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), el término de caducidad de las acciones contractuales es de *"dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento"*, *"[e]n los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa"*, *"[e]n los que requieran de liquidación"* cuando *"sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe"*, en los casos en que *"no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga"*; y *"[c]uando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente"*,

Tal como obra en el expediente, la demanda fue oportunamente presentada el 20 de septiembre de 2018, por ende, en el presente caso, tratándose de un contrato que está en plena ejecución y no ha terminado, menos liquidado, no ha operado la caducidad del medio de control de controversias contractuales.

b) Aprobación del acuerdo conciliatorio por parte del Comité de Conciliación.

El acuerdo conciliatorio suscrito entre los representantes y apoderados judiciales de **CONCESION TRANSVERSAL DEL SISGA S.A.S** y **LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, fue objeto de análisis y estudio por parte de las instancias correspondientes de **LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, demandada en este proceso.

De manera concreta, obra en el expediente una constancia suscrita por el doctor JAIME HUMBERTO MARTINEZ, Secretario Técnico del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, así como por la doctora PRISCILA SANCHEZ SANABRIA, delegada del Presidente de la ANI, en la cual da cuenta de la aprobación impartida por el mencionado Comité en reunión del 10 de abril del año en curso.

Para preservar la sujeción a la legislación pertinente, la opinión del Comité de Conciliación es un elemento necesario, de forzosa acreditación, para concluir un acuerdo conciliatorio judicial, pues vincula la valoración que hace la propia entidad pública con el alcance concreto de un acuerdo que concluya una controversia contractual y que implique una recíproca concesión patrimonial frente a las expectativas o las contingencias asociadas con la contención en la cual es parte.

Conforme al numeral 5 del artículo 19 del decreto 1716 de 2009, es una función del Comité de Conciliación: *“Determinar, en cada caso, la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación. Para tal efecto, el Comité de Conciliación deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada”*.

Observa el Tribunal, de un lado, que el Comité de Conciliación emitió una opinión favorable en relación con el acuerdo conciliatorio judicial y, de otro, que para hacerlo instruyó previamente al representante legal y a su apoderado para la negociación que concluyó en tal acuerdo²¹.

En adición, los representantes legales en el acuerdo hacen expresa manifestación de haber obtenido las autorizaciones correspondientes²².

c) El acuerdo conciliatorio debe estar suscrito por las partes directamente o sus apoderados debidamente facultados para tales efectos.

²¹ Comité de fecha 10 de abril de 2019

²² Así se determina en la cláusula quinta del acuerdo:

“QUINTO. Las Partes declaran y garantizan que: i) han obtenido los correspondientes permisos y autorizaciones para poder celebrar el presente principio de acuerdo, en particular la autorización de la Asamblea de Accionistas del Concesionario, la cual obra en el acta No. 04 del 17 de abril de 2019; y la aprobación del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la ANI, la cual obra en el Acta del 10 de abril de 2019; ii) el presente acuerdo de conciliación es un acuerdo definitivo y vinculante para las Partes y una vez haya sido aprobado por el tribunal de arbitramento producirá efectos de cosa juzgada en todos los asuntos incluidos en el mismo y será materializado a través de un Otrosí...”

El acuerdo se encuentra suscrito por los señores representantes legales de las partes, así como por los apoderados designados por **CONCESION TRANSVERSAL DEL SISGA S.A.S Y LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** con facultades expresas para conciliar.

Hay evidencia objetiva de la suscripción del acuerdo por quienes tienen capacidad legal y legitimación dispositiva para comprometer a las entidades que representan.

En el caso de la entidad pública, suscribe el acuerdo su representante legal **LOUIS F. KLEYN LOPEZ**. De igual forma su apoderado doctor **ALEJANDRO GUTIERREZ RAMIREZ** cuenta con capacidad para asumir compromisos como el de dar por terminado un proceso judicial en el cual es parte la entidad pública que representa (folio 0143 del Cuaderno Principal No. 1).

En lo atinente a la sociedad comercial **TRANSVERSAL DEL SISGA S.A.S**, también suscribe el acuerdo su representante legal **ANIBAL ENRIQUE OJEDA CARRIAZO**. Por su parte el apoderado doctor **FERNANDO GARCIA MATAMORRES** cuenta con plena capacidad al efecto. (folio 077 del Cuaderno Principal No. 1). Además, se hace constar en el Acuerdo Conciliatorio que el representante legal está autorizado por la Asamblea de accionistas para celebrar el acuerdo según Acta No. 04-2019 del 17 de abril de 2019.

d) El acuerdo conciliatorio debe estar soportado en pruebas debidamente aportadas e incorporadas al expediente.

El acuerdo conciliatorio se encuentra soportado en las pruebas debida y adecuadamente aportadas al proceso, y las mismas sirven para la adopción de la decisión judicial contenida en el presente auto. En desarrollo del mismo se relacionan las siguientes pruebas:

- 1) *Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 009 del 10 de julio de 2015.*
- 2) *Parte General, Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 009 de 2015.*
- 3) *Parte Especial, Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 009 de 2015.*
- 4) *Apéndice Técnico 1 - Alcance del Proyecto, Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 009 de 2015.*
- 5) *Apéndice Técnico 7 - Gestión Predial, Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 009 de 2015.*
- 6) *Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 009 de 2015.*
- 7) *Otrosí No. 2 al Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 009 de 2015.*
- 8) *Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 009 de 2015.*
- 9) *Copia comunicación 26-10-16/416-2015 (radicado ANI 2016-409-098033-2 del 28 de octubre de 2016)*
- 10) *Copia Acta de Inicio Fase de Construcción del 31 de octubre de 2016.*
- 11) *Otrosí No. 7 al Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 009 de 2015.*
- 12) *Copia Acta de Suspensión de Obligación Contractual de fecha 26 de junio de 2018*

- 13) *Copia comunicación 60-06-17/416-2015 (radicado ANI 2017-409-066639-2 del 23 de junio de 2017).*
- 14) *Copia comunicación CDS-GA- 872- 2017 (radicado ANI 2017-409-073034-2 del 12 de julio de 2017)*
- 15) *Copia comunicación CDS-GA-1051-2017 (radicado ANI 2017-409-083729-2 del 8 de agosto de 2017)*
- 16) *Copia comunicación CDS-GA-1233-2017 (radicado ANI 2017-409-095026-2 del 5 de septiembre de 2017)*
- 17) *Copia comunicación CDS-GA-894-2018 (radicado ANI 2018-409-029863-2 del 23 de marzo de 2018)*
- 18) *Copia comunicación radicado ANI 2017-306-031425-1 del 27 de septiembre de 2017*
- 19) *Copia comunicación radicado ANI 2018-606-012030-1 del 20 de abril de 2018*
- 20) *Copia comunicación radicado ANI 2018-606-014032-1 del 9 de mayo de 2018*
- 21) *Copia comunicación CTS-563-2018 (radicado ANI 2018-409-065349-2 del 3 de julio de 2018)*
- 22) *Copia comunicación CTS-463-2018 (radicado ANI 2018-409-066797-2 del 5 de julio de 2018)*
- 23) *Copia comunicación radicado ANI 2018-606-023443-1 del 26 de Julio de 2018*
- 24) *Copia comunicación CDS-GA-1149-2018 (radicado ANI 2018-409-034090-2 del 6 de abril de 2018)*
- 25) *Copia comunicación CTS-145-2018 (radicado ANI 2018-409-042144-2 del 27 de abril del 2018)*
- 26) *Copia comunicación CTS-270-2018 (radicado ANI 2018-409-049343-2 del 18 de mayo del 2018)*
- 27) *Copia comunicación CTS-798-2018 (radicado ANI 2018-409-067585-2 del 09 de julio del 2018)*
- 28) *Copia comunicación CDS-GA-1064-2016 (radicado ANI 2016-409-096890-2 del 25 de octubre de 2016)*
- 29) *Copia comunicación CDS-GA 1400-2017 (radicado ANI 2017-409-106353-2 del 4 de octubre de 2017)*
- 30) *Copia comunicación CDS-GA-1529-2017 (radicado ANI 2017-409-111568-2 del radicado ANI del 18 de octubre de 2017)*
- 31) *Copia comunicación CDS-GA-1149-2018 (radicado ANI 2018-409-034090-2 del 6 de abril de 2018)*
- 32) *Copia comunicación radicado ANI 2018-306-015818-1 del 24 de mayo de 2018*
- 33) *Copia comunicación CTS-438-2018 (radicado ANI 20184090584472 del 13 de junio de 2018)*
- 34) *Copia comunicación CTS-627-2018 (radicado ANI 20184090605152 del 19 de junio de 2018)*
- 35) *Copia comunicación CTS-740-2018 (radicado ANI 20184090716132 del 17 de julio de 2018)*
- 36) *Copia comunicación CTS-1046-2018 (radicado ANI 2018-409-077702-2 del 2 de agosto de 2018)*
- 37) *Copia comunicación CTS-1205-2018 (radicado ANI 2018-409-083737-2 del 16 de agosto de 2018)*
- 38) *Copia comunicación CTS-2389-2018 (radicado ANI 2018-409-122099-2 del 22 de noviembre de 2018)*
- 39) *Copia comunicación CTS-2668-2018 (radicado ANI 2018-409-137484-2 del 28 de diciembre de 2018)*
- 40) *Copia comunicación CTS-0151-2019 (radicado ANI 2019-409-006638-2 del 22 de enero de 2019)*
- 41) *Copia comunicación CTS-235-2019 (radicado ANI 2019-409-011506-2 del 5 de febrero de 2019)*
- 42) *Copia comunicación CTS-288-2019 (radicado ANI 20194090141862 del 12 de febrero de 2019)*
- 43) *Acta de Comité de Previa Aprobación Predial de fecha 29 de agosto de 2018*
- 44) *Acta de Comité de Previa Aprobación Predial de fecha 4 de septiembre de 2018*
- 45) *Copia comunicación radicado ANI 2018-604-039081-1 del 22 de noviembre de 2018*

- 46) Copia comunicación CDS-GA-0883-2018 (radicado ANI 20184090228302 del 6 de marzo de 2018)
- 47) Copia comunicación CTS-006-2018 (radicado ANI 20184090396432 del 20 de abril de 2018)
- 48) Copia comunicación radicado ANI 2018-306-034314-1 del 11 de octubre de 2018
- 49) Copia comunicación CTS-1742-2018 (radicado ANI 2018-409-102040-2 del 2 de octubre de 2018)
- 50) Copia comunicación CTS-1973-2018 (radicado ANI 2018-409-109131-2 del 19 de octubre de 2018)
- 51) Demás comunicaciones cruzadas a que hace referencia el presente Acuerdo.
- 52) Acta de Plazo Adicional sin Sanciones en Relación con la Unidad Funcional 1 de fecha 16 de octubre de 2018.
- 53) Copia comunicación 90-10-18/416-2015 (radicado ANI 2018-409-108769-2 del 19 de octubre de 2018)
- 54) Apéndice Técnico 4 - Indicadores

En el expediente actúan las pruebas documentales aportadas por ambas partes. Para tales efectos, obra el concepto favorable formulado por la interventoría frente al acuerdo conciliatorio presentado a aprobación del Tribunal²³:

Técnico:

Este concepto parte del hecho de que técnicamente el Acuerdo Conciliatorio encuentra validez con el ejercicio técnico realizado por el Concesionario para establecer la justificación técnica de la ampliación de plazos, con la suscripción del acuerdo conciliatorio entre el Concesionario y la ANI, por lo anterior, esta interventoría luego de realizar el respectivo análisis, se permite conceptuar que:

El plan de obras entregado por el Concesionario, estableciendo 270 días para la Unidades Funcionales 1 y 4 y 180 días para las Unidades Funcionales 2 y 3, permite concluir que esos son los plazos que requiere el Concesionario para la ejecución de todas las obras requeridas para lograr el alcance previsto para las unidades funcionales del proyecto que nos ocupa.

(...)

Por otra parte, respecto a las condiciones de recibo anticipado de las Unidades Funcionales del Proyecto Transversal del Sisga que se pretenden pactar, consideramos que estas garantizan los presupuestos de la Ley 1508 de 2012 y los principios de Operación y Mantenimiento en cabeza del Concesionario. Así mismo, las condiciones de recibo anticipado garantizan la observancia de los principios de seguridad vía y la verificación del cumplimiento de las especificaciones técnicas que aseguran la calidad, resistencia y durabilidad de las intervenciones, ofreciendo un servicio homogéneo, de calidad y seguridad en la vía.

(...)

Predial:

En los considerandos del acuerdo conciliatorio se pone de presente que ha habido en el proyecto una gestión predial mayor a la que se tenía prevista en el proyecto. Esta es una realidad que no se puede

²³ Oficio 114-03-19/416-205 del 29 de marzo de 2019. Folios 464 y siguientes Cuaderno Principal No. 2

objetar. Como es de esperarse, esta mayor gestión predial ha impactado en varios aspectos y ámbitos de la ejecución del proyecto Transversal del Sisga. Así mismo, en desarrollo de la gestión predial continúa impactando la ejecución del proyecto, debido a los mecanismos con los que cuenta el contrato para proveer los recursos necesarios para llevar a cabo la gestión predial, no tienen la agilidad que esta requiere. Lo antes descrito, hace que sea necesaria la suscripción de un acuerdo conciliatorio (...) Este acuerdo conciliatorio mitigará los efectos sobre el proyecto, de la gestión predial del mismo.

Financiero:

Revisadas las estipulaciones del Contrato de Concesión No. 009 de 2015, frente a que se realice una entrega anticipada, por parte del Concesionario, de la vía en excelente estado y condiciones de seguridad para tránsito de vehículos, así como la entrega de los pendientes a más tardar al finalizar el plazo adicional que se otorgue para cada unidad funcional, desde el punto de vista financiera (sic) se estima conducente llegar a un acuerdo conciliatorio...

(...)

Debido a que la entrega anticipada de la (sic) cada Unidad Funcional implica que se hará un recibo parcial, consideramos procedente aplicar la retención del 8% de la retribución, acordada en la mesa de trabajo llevada a cabo el pasado 28 de marzo de 2019. De igual forma, consideramos procedente que la retención del 8% se mantenga hasta la entrega definitiva de cada Unidad Funcional, con la salvedad de que la entrega definitiva de los pasos seguros será efectuada al final de la etapa de construcción.

(...)

Jurídico:

Este concepto parte del hecho que financiera y técnicamente el Acuerdo Conciliatorio encuentra validez, toda vez que se mantiene el balance económico del contrato, no genera erogaciones para la Entidad y desde el punto de vista técnico, se ha revisado que los plazos adicionales garantizan la terminación de las intervenciones contempladas en el alcance del contrato. También, desde el punto de vista técnico, las condiciones de recibo anticipado de las Unidades Funcionales que se pretenden pactar, garantizan los presupuestos de la Ley 1508 de 2012 y los principios de Operación y Mantenimiento en cabeza del Concesionario.

Aunado al hecho que el área predial de la interventoría ha verificado que los hechos expuestos por el Concesionario en su convocatoria de demanda son verídicos y en efecto, han impactado los plazos de ejecución del proyecto...”.

e) Existencia de congruencia entre las pretensiones de la demanda reformada y el acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes.

Al respecto el Tribunal identifica que hay relación entre las pretensiones de la demanda, también frente a las oposiciones, y el acuerdo conciliatorio.

La cuestión central del Acuerdo Conciliatorio plantea entre otros y dentro del marco de lo licitado, propuesto y contratado, la extensión del término de duración para la ejecución de las intervenciones derivadas de las unidades funcionales 1, 2, 3 y 4, determinando la fecha de contabilización de los mencionados plazos adicionales y el reconocimiento de la retribución para cada unidad funcional; la determinación de la retención a ser aplicada frente a las retribuciones; el desestimiento de la totalidad de las pretensiones establecidas en la demanda arbitral presentada; la aplicación de la Resolución 0000981 del 16 de abril de 2015 una vez efectuada la entrega de la unidad funcional 1 y suscrita la respectiva acta, así como la determinación del mecanismo a ser aplicado con relación a la Estación de Peaje San Luis de Gaceno y finalmente el fondeo adicional a cargo del concesionario de la subcuenta Interventoría y supervisión.

Por demás, las diferencias y reclamaciones económicas existentes hasta el momento del acuerdo y que fueron objeto de la demanda arbitral presentada, quedan definitivamente solucionadas y extinguidas con el acuerdo conciliatorio. En efecto, se trata de pretensiones y oposiciones entre demandante y demandado, que se concilian alrededor de las correspondientes líneas argumentativas.

Por ende, se encuentra respaldada la conciliación en las actuaciones procesales correspondientes.

f) Inexistencia de lesión al patrimonio público por efecto del acuerdo de conciliación.

En relación con la verificación del requisito de ausencia de lesividad o “*no lesividad*” del patrimonio público frente al acuerdo de conciliación, el Tribunal hace los siguientes comentarios:

1. El Tribunal encuentra que las materias objeto de conciliación obedecen a asuntos transigibles, donde la capacidad dispositiva de las partes resulta esencial para efectos de la aprobación del acuerdo. En desarrollo del mismo, **CONCESION TRANSVERSAL DEL SISGA S.A.S**, desiste de las pretensiones de la demanda, las cuales incorporan materias transigibles y por ende dispositivas al momento de la realización del acuerdo.
2. Por otra parte, el acuerdo conciliatorio, como expresan las partes no contiene modificaciones al tipo de contrato celebrado, a sus elementos esenciales, esencia, sustancia u objeto, valor, ni a los riesgos estimados, dosificados, asignados y asumidos por las partes. Este aspecto resulta de particular importancia para el Tribunal y constituye una premisa fundamental para impartir su aprobación al acuerdo conciliatorio, sujeta en consecuencia, a lo licitado,

propuesto, adjudicado y contratado, en especial, a la preservación íntegra de los riesgos asumidos por cada parte, en la forma y manera cómo están estipulados en el contrato.

Todo lo anterior para El Tribunal, está en armonía con la ley y las directrices sentadas por la jurisprudencia para la aprobación de un acuerdo conciliatorio.

3. En adición, las razones expuestas por las partes en el capítulo I del Acuerdo, están ajustadas al ordenamiento y a los parámetros señalados por el Consejo de Estado para la aprobación del acuerdo. Señalan las partes:

1. *Agotados los trámites y requisitos legales de selección y suscripción, LAS PARTES celebraron, el día 10 de Julio de 2015, el Contrato de Concesión bajo el esquema APP No. 009 de 2015, cuyo objeto es la ejecución de “los estudios y diseños, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación, mantenimiento, Gestión Predial, Gestión Social y Ambiental y Reversión del corredor Transversal del Sisga, de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 y demás Apéndices del Contrato”.*

2. *El Contrato de Concesión y el Apéndice Técnico No. 1 indican lo siguiente:*

2.1. *Sección 2.1 Descripción del Anexo Técnico 1:*

“(a) La infraestructura que será entregada al Concesionario tiene la longitud total estimada origen-destino de ciento treinta y siete punto dos kilómetros (137.2 KM) y en su recorrido atraviesan los departamentos de Cundinamarca, Boyacá y Casanare.

*(b) El propósito fundamental del corredor en el que se inscribe el Proyecto es la consolidación del Corredor Vial existente Transversal del Sisga (Sisga-Macheta-Guateque- San Luis de Gaceno-Aguaclara) con obras de **Rehabilitación y Reconstrucción de Pavimento** y atención de puntos críticos que garanticen la transitabilidad del corredor permitiendo una alterativa de conexión del centro del país con los llanos orientales beneficiando las poblaciones del área de influencia del proyecto de los Departamentos de Cundinamarca y Casanare.(...)” -se resalta-*

2.2. *De conformidad con la Sección 2.2 del Apéndice Técnico 1 - Vías Existentes comprendidas en el Proyecto, serán las siguientes:*

“En los términos indicados en el presente Apéndice Técnico y en el Contrato, se encuentran incluidas dentro del Proyecto las vías existentes que se describen a continuación. (...)”

Tabla 1 – Descripción de vías existentes comprendidas en el Proyecto

Código de vía	Ente Competente	Origen (Nombre – PR)	Destino (Nombre – PR)	Longitud (Km)	Estado actual
55CN03	Nación	Cruce Ruta 55 (Desviación del Sisga) PR0+0+000	Cruce Ruta 5607 PR6+194	6,2	Via bidireccional de dos carriles de 3.5m sin bermas. Actualmente se encuentra pavimentada y su estado en general es malo con fisuras de alta severidad
5607	Nación	Chocontá (Brisas) PR7+146	Guateque PR46+080	38,9	Via bidireccional de dos carriles de 3.5m sin bermas. Actualmente se encuentra pavimentada con irregularidades y fisuración severa. Su estado en general es malo con problemas de estabilidad de taludes, deslizamientos y pérdidas de banca.
5608	Nación	Guateque PR0+000	Aguaclara PR92+048	92,1	Via bidireccional de dos carriles de 3.5m sin bermas. Actualmente se encuentra en afirmado en mal estado desde Guateque hasta San Luis de Gaceno. Desde este Municipio hasta Aguaclara. Su estado en general es malo con problemas de estabilidad de taludes, deslizamientos y pérdidas de banca. a excepción del tramo entre San Luis de Gaceno y Aguaclara donde se encuentra pavimentada pero con caída de bloques.

”

2.3. En la Sección 2.4 del Apéndice Técnico 1, se define la intervención para las siguientes cuatro (4) Unidades Funcionales:

Tabla 3 – Unidades Funcionales del Proyecto

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE TRANSVERSAL DEL SIGSA S.A.S CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(EXPEDIENTE 15832)**

UF	Sector	Origen (nombre – PR)	Destino (nombre – PR)	Longitud aproximada origen destino	Intervención mínima	Observación
1	Sisga - Machetá	Sisga PR0+0+000 (Ruta 55CN03)	Cruce Ruta 5607 PR6+194 (Ruta 55CN03)	17,10 Km	Rehabilitación	
		Cruce Ruta 5607 PR7+146 (Ruta 5607)	Machetá PR18+050 (Ruta 5607)			
	Machetá - Manta -	Machetá PR18+050 (Ruta 5607)	Manta PR36+885 (Ruta 5607)	18,64 Km	Rehabilitación	
	Manta - Guateque	Manta PR36+685 (Ruta 5607)	Guateque PR46+080 (Ruta 5607)	14,28 Km	Rehabilitación	
		Guateque PR0+000 (Ruta 5608)	Guateque PR4+885 (Ruta 5608)			
TOTAL UF-1				50,01 Km		
2	Guateque - Garagoa	Guateque PR4+885 (Ruta 5608)	Garagoa PR17+762 (Ruta 5608)	12,88 Km	Rehabilitación y Reconstrucción de Pavimento	Reposición de Obras de Drenaje
	Garagoa - Macanal	Garagoa PR17+762 (Ruta 5608)	Macanal PR26+879 (Ruta 5608)	9,12 Km	Rehabilitación y Reconstrucción de Pavimento	Reposición de Obras de Drenaje
	TOTAL UF-2				22,00 Km	
UF	Sector	Origen (nombre – PR)	Destino (nombre – PR)	Longitud aproximada origen destino	Intervención mínima	Observación
3	Macanal – Santa María	Macanal PR26+879 (Ruta 5608)	Santa María PR44+680 (Ruta 5608)	17,80 Km	Rehabilitación y Reconstrucción de Pavimento	Reposición de Obras de Drenaje
4	Santa María - Cachipay - San Luis de Gaceno - Aguaclara	Santa María PR44+680 (Ruta 5608)	Cachipay PR50+513 (Ruta 5608)	5,83 Km	Rehabilitación y Reconstrucción de Pavimento	Reposición de Obras de Drenaje
		Cachipay PR50+513 (Ruta 5608)	San Luis de Gaceno PR65+785 (Ruta 5608)	15,27 Km		
	San Luis de Gaceno - Aguaclara	San Luis de Gaceno PR65+785 (Ruta 5608)	Aguaclara PR92+048 (Ruta 5608) Cruce Ruta 6511	26,26 Km	Rehabilitación	
TOTAL UF-4				47,36 Km		

2.4. Mediante la Sección 2.5 del señalado apéndice, se especifica de manera puntual cuál es el Alcance de la ejecución contractual para cada una de las Unidades Funcionales antes definidas y sus correspondientes subsectores, indicándose en las tablas 6, 12, 18 y 26 que el ancho de la calzada debe ser de 6.0 m -7.0 m:

Tabla 6 – UF1 Características Geométricas y técnicas de entrega de cada Subsector para vías a cielo abierto, puentes y viaductos.

Requisitos Técnicos	Sisga - Machetá		Machetá - Manta	Manta - Guateque	
	PR0+0+000 - PR 6+194 Ruta 55CN03	PR7+146 - PR18+050 Ruta 5607	PR18+050 - PR36+685 Ruta 5607	PR36+685 - PR 46+080 Ruta 5607	PR0+000 - PR4+885 Ruta 5608
Sentido de carriles (Uni o bidireccional)	Bidireccional	Bidireccional	Bidireccional	Bidireccional	Bidireccional
Ancho de Carril mínimo (m)	3.0m - 3.5m *	3.0m - 3.5m *	3.0m - 3.5m *	3.0m - 3.5m *	3.0m - 3.5m *
Ancho de Calzada mínimo (m)	6.0m - 7.0m *	6.0m - 7.0m *	6.0m - 7.0m *	6.0m - 7.0m *	6.0m - 7.0m *

Tabla 12 – UF2 Características Geométricas y técnicas de entrega de cada Subsector para vías a cielo abierto, puentes y viaductos.

Requisitos Técnicos	Guateque - Garagoa	Garagoa - Macanal
	PR4+885 - PR17+762 Ruta 5608	PR17+762 - PR26+879 Ruta 5608
Longitud Aproximada (Km)	12,88	9,12
Número de calzadas mínimo (un)	1	1
Número de carriles por calzada mínimo (un)	2	2
Sentido de carriles (Uni o bidireccional)	Bidireccional	Bidireccional
Ancho de Carril mínimo (m)	3.0m - 3.5m *	3.0m - 3.5m *
Ancho de Calzada mínimo (m)	6.0m - 7.0m *	6.0m - 7.0m *

Tabla 18 – UF3 Características Geométricas y técnicas de entrega de cada Subsector para vías a cielo abierto, puentes y viaductos.

Requisitos Técnicos	Macanal - Santa María
	PR26+879 - PR44+680 Ruta 5608
Longitud Aproximada (Km)	17,8
Número de calzadas mínimo (un)	1
Número de carriles por calzada mínimo (un)	2
Sentido de carriles (Uni o bidireccional)	Bidireccional
Ancho de Carril mínimo (m)	3.0m - 3.5m *
Ancho de Calzada mínimo (m)	6.0m - 7.0m *

Tabla 26 – UF4 Características Geométricas y técnicas de entrega de cada Subsector para vías a cielo abierto, puentes y viaductos.

Requisitos Técnicos	Santa María - Cachipay	Cachipay - San Luis de Gaceno	San Luis de Gaceno - Aguaclara
	PR44+680 - PR50+513 Ruta 5608	PR50+513 - PR65+785 Ruta 5608	PR65+785 - PR92+048 Ruta 5608
Longitud Aproximada (Km)	5,83	15,27	26,26
Número de calzadas mínimo (un)	1	1	1
Número de carriles por calzada mínimo (un)	2	2	2
Sentido de carriles (Uni o bidireccional)	Bidireccional	Bidireccional	Bidireccional
Ancho de Carril mínimo (m)	3.0m - 3.5m *	3.0m - 3.5m *	3,65
Ancho de Calzada mínimo (m)	6.0m - 7.0m *	6.0m - 7.0m *	7,3

*. El Concesionario deberá aprovechar el ancho de calzada existente al máximo dejando como mínimo carriles de 3.5m. En aquellas zonas donde el ancho de calzada existente es menor a 7.00m, el Concesionario deberá dejar como mínimo carriles de 3.0m.

2.5. En el literal (iii) de la Sección 4.2 Alcance de las Intervenciones del Apéndice Técnico 1, se definió las obras de Rehabilitación como:

“(iii) Rehabilitación: Son las Intervenciones en las cuales, el Concesionario deberá ejecutar un conjunto de obras tendientes a llevar la vía a sus condiciones iniciales de construcción, con el propósito que se cumplan las Especificaciones Técnicas para las que se diseñó. La Rehabilitación comprende la ejecución de una o más de las siguientes actividades:

(1) *Construcción de obras de drenaje, reparaciones de estructuras de pavimento o capa de rodadura, obras de estabilización, otras obras que permitan restituir las condiciones de diseño original del Proyecto, etc.*

(2) *Para la Intervención de Rehabilitación, se garantizará que el Concesionario deberá realizar actividades de Mejoramiento en los sitios críticos identificados en este documento, bien sea por accidentalidad, geometría o cambio climático, por lo que dichos sitios críticos deberán ser mejorados para ofrecer un nivel de servicio homogéneo, de calidad y seguro de vía.”*

3. *Que, así mismo, el Contrato de Concesión dispone:*

3.1. *La Sección 4.2 de la Parte General establece como Principales Obligaciones a cargo del Concesionario, entre otras, las siguientes:*

“4.2 Principales Obligaciones del Concesionario durante la Fase de Preconstrucción

Sin perjuicio de las demás obligaciones previstas en otros apartes de este Contrato - incluyendo la Parte General y la Parte Especial, o en sus Apéndices y/o Anexos, el Concesionario tendrá las siguientes obligaciones durante la Fase de Preconstrucción:

(a) Obtener la financiación del Proyecto en los términos de la Sección 3.7 y lograr el Cierre Financiero de conformidad con lo previsto en la Sección 3.8. de esta Parte General.

(...)

(c) Fondear las subcuentas del Patrimonio Autónomo que así lo requieran, en los términos y montos previstos en el Contrato, obligación que aplica también para la Fase de Construcción y la Etapa de Operación y Mantenimiento.

(...)

(e) Entregar el Plan de Adquisición de Predios. Este plan deberá tener ilustración suficiente de las actividades y los tiempos, de manera que el Interventor pueda hacerse un juicio acerca de los plazos en los cuales se ejecutará dicho plan. La entrega de este Plan se hará dentro del plazo señalado en el Apéndice Técnico 7.

(...)

(g) Preparar y presentar para revisión del Interventor, los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico de todas las Unidades Funcionales, en el plazo máximo previsto en la Sección 6.1 (a) de esta Parte General.

(...)

(I) Efectuar toda la Gestión Predial necesaria para disponer y adquirir técnica, legal y oportunamente los inmuebles requeridos para el desarrollo de las Intervenciones, siguiendo la normatividad vigente y las directrices e indicaciones del Apéndice Técnico 7, así como el Plan de Adquisición de Predios.

(...)

(o) Entregar a la ANI y al Interventor, dentro de los plazos señalados en este Contrato, el Plan de Obras que cumpla con las obligaciones previstas en el Contrato, en particular con lo establecido en el Apéndice Técnico 9, el cual deberá incluir una ilustración

suficiente de los tiempos, de manera que el Interventor pueda hacerse un juicio acerca de los plazos en los cuales se ejecutarán las Intervenciones. El contenido de este Plan de Obras no podrá modificar, en ningún caso, ninguna de las obligaciones previstas en el Contrato ni en ninguno de sus Apéndices y deberá ser consistente con las fechas de inicio de operación máximas de cada Unidad Funcional de acuerdo con la Parte Especial. (...)

3.2. *La Sección 3.8 de la Parte Especial del Contrato de Concesión²⁴, establece como plazos estimados para la Etapa Preoperativa los siguientes:*

“(a) Duración estimada de la Fase de Preconstrucción: Cuatrocientos veintisiete (427) Días contados desde la Fecha de Inicio.

(b) Duración estimada de la Fase de Construcción: Mil ochenta (1080) Días contados desde la fecha del Acta de Inicio de la Fase de Construcción”.

3.3. *La sección 5.2 de la Parte Especial del Contrato de Concesión estipula los plazos máximos en los cuales deberán ejecutarse las actividades de construcción para cada una de las Unidades Funcionales, a saber:*

“5.2 Programación de las Obras

En la tabla siguiente se presentan los plazos máximos para el inicio de la operación de las Unidades Funcionales, los cuales deberán contarse a partir de la fecha de suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción.

Unidad Funcional	Plazo Máximo de Ejecución
<i>Unidad Funcional 1</i>	<i>720 días</i>
<i>Unidad Funcional 2</i>	<i>1080 días</i>
<i>Unidad Funcional 3</i>	<i>1080 días</i>
<i>Unidad Funcional 4</i>	<i>1080 Días</i>

“

3.4. *La Sección 4.4. de la Parte General establece como Condiciones Precedentes para el Inicio de la Fase de Construcción:*

“4.4 Condiciones Precedentes para el Inicio de la Fase de Construcción

Son condiciones precedentes, es decir, requisitos sobre los cuales se deberá haber verificado su cumplimiento para el inicio de la Fase de Construcción del Contrato:

²⁴ Modificado por Cláusula Sexta del Otrosí 3 del 19 de septiembre de 2016

(a) Haber obtenido el Concesionario la no objeción de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico de todas las Unidades Funcionales, de conformidad con lo previsto en la Sección 6.2 de esta Parte General.

(b) Haber obtenido el Concesionario la no objeción de los Estudios de Detalle de las Intervenciones de las Unidades Funcionales cuya ejecución deba comenzar al inicio de la Fase de Construcción de acuerdo con el Plan de Obras, de conformidad con lo previsto en la Sección 6.2 de esta Parte General.

(c) Haber suscrito el Concesionario el Contrato de Construcción con sujeción a lo previsto en el CAPÍTULO V de esta Parte General.

(d) Haber efectuado el Concesionario el(los) Cierre(s) Financiero(s), según corresponda en los términos de la Sección 3.8 de esta Parte General, y efectuado los Giros de Equity previstos para ser desembolsados en la Fase de Preconstrucción.

(e) Respecto de los Predios, el Concesionario deberá (i) **haberlos adquirido, o (ii) demostrar que cuenta con la disponibilidad –entendida como la tenencia que le permita al Concesionario acceder físicamente al predio y realizar las actividades que impliquen su destinación al Proyecto– sobre, al menos, el cuarenta por ciento (40%) (ya sea por (i), por (ii) o por la suma de ambos) de la longitud efectiva de los Predios necesarios para la ejecución de las Intervenciones de la primera Unidad Funcional que deban acometerse al inicio de la Fase de Construcción de acuerdo con el Plan de Obras. El porcentaje anterior podrá ser superior, si así se define entre el Concesionario y los Prestamistas.**

(f) Haber obtenido las Licencias y Permisos –incluida la Licencia Ambiental, de ser procedente– requeridos por la Autoridad Estatal y por la Autoridad Ambiental para el inicio de las Intervenciones de la primera Unidad Funcional a que se refiere la Sección 4.4 (e), que requieran conforme a la Ley Aplicable de Licencias y/o Permisos.

(g) Respecto del cumplimiento del proceso de consulta previa a comunidades étnicas, en los casos en los que aplique para el inicio de las Intervenciones de las Unidades Funcionales que deben acometerse al inicio de la Fase de Construcción, haber logrado los acuerdos definitivos y protocolizados por parte del Ministerio del Interior.

(h) Haber cumplido con las obligaciones previstas en los Apéndices y Anexos del Contrato que deben ser cumplidas durante la Fase de Preconstrucción.

(i) Obtener y mantener en vigor las garantías de que trata el CAPÍTULO XII de esta Parte General.

Fondear las subcuentas del Patrimonio Autónomo que así lo requieran, de conformidad con lo previsto en este Contrato. (Negrillas y Subrayas fuera de texto).

3.5. Define el literal a) de la Sección 7.1 de la Parte General del Contrato que la adquisición de predios se desarrollará de conformidad con lo establecido en:

“(…) el artículo 34 de la ley 105 de 1993, según se modifique o adicione de tiempo en tiempo, atendiendo en un todo la distribución de obligaciones y responsabilidades establecidas en el presente Contrato, de conformidad con las leyes 9ª de 1989, 388 de 1997 y sus decretos reglamentarios, el Título III del Capítulo I del Código General del Proceso, la ley 1682 de 2013 y demás normas concordantes y vigentes en la materia.”

4. Que, por otra parte, en el Apéndice Técnico No. 7 – Gestión Predial, señala:

4.1. En la Sección 2.7, se define el Cronograma de Adquisición Predial de la siguiente manera: **“Corresponde al cronograma que, en armonía con el Plan de Obras, propondrá el Concesionario para la adquisición de los Predios necesarios para la ejecución del Proyecto. Los plazos previstos en el Cronograma de Adquisición de Predios deberán tener en cuenta que para el inicio de las Intervenciones, el Concesionario deberá (i) haber adquirido; o (ii) demostrar que se tiene disponibilidad sobre el cuarenta por ciento (40%) (ya sea por (i), por (ii) o por la suma de ambos) de la longitud efectiva de los Predios necesarios para la ejecución de la(s) Unidad(es) Funcional(es) que deben acometerse al inicio de la Fase de Construcción.**

Una vez adquiridos, y/o teniendo la disponibilidad de los Predios que constituyen el cuarenta por ciento (40%) de la longitud efectiva de la(s) Unidad(es) Funcional(es) que debe acometerse al inicio de la Fase de Construcción, y en todo caso antes del inicio de las Intervenciones, la Interventoría, el Concesionario y las Gerencias Técnica y Jurídica Predial de la ANI analizarán el cronograma requerido para la adquisición y/o disponibilidad de los Predios necesarios para obtener el sesenta por ciento (60%) restante de la longitud efectiva de la(s) Unidad(es) Funcional(es).

De este análisis se dejará constancia en un acta en la que se plantearán las estrategias encaminadas a la adquisición y/o disponibilidad de Predios que presentan algún tipo de situación especial que dificulte o haga más compleja su adquisición.” (Negrillas y subrayas fuera del texto)

4.2. En la Sección 2.9 define como Gestión Predial lo siguiente:

*“Es el proceso conducente a **obtener la titularidad y disponibilidad del predio** a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura, el cual comprende: a) La Investigación técnica, jurídica, física y socio-económica, en la cual se identifique la relación existente entre los inmuebles requeridos para la ejecución del Proyecto y sus propietarios y /o terceros; los resultados obtenidos se incorporarán en los documentos que conforman el Plan de Adquisición de Predios y los documentos de Gestión Predial, tal como se describe en las secciones 4.1 y 4.2 del presente Apéndice.; b) las actividades necesarias para iniciar y culminar la adquisición del Predio, sea a través de enajenación voluntaria o expropiación; c) las acciones correspondientes para lograr la restitución del espacio público y la adjudicación de baldíos y ejidos; y d) demás acciones tendientes a la*

*obtención de la titularidad de los Predios requeridos para la ejecución del Proyecto.”
(Negrillas y subrayas fuera del texto)*

4.3. Respeto de la entrega del Plan de adquisición de Predios, en la sección 4.1 se señala:

*“(a) En los mismos plazos previstos en la Sección 6.1(a) de la Parte General del Contrato de Concesión para la entrega de la documentación que hace parte de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico, **el Concesionario hará entrega al Interventor del plan de adquisición de Predios, que estará compuesto por los siguientes documentos**, los cuales serán desarrollados con base en información obtenida de manera directa mediante visitas de campo, e información secundaria, en tanto sea relevante:*

(i) Tira Topográfica de la totalidad de los Predios requeridos para las Intervenciones y que hacen parte del Corredor del Proyecto.

(ii) Inventario Predial.

(iii) Investigación Catastral.

(iv) Cronograma de Adquisición de Predios.

*(v) **Metodología de Adquisición de Predios**” (Negrillas y subrayas fuera del texto)*

5. Que, en cuanto a los fondeos de las cuentas del Patrimonio Autónomo, establece el literal (a) de la Sección 4.5 de la Parte Especial del Contrato de Concesión, las siguientes sumas para la Subcuenta Predios:

“(a) Subcuenta Predios.

*El Valor Estimado de Predios y Compensaciones que el Concesionario deberá aportar a la Subcuenta Predios corresponde a la suma de **seiscientos noventa y nueve millones ochocientos ochenta y un mil (\$699.881.000) Pesos del Mes de Referencia**, los cuales deberán estar disponibles en la Subcuenta Predios (...)”*

6. Sobre el Valor Estimado de Predios y Compensaciones Socio Económicas, la Sección 1.164 de la Parte General del Contrato de Concesión, incluye la siguiente definición:

“1.164 “Valor Estimado de Predios y Compensaciones Socio Económicas”

Corresponde al cien por ciento (100%) del valor que deberá ser aportado por el Concesionario en la Subcuenta Predios, en los términos y condiciones señalados en la Parte Especial y que se destinará exclusivamente al pago por la adquisición de Predios a sus dueños y a la ejecución del Plan de Compensaciones Socioeconómicas, de acuerdo con lo previsto en este Contrato, en especial en las Secciones 3.14 (f) y 7.2 de la Parte General. En ningún caso las sumas depositadas en la Subcuenta Predios podrán ser utilizadas para la realización de estudios,

avalúos, servicios legales o cualquier otra actividad relacionada o no con la Gestión Predial, distinta del pago por la adquisición de Predios y las Compensaciones Socioeconómicas.”

- 7. Que el Concesionario manifiesta que con la debida diligencia que realizó durante la etapa licitatoria, concluyó que los análisis técnicos y financieros que debía llevar a cabo para elaborar su propuesta se enmarcaban en un Proyecto de Rehabilitación en donde no habría gestión ni adquisición predial, con excepción de los predios mínimos requeridos, bajo la premisa del Valor Estimado de Predios.*
- 8. Que, de otra parte, el Concesionario en desarrollo de la gestión predial a su cargo, identificó 45 predios de propiedad del INVIAS, que incrementaron los tiempos para realizar dicha gestión.*
- 9. Que, así mismo, en el desarrollo del Contrato y a partir de las precisiones respecto del alcance del proyecto efectuadas en el Otrosí No. 3 del 19 de septiembre de 2016, el Concesionario encontró que era requerida la adquisición de 238 predios, como consta en el Plan de Adquisición Predial No Objetado según comunicación JOYCO 26-10-16/416-2015 del 31 de octubre de 2016, asociados a los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico del Proyecto, ajustados una vez se precisaron las condiciones de diseño, previas a la suscripción del Acta de Inicio de Construcción. Esta situación afectó, igualmente, el plazo de la Fase de Construcción.*
- 10. Que el Concesionario manifiesta que, una vez suscrita el Acta de Inicio de la Fase de Construcción, el 31 de octubre de 2016, se presentaron consecuencias prediales por situaciones de índole técnico, especialmente relacionadas con la detección de zonas inestables no previstas inicialmente, para cuya solución era necesario la adquisición de predios y la consecuente gestión que ésta conlleva, situación notificada a la Entidad y en donde identificó un pico máximo de requerimiento predial de 627 predios.*

Al respecto, la Agencia Nacional de Infraestructura trae a colación lo señalado en el Apéndice Técnico 1 – Alcance del Proyecto del Contrato de Concesión, en las Tablas 9, 17, 23 y 29 así:

*“*Nota: La Información mencionada en la tabla anterior es referencial. En el caso eventual que existan o se generen otras zonas inestables no identificadas anteriormente, es responsabilidad del Concesionario su atención e intervención para cumplir con lo establecido en el presente apéndice y demás documentos del contrato”.*

Por lo anterior, se reconoce la gestión predial adicional que implica la atención de los sitios inestables identificados por el Concesionario.

- 11. Que así mismo el 28 de diciembre de 2018, se suscribió Otrosí No. 7 mediante el cual se sustituyó la obra enunciada en el numeral 3.5 “Puentes Peatonales” del Capítulo III “Instalaciones en el Corredor del Proyecto”²⁵, del Apéndice No. 1 por la construcción de “Pasos Peatonales Seguros”, situación que modificó los requerimientos prediales previstos, con la consecuente actualización del Plan de Adquisición de Predios, y el inicio a partir de dicha fecha de la Gestión Predial que éste conlleva.*

²⁵ Obligación suspendida mediante Acta del 26 de junio de 2018.

12. *Que ante la posición del Concesionario de adquirir predios para la construcción de encoles y descoles, la Interventoría remitió la comunicación 60-06-17/416-2015 del 23 de junio de 2017 (radicado ANI 2017-409-066639-2), lo cual desencadenó diferencias conceptuales entre la Interventoría y el Concesionario frente al tipo de gestión predial a realizar, referentes a las obras de drenaje, encoles y descoles en zonas parciales de predios privados, razón por la cual y a petición del Concesionario según comunicaciones CDS-GA- 872- 2017²⁶ CDS-GA-1051-2017²⁷, CDS-GA-1233-2017²⁸ y CDS-GA-894-2018²⁹, la ANI emitió con oficio 2017-306-031425-1 del 27/09/2017 y aclarada con oficio 2018-606-012030-1 del 20/04/2018, una directriz mediante la cual definió que, para la atención o intervención de las áreas destinadas a la construcción de encoles y descoles de alcantarillas del proyecto, se debía proceder a tramitar la imposición de servidumbres administrativas para los casos de actividades que afectasen conducciones de agua hacia fuentes receptoras o sitios de disposición, y de adquisición predial cuando se demostrase la necesidad de acometer estructuras diferentes a las existentes al recibo del proyecto o aquellos existentes objeto de ampliación, siempre y cuando se ubicasen en predios que no fueren propiedad del Estado.*
13. *Que de acuerdo con lo expuesto, y atendiendo el alcance de la directriz ANI, efectuada mediante los oficios 2018-606-012030-1 y 2018-606-014032-1, recibidos por el Concesionario el 24 de Abril y 10 de mayo del 2018, éste con comunicación CTS-563-2018 del 27 de Junio de 2018³⁰ remitió a la Interventoría nuevamente para que fueran aprobadas bajo la imposición de servidumbres 25 Carpetas Prediales las cuales ya contaban previamente por parte de la Interventoría con la aprobación técnica y jurídica para el proceso de enajenación voluntaria, situación que generó la necesidad de modificar los insumos.*
14. *Que sin embargo para aquellos predios donde convergen obras hidráulicas y otras obras a ejecutar (Predios mixtos), dada la doble gestión predial que esto conlleva, el Concesionario con comunicación CTS-463-2018³¹, solicitó a la Entidad avalar un solo acto administrativo, comunicación respondida con oficio ANI 2018-606-023443-1 del 26 de Julio de 2018, en donde se ratificó por parte de la ANI, que se debe adelantar la gestión de adquisición predial y de imposición de servidumbre de forma paralela.*
15. *Que el Concesionario manifiesta que ha llevado a cabo actividades con el fin de minimizar el impacto generado por la Gestión Predial requerida para el Proyecto, tales como la optimización de diseños, reduciendo el número de predios requeridos, siendo a la fecha requeridos un total de 477, de los cuales 111 se tramitan para proceso de imposición de servidumbre onerosa y 59 que se trata de predios mixtos.*

Al respecto la ANI pone de presente la asignación de riesgos pactada en la Parte General del Contrato de Concesión, en la Sección 13.2 (a) (vi) en cabeza del Concesionario, así:

²⁶ Radicado ANI 2017-409-073034-2 – del 12/07/2017

²⁷ Radicado ANI 2017-409-083729-2 del 8/08/2017

²⁸ Radicado ANI 2017-409-095026-2 del 5/09/2017

²⁹ Radicado ANI 2018-409-029863-2 – del 23/03/2018

³⁰ Radicado ANI 2018-409-065349-2 del 03/07/2018

³¹ Radicado ANI 2018-409-066797-2 del 05/07/2018

“(vi) Los efectos favorables o desfavorables derivados de los Estudios de Detalle y Estudios de Trazado y Diseño Geométrico o cualquier otro componente de diseño, sobre la programación de obra, sobre los costos, y/o en general sobre cualquier situación que pueda verse afectada como consecuencia de su ejecución durante cualquiera de las etapas, en los términos establecidos en el presente Contrato”.

16. *Que la Sección 7.2 (e) de la Parte General del Contrato señala: “La totalidad de los montos a cargo de la ANI, de conformidad con lo previsto en la Sección 7.2 (d) anterior, previa aprobación de la ANI, serán aportados por el Concesionario y reembolsados por la ANI, (...)” - Subraya fuera de texto. Aprobación solicitada por el Concesionario mediante comunicaciones CDS-GA-1149-2018 (radicado ANI 2018-409-034090-2 del 6 de abril de 2018), CTS-145-2018 (radicado ANI 2018-409-042144-2 del 27 de abril del 2018), CTS-270-2018 (radicado ANI 2018-409-049343-2 del 18 de mayo del 2018), CTS-798-2018 (radicado ANI 2018-409-067585-2 del 09 de julio del 2018).*
17. *Que mediante comunicación CDS-GA-1064-2016 del 24 de octubre del 2016³², el Concesionario señaló que respecto de la estimación económica del Plan de Adquisición de Predios entregado y como resultado de un ejercicio preliminar, éste sobrepasaba el valor estimado para adquisición de predios y compensaciones socioeconómicas contemplado en el literal a) de la Sección 4.5 de la Parte Especial del Contrato de Concesión, notificando un valor proyectado de adquisición predial de \$3.684.100.950.*
18. *Que con posterioridad el Concesionario, mediante comunicaciones CDS-GA 1400-2017 del 02 de octubre del 2017³³ y CDS-GA-1529-2017 del 18 de octubre del 2017³⁴, informó que en el mes de octubre del año 2017, se alcanzaría el 90% del valor contractual estimado para la adquisición predial y compensaciones socioeconómicas.*
19. *Que con comunicaciones CDS-GA-1149-2018 del 04 de abril del 2018³⁵, CTS-145-2018 del 27 de abril del 2018³⁶ y CTS-270-2018 del 15 de mayo del 2018³⁷, el Concesionario señaló que por mandato contractual debía fondear la Subcuenta Predios hasta llegar al 120%, señalando igualmente que dicho monto no alcanzaría a cubrir el valor que suma la totalidad de los avalúos aprobados y de aquellos que fueran elaborados con posterioridad.*
20. *Que el 29 de Mayo del 2018, la Agencia Nacional de Infraestructura, mediante oficio 2018-306-015818-1 del 24 de mayo de 2018, remitió el Instructivo ANI GCSP-I-016 “Instructivo para la previa aprobación de aportes de los concesionarios, los cuales será reembolsados por la ANI del 27/06/2017”, en el cual se establece que para autorizar el fondeo de los recursos necesarios para ofertar la compra de predios que hace parte del riesgo a cargo de la ANI, se encuentra condicionado al cumplimiento entre otros de la celebración de comités con dicha finalidad, toda vez que el Contrato establece que, previamente a efectuar las Ofertas de Compra, la ANI debe*

³² Radicado ANI 2016-409-096890-2 del 25/10/2016 – Radicado Joyco 99835 del 25/10/2016

³³ Radicado ANI 2017-409-106353-2 del 04/10/2017 – Radicado Joyco 107005 del 04/10/2017

³⁴ Radicado ANI 2017-409-111568-2 del 18/10/2017 – Radicado Joyco 107291 del 18/10/2017

³⁵ Radicado ANI 2018-409-034090-2 del 06/04/2018 – Radicado Joyco 110965 del 06/04/2018

³⁶ Radicado ANI 2018-409-042144-2 del 27/04/2018 – Radicado Joyco 111523 del 24/04/2018

³⁷ Radicado ANI 2018-409-049343-2 del 18/05/2018 – Radicado Joyco 111982 del 18/05/2018

contar con la disponibilidad del cien por ciento (100%) del valor de los avalúos comerciales ofertados y de las Compensaciones Socioeconómicas.

- 21.** *Que mediante comunicaciones CTS-438-2018 del 08 de junio de 2018 y CTS-627-2018 del 18 de junio de 2018; CTS-740-2018 del 13 de julio de 2018; CTS-1046-2018 del 31 de julio de 2018 y CTS-1205-2018 del 15 de agosto de 2018, CTS-2389-2018 del 20 de Noviembre del 2018, CTS-2668-2018 del 28 de Diciembre del 2018, CTS-0151-2019 del 18 de Enero del 2019, CTS-235-2019 del 04 de Febrero del 2019, CTS-288-2019 del 12 de Febrero del 2019, el Concesionario solicitó a la ANI la convocatoria a los comités para la aprobación de los fondeos correspondientes al riesgo predial en el porcentaje a cargo de la ANI.*
- 22.** *Que el 29 de agosto de 2018 y el 04 de septiembre de 2018, se realizaron el primero y segundo Comité de Previa aprobación de aportes, en virtud de los cuales la ANI, según oficio ANI 2018-604-039081-1, recibido el 27 de noviembre de 2018, permitió la realización del fondeo a la Subcuenta Predios por parte del Concesionario de los valores sometidos a decisión en los citados comités. Así mismo el 13 de febrero de 2019, se llevó a cabo el tercer Comité.*

Al respecto la ANI manifiesta que el lapso transcurrido entre la celebración de los comités y la aprobación del fondeo obedeció al cruce de observaciones y atención a las mismas entre la ANI, la Interventoría y el Concesionario.
- 23.** *Que con posterioridad, y con la voluntad de las partes especialmente con la suscripción del Otrosí No.7, el cual prevé aportes por parte del Concesionario a la Subcuenta de Excedentes ANI (la cual cubre riesgos a cargo de ésta), se viene solventando lo relacionado con la aprobación del fondeo de la Subcuenta Predios, de conformidad con lo señalado en los numerales (i), (ii) y (iii) del literal (d) de la Sección 7.2 de la Parte General del Contrato. Sin embargo, el trámite de aprobación de los señalados fondeos impactó los tiempos previstos para las ofertas formales de compra y trámites subsiguientes, de conformidad con lo establecido en el Contrato de Concesión.*
- 24.** *Que, por las situaciones fácticas descritas, se hace materialmente imposible la terminación de las intervenciones previstas en los plazos actuales de la Fase de Construcción.*
- 25.** *Que mediante comunicación CDS-GA-0883-2018 del 5 de marzo de 2018, el Concesionario procedió a exponer la ocurrencia de un Evento Eximente de Responsabilidad con el fin de lograr el otorgamiento de un “periodo especial” de 270 días en las unidades funcionales 2, 3 y 4 y de 360 días en la unidad funcional 1, adicionales a los plazos inicialmente previstos.*
- 26.** *Que el Concesionario, mediante comunicación CTS-006-2018 del 20 de abril de 2018, de conformidad con lo señalado en la cláusula 4.9³⁸ de la Parte General del Contrato de Concesión,*

³⁸ Plazo Adicional sin Sanciones para el Concesionario:

- (a) Antes de que se venza el plazo previsto en el Plan de Obras para completar una Unidad Funcional, el Concesionario podrá solicitar una extensión de dicho plazo, sin necesidad de demostrar que la necesidad de la extensión es por razones que no le son imputables (...)
- (b) La solicitud deberá presentarse con al menos treinta (30) Días de anticipación a la fecha originalmente prevista para la completa terminación de la Unidad Funcional respectiva, mediante Notificación dirigida tanto a la ANI como al Interventor y con copia a los Prestamistas. (...)

procedió a elevar solicitud de otorgamiento de un Plazo Adicional sin sanciones por una extensión de noventa (90) días para la ejecución de las Intervenciones previstas en la Unidad Funcional 1.

- 27.** *Que el 20 de septiembre de 2018, el Concesionario radicó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento ante la Cámara de Comercio de Bogotá.*
- 28.** *Que mediante oficio radicado ANI 2018-306-034314-1 del 11 de octubre de 2018, la ANI aceptó la aplicación de la Cláusula 4.9³⁹ de la Parte General del Contrato de Concesión, para el plazo adicional correspondiente a la Unidad Funcional 1, de 90 días, habiéndose presentado el respectivo Plan de Obras ajustado, mediante comunicaciones CTS-1742-2018 y CTS-1973-2018 y según consta en Acta de fecha 16 de octubre de 2018. Como consecuencia de lo descrito el plazo efectivo para el inicio de la entrega de la Unidad Funcional 1 estaba previsto para el día 20 de enero de 2019.*
- 29.** *Que con oficio JOYCO 90-10-18/416-2015, la interventoría del Proyecto emitió la no objeción al ajuste del Plan de Obras.*
- 30.** *Que el numeral 4.2 de la Parte Especial del Contrato de Concesión señala:*
- (...) (f) Al culminar las obras previstas, es decir cuando se firme el Acta de Terminación de la Unidad Funcional 4 “Santa María – Aguaclara”, se va a instalar la Estación de Peaje de San Luis de Gaceno como consecuencia de la intervención realizada sobre la vía. Las tarifas a cobrar expresadas en pesos del Mes de Referencia serán las establecidas en la Sección 4.2. (a).*
- (j) El inicio del cobro de esta tarifa, se hará en los primeros diez (10) Días del mes siguiente a aquel en el que se haya firmado el Acta de Terminación de la Unidad Funcional 4 “Santa María – Aguaclara” y se haya instalado la Estación de Peaje San Luis de Gaceno (...)*
- 31.** *Que con ocasión del plazo adicional que se acordará para terminación de las intervenciones de Construcción correspondientes a la Unidad Funcional 4, las partes acordarán un mecanismo con la finalidad de mitigar eventuales afectaciones sobre el recaudo de peaje no asociadas al tráfico, que corresponde a un riesgo a cargo de la ANI, en virtud del Contrato de Concesión.*
- 32.** *Que de conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la Ley 1508 de 2012, el derecho a la retribución se condiciona a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de los niveles de servicio y estándares de calidad, indicadores pactados por las partes en el Contrato de Concesión, Apéndice Técnico 4 – Indicadores.*

³⁹ Plazo adicional sin sanciones para el concesionario:

- a) Antes de que se venza el plazo previsto en el Plan de Obras para completar una unidad funcional, el concesionario podrá solicitar una extensión de dicho plazo, sin necesidad de demostrar que la necesidad de la extensión es por razones que no le son imputables (...)
- b) La solicitud deberá presentarse con al menos treinta (30) días de anticipación a la fecha originalmente prevista para la completa terminación de la Unidad Funcional respectiva, mediante notificación dirigida tanto a la ANI como al interventor y con copia a los prestamistas (...)

33. *Que las partes reconocen que cada una tiene un convencimiento del proceder de buena fé de la otra en las interpretaciones que le está dando a las nociones contractuales objeto de sus diferencias.*
34. *Que, encontrándose las Partes a la fecha en distintas tratativas para asegurar el desarrollo del Proyecto, y considerado que tienen bases de juicio suficientes para revisar sus propias interpretaciones y actuaciones con el ánimo de conciliar sus diferencias, plantean en virtud del presente documento las bases con las cuales pretenden dar una atención a las controversias existentes entre las mismas, llegando a las siguientes conclusiones:*
- 34.1. *Que lo fundamental es salvaguardar el patrimonio del Estado y el ordenamiento jurídico, y en ese contexto buscar soluciones que aseguren la satisfacción de la finalidad buscada con la celebración del Contrato de Concesión, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 80 de 1993.*
- 34.2. *Que el juez competente para dirimir la controversia generada por la alegada ocurrencia de condiciones imprevistas, extraordinarias e inesperadas, desde el diseño e inicio de la ejecución de las intervenciones de rehabilitación y aquellas específicas de mejoramiento -y demás cambios en las condiciones iniciales-, concretamente con relación a las actividades de ingeniería, gestión y adquisición predial y gestión ambiental, así como las demás acciones u omisiones que afectaren las condiciones de ejecución previstas inicialmente, es el Tribunal de Arbitramento convocado.*
- 34.3. *Que las Partes, en desarrollo de los distintos acercamientos suscitados en pro de resolver las controversias de carácter contractual, y toda vez que se evidencian situaciones de carácter objetivo que pueden generar efectos desfavorables para las mismas, sobre la cantidad de eventos imprevistos y extraordinarios que se han presentado a lo largo de la ejecución contractual, coinciden en la necesidad de que el Concesionario cuente con un término adicional para la debida ejecución del Contrato de Concesión, incluyendo la ejecución de las Intervenciones y el cumplimiento de las demás obligaciones contractuales asociadas a las Intervenciones.*
- 34.4. *Que para dichos efectos establecerán de mutuo acuerdo las bases con las cuales se determinará razonablemente el nuevo término en el que se prorrogará la Fase de Construcción, y con ello cada una de las Unidades Funcionales que la conforman, atendiendo los efectos de las situaciones en comento.*
- 34.5. *Que, así mismo, esclarecerán los procedimientos y los tiempos con los cuales se continuará con el avance de los cronogramas de actividades del Concesionario, en especial con lo referente a las respectivas autorizaciones de la ANI para el fondeo de la Subcuenta Predios.*
- 34.6. *Que, en razón a que se suscitará el reconocimiento de situaciones de carácter objetivo, que eventualmente pueden desencadenar efectos desfavorables para la Partes de acuerdo con el numeral 31 anterior, se definirá entre las mismas los mecanismos mediante los cuales se mitigarán los efectos e impactos económicos que pudieren generarse sobre el pago de*

Retribución al Concesionario y los DR8, DR13 y DR18, de tal manera que se preserve el balance económico del Contrato.

- 34.7. Que reconoce la ANI que el comportamiento y ejecución contractual por parte del Concesionario siempre ha estado precedido de la buena fé, sus actuaciones en este caso fueron legítimas, con independencia de que la Entidad estuviese o no de acuerdo, y así lo evidencia al llegar al presente acuerdo conciliatorio.*
- 34.8. Teniendo en cuenta que las Partes pueden llegar a un acuerdo conciliatorio en cualquier etapa o estado en el que se encuentre el proceso, las partes se comprometen a llevar a cabo audiencia de conciliación ante el Tribunal Arbitral y el Ministerio Público, acordando lo que adelante se consigna.*
- 35. Finalmente, que las Partes, luego de varias reuniones, han manifestado su ánimo conciliatorio para resolver las diferencias resultantes de la demanda arbitral en curso, solucionándolas amigablemente;*
- 36. La conciliación, que está contenida en la segunda parte de este documento, comprende todas las pretensiones de la demanda arbitral del 20 de septiembre de 2018 y se considera favorable para el desarrollo del Proyecto concesionado.*

4. En tal sentido, el Señor Procurador 9 Judicial Administrativo señaló en su concepto:

“... De conformidad con las consideraciones y reflexiones planteadas a lo largo del concepto, a título de conclusiones podemos señalar:

3.5.1.- La acción (hoy medio de control) de controversias contractuales previsto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, ejercida por la parte convocante admite y es susceptible de la conciliación.

3.5.2.- En el presente caso, como quiera que en la actualidad el contrato de concesión se encuentra en ejecución, no existe la menor duda de que no ha operado la caducidad de la acción para ejercer la pretensión de controversias contractuales.

3.5.3.- El acuerdo conciliatorio está suscrito, por quienes tienen la capacidad para ello acreditaron que son competentes para actuar, y cuentan con la facultad para suscribirlo.

3.5.4.- De conformidad con la Certificación del Comité de Conciliación de la ANI suscrita por el Secretario Técnico del mismo, decidió por unanimidad aprobar el texto del acuerdo conciliatorio presentado, se acredita el cumplimiento del requisito, de que el acuerdo debe ser aprobado por el comité de conciliación de la ANI.

3.5.5.- *Es evidente y claro que el acuerdo conciliatorio es de contenido económico y de carácter particular y concreto, en la medida en que se está disponiendo y resolviendo sobre pretensiones económicas derivadas de las obligaciones que las partes adquirieron al celebrar el Contrato de Concesión 009 de 2015*

3.5.6.- *En el Acuerdo Conciliatorio no existe una fórmula ventajosa para la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI**, ni una previsión o acuerdo desproporcionado y desventajoso para **CONCESION TRANSVERAL DEL SISGA S.A.S.** e razón por la cual se puede establecer que no es producto del abuso de la posición dominante de la entidad pública.*

3.5.7.- *Por las consideraciones y análisis de las pruebas allegadas con el acuerdo conciliatorio, dando aplicación al principio de la buena fe, teniendo en cuenta la responsabilidad personal e institucional de diferente índole que tienen los funcionarios, servidores, interventores que suscribieron las certificaciones, dictámenes y conceptos sobre los asuntos que se concilia, podemos decir que el acuerdo conciliatorio cuenta, en relación con los puntos del Acuerdo con las pruebas necesarias y suficientes*

3.5.8.- *Finalmente podemos decir que si existe congruencia del Acuerdo con las pretensiones de la demanda.*

CONCLUSION

*Expuestas las consideraciones, y las conclusiones que se acaban de anotar, encuentra esta Agencia del Ministerio Público, en virtud de las atribuciones que le ha conferido la Constitución Política y la Ley, respecto de la defensa del patrimonio público, el orden jurídico y los derechos y garantías fundamentales que, **el Acuerdo Conciliatorio propuesto por las partes**, reúne los requisitos que exige el ordenamiento jurídico colombiano para su aprobación...”*

5. Finalmente, según lo convenido por las Partes en el numeral 2.5 de la cláusula segunda del Acuerdo Conciliatorio, los costos legales por honorarios y gastos administrativos del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá correspondientes a la conciliación, serán asumidos íntegramente por la convocante.

En consecuencia, el Tribunal aprobará el acuerdo conciliatorio, en cuanto las partes, en ejercicio de la facultad de disposición permitida por la ley, han convenido los desistimientos, entendimientos y compromisos previamente trascritos, de manera que no es necesario por parte del Tribunal ningún pronunciamiento adicional o distinto en relación con las controversias relacionadas con dicho contrato planteadas en la demanda y su contestación, para cuya resolución fue concedida la habilitación por las partes a los árbitros.

3. Determinación de costos legales

Por cuanto el Tribunal aprobará la conciliación lograda por las partes, en tanto, el proceso se encuentra en la fase de la Conciliación y el acuerdo conciliatorio ocurre antes de la celebración de la primera audiencia de trámite, de conformidad con lo establecido en el artículo 37 del decreto 1829 de 2013, que fue unificado por el artículo 2.2.4.2.6.2.6. del decreto 1069 de 2015, procede fijar los costos legales por honorarios y gastos administrativos del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a cuyo efecto, son pertinentes las siguientes consideraciones:

El artículo 37 del decreto 1829 del 27 de agosto de 2013 establece:

“Artículo 37. Tarifas en asuntos con conciliación dentro del proceso arbitral. Cuando el proceso de arbitraje culmine por conciliación, se cancelará el monto establecido para los trámites conciliatorios.”

Por su parte el artículo 2.2.4.2.6.2.6. del decreto 1069 de 2015, señala:

“Artículo 2.2.4.2.6.2.6. Tarifas en asuntos con conciliación dentro del proceso arbitral. Cuando el proceso de arbitraje culmine por conciliación, se cancelará el monto establecido para los trámites conciliatorios.”

El Art. 26 del citado decreto 1829 del 27 de agosto de 2013 (subrogado por el artículo 2.2.4.2.6.1.1 del Decreto 1069 de 2015, a su vez subrogado por el artículo 4º del Decreto 2462 de 2015) define las tarifas para los trámites conciliatorios en los siguientes términos:

“TARIFAS MÁXIMAS PARA LOS CENTROS DE CONCILIACIÓN. Las tarifas máximas que podrán cobrar los Centros de Conciliación de entidades sin ánimo de lucro no podrán superar los siguientes montos:

CUANTÍA DE LA PRETENSIÓN SOMETIDA A CONCILIACIÓN (Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes - SMLMV)	TARIFA
Menos de 8	9 SMDLV
Entre 8 e igual a 13	13 SMDLV
Más de 13 e igual a 17	16 SMDLV
Más de 17 e igual a 35	21 SMDLV
Más de 35 e igual a 52	25 SMDLV

Los Centros de Conciliación fijarán, en su reglamento interno, la proporción de dichas tarifas que corresponderá al conciliador.

En ningún caso el conciliador podrá recibir directamente pago alguno por cuenta de las partes. Cuando el trámite conciliatorio sea adelantado por un conciliador autorizado para la realización de audiencias por fuera de las instalaciones del Centro, el convocante cancelará la totalidad de la tarifa ante el Centro de Conciliación.

“PARÁGRAFO. La tarifa máxima permitida para la prestación del servicio de conciliación será de treinta salarios mínimos legales mensuales vigentes (30 SMLMV).”

Revisada la anterior normatividad, observa el Tribunal que por la cuantía de la controversia estimada en el juramento estimatorio (\$8.043.650.061), el monto de los honorarios a fijar corresponde al tope legal previsto para la conciliación, esto es, en una suma equivalente a 30 SMMLV más IVA, la cual se encuentra autorizada en el propio acuerdo conciliatorio. A tales efectos señala:

“2.5. Que el Concesionario asumirá todos los costos y gastos que requiera la conciliación, en especial los honorarios de los árbitros, del secretario y los gastos de la Cámara de Comercio, a las tarifas fijadas por el Centro de Conciliación y Arbitraje para la conciliación, cuya cuantía máxima asciende a 30 SMLMV”⁴⁰

En consecuencia, las sumas que el Tribunal fijará como honorarios de los árbitros y la secretaría, así como los gastos del Centro de Arbitraje, y la forma de pago es la siguiente:

CONCEPTO	BASE CÁLCULO SMLMV 2019 (\$828.116)	VALOR	Valor a pagar Parte Convocante más IVA	Valor a pagar Parte Convocada más IVA
Honorarios David Luna Bisbal	30 SMLMV	\$ 24'843.480	\$29'563.741	\$ 0
Honorarios Ricardo Hoyos Duque	30 SMLMV	\$24'843.480	\$29'563.741	\$ 0
Honorarios William Barrera Muñoz	30 SMLMV	\$24'843.480	\$29'563.741	\$ 0
Honorarios Adriana Polidura	15 SMLMV	\$12'421.740	\$14'781.871	\$ 0
Gastos del centro de arbitraje	15 SMLMV	\$12'421.740	\$ 14'781.871	\$ 0
TOTAL		\$ 99'373.920	\$ 118'254.965	\$0

Respecto de la forma de pago de la suma total que por tales conceptos será decretada, el Tribunal ordenará en cumplimiento del acuerdo conciliatorio, que el mismo se asuma por la convocante, de manera que ella efectuará el pago del 100%

⁴⁰ Marco Tarifario de la Conciliación en Derecho del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, artículo 8.19.

dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia. Se precisa en este sentido que los pagos deberán realizarse directamente a cada una de las personas que integran este Tribunal y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ya que una vez se produzca la ejecutoria de este auto el Tribunal concluye en sus funciones y los árbitros y el secretario no ejercerán ya dicha función para este trámite en particular.

Por lo expuesto, el Tribunal,

RESUELVE:

PRIMERO: Aprobar el acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes de este proceso de fecha diecisiete (17) de abril de dos mil diecinueve (2019) y contenido en el documento radicado el tres (3) de julio de dos mil diecinueve (2019), en los términos expuestos en las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, ordenar a las partes dar estricto cumplimiento a los acuerdos y prestaciones mutuas que fueron materia de la conciliación y que son objeto de aprobación en esta providencia, en los términos y condiciones pactados por ellas.

TERCERO: Como consecuencia de la conciliación que se aprueba:

3.1. Aceptar el desistimiento total, incondicional y definitivo de todas las pretensiones incluidas en la demanda arbitral presentada el 20 de septiembre de 2018.

3.2. Declarar terminado el presente trámite arbitral.

CUARTO: El acuerdo conciliatorio que se aprueba hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo en los términos de la ley.

QUINTO: De conformidad con lo dispuesto en los artículos 26, 32, 34 y 37 del decreto 1829 de 2013, en concordancia con el artículo 2.2.4.2.6.1.1 del Decreto 1069 de 2015, subrogado por el artículo 4º del Decreto 2462 de 2015, fijar las siguientes sumas por concepto de honorarios de los árbitros, de la secretaria y gastos del Centro de Arbitraje, que deberán ser pagadas por la convocante, de conformidad con lo estipulado en el Acuerdo Conciliatorio y lo expuesto en la parte motiva de esta providencia:

CONCEPTO	BASE CÁLCULO SMLMV 2019 (\$828.116)	VALOR	Valor a pagar Parte Convocante más IVA	Valor a pagar Parte Convocada más IVA
Honorarios David Luna Bisbal	30 SMLMV	\$ 24'843.480	\$29'563.741	\$ 0
Honorarios Ricardo Hoyos Duque	30 SMLMV	\$24'843.480	\$29'563.741	\$ 0
Honorarios William Barrera Muñoz	30 SMLMV	\$24'843.480	\$29'563.741	\$ 0
Honorarios Adriana Polidura	15 SMLMV	\$12'421.740	\$14'781.871	\$ 0
Gastos del centro de arbitraje	15 SMLMV	\$12'421.740	\$ 14'781.871	\$ 0
TOTAL		\$99'373.920	\$ 118'254.965	\$0

PARÁGRAFO PRIMERO: Las sumas decretadas, incrementadas con el monto que corresponda a la aplicación del IVA, deberán ser pagadas directamente por la convocante a cada una de las personas a cuyo favor se decretan y al Centro de Arbitraje, efectuando las respectivas retenciones a que legalmente haya lugar, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia.

PARÁGRAFO SEGUNDO: En relación con los honorarios de los integrantes del Tribunal, se informa a las partes que ellos pertenecen al régimen común, por ende, debe cancelarse un 19% adicional sobre los honorarios fijados a su favor, por ser responsables del IVA.

PARÁGRAFO TERCERO: En cuanto a los gastos del Centro de Arbitraje, se advierte a las partes que la Cámara de Comercio de Bogotá es una entidad responsable de IVA (Régimen Común) y no es contribuyente de impuesto sobre la renta, por lo tanto, no deben practicarse retenciones.

SEXTO: Ordenar que por Secretaría se expida copia auténtica de la presente providencia para las partes, con constancia de ejecutoria y de que se trata de la Primera copia con mérito ejecutivo, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1° del artículo 1° de la Ley 640 de 2001. Expídase igualmente copia al Ministerio Público, a los árbitros y secretaria con las constancias de ley.

SEPTIMO: Ordenar a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, que dentro de los tres (3) días siguientes a la presente providencia informe a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado acerca de la terminación de este arbitraje. El cumplimiento de esta orden deberá acreditarse en el expediente.

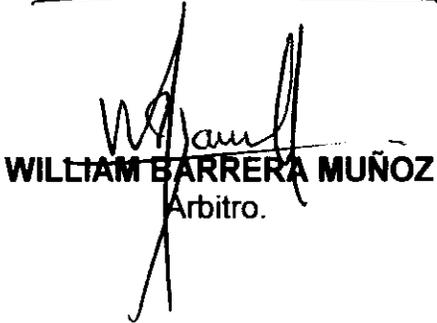
OCTAVO: Al tenor del artículo 47 de la Ley 1563 de 2012, disponer que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

La anterior providencia quedó notificada en audiencia.

Concluida la audiencia, se firma el acta por los asistentes.


DAVID LUNA BISBAL
Presidente


RICARDO HOYOS DUQUE
Árbitro


WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Árbitro.


ADRIANA POLIDURA CASTILLO
Secretaria


CLAUDIA PATRICIA BARRANTES VENEGAS
Apoderada Concesión Transversal del Sisga SAS


ALEJANDRO GUTIÉRREZ RAMÍREZ
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI


ÁLVARO RAÚL TOBO VARGAS
Procurador 9 Judicial Administrativo de Bogotá