

- Cumplimiento de los cronogramas y entrega efectiva de las obras.
- Entrega de las obras del Adicional 2 al Contrato de Concesión No. 002 de 2006.
- Ejecución de las labores de mantenimiento de los pavimentos, parcheo, bacheo, carpeta asfáltica y señalización de los distintos Tramos.
- Cumplimiento de las labores de señalización.
- Construcción y operación de las Áreas de Servicio de Lebrija y Rionegro.
- Cumplimiento de las obligaciones ambientales de conformidad con lo señalado en la cláusula 7 y 35 del Contrato de Concesión No. 002 de 2006.
- Construcción y operación de las estaciones de pesaje.
- Cumplimiento de las condiciones de pavimento.

xv. El Concesionario cumplió con su obligación de entregar a una fase de mayor detalle los diseños del viaducto del Tramo 5.

xvi. La entrega efectiva de las obras en los Tramos 1, 2, 3, 4, 8, 9 y 10 por parte del Concesionario.

xvii. La falta de dirección e interventoría del Contrato de Concesión No. 002 de 2006 es imputable a la ANI.

xviii. Im procedencia de las disminuciones del ingreso aplicadas al Concesionario por parte de la ANI.

xix. Compensación.

xx. La ejecución del Contrato se ha visto impactada por situaciones de carácter imprevisible.

xxi. Es la ANI quien en efecto ha incumplido el Contrato de Concesión No. 002 de 2006.

xxii. La ANI ha abusado de su posición de dominio de carácter contractual.

10.9. Pronunciamiento sobre las excepciones de mérito formuladas en el escrito de contestación de la reforma de la demanda de reconvención

**PRIMERA
COPIA**

La parte convocada, a través de escrito fechado de diez (10) de abril de 2013, describió el traslado de las excepciones de mérito formuladas en la contestación de la reforma de la demanda de reconvención⁴⁹.

11. Acuerdo Conciliatorio Parcial suscrito por las partes el 23 de enero de 2014

El día veintitrés (23) de enero de 2014⁵⁰, los apoderados judiciales de las partes radicaron en las oficinas de la secretaría un *Acuerdo Conciliatorio Parcial*, por medio del cual desistieron mutuamente de algunas pretensiones formuladas en sus respectivos escritos de demanda arbitral reformada y demanda de reconvención reformada, acuerdo que fue aprobado por el Tribunal Arbitral mediante Acta No. 32, Auto No.42 del veintiséis (26) de marzo de dos mil catorce (2014)⁵¹ en atención a las siguientes consideraciones:

11.1. El acuerdo conciliatorio en los términos en que fue presentado por las partes, estaba referido simplemente a un desistimiento mutuo de algunas pretensiones propuestas en la reforma de la demanda arbitral y en la reforma de la demanda de reconvención. Concretamente, la parte convocada desistió de las siguientes pretensiones formuladas en la reforma de la demanda de reconvención:

“SEGUNDA. Que se declare que el Concesionario no ha entregado los puentes del Río de Oro y el Paseo de las Frutas previstos en el Contrato de Concesión No. 002 de 2006 y el mantenimiento rutinario, e incumplió injustificadamente el cronograma de obras de alcance progresivo para su entrega. [Frente a esta pretensión se desistió únicamente del aparte subrayado]

“TERCERA. Que se declare que el Concesionario incumplió injustificadamente con las obligaciones a su cargo, contenidas en el numeral 4.1.3.1 “Estaciones de pesaje”, del Apéndice B “Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario”, al no tener en funcionamiento todas las estaciones de pesaje fijas, y la estación de peaje móvil, en los plazos y términos establecidos en el texto del contrato. [Frente a esta pretensión se desistió únicamente del aparte subrayado]

⁴⁹ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 001911 a 001922.

⁵⁰ Cuaderno Principal No. (Acta No, 30) y el acuerdo conciliatorio. Folios

⁵¹ Cuaderno Principal No. (Acta No. 32)

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A. CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-
ACTA No. 65 – AUTO No. 77
Por el cual se aprueba el Acuerdo de Conciliación

“CUARTA. Que se declare que el Concesionario incumplió injustificadamente con lo establecido en el numeral 4.2.1 “Áreas de servicio” del Apéndice B del Contrato de Concesión No. 002 de 2006, al no haber cumplido con los requisitos mínimos contractuales en relación con el área de servicio del sector de Lebrija, que coincide con el Centro de Control de Operaciones – CCO, ni en lo que respecta a zonas de alimentación, puestos de parqueo, oficina de Policía de Carreteras y enfermería dotada, no con el área de servicio del sector de Rionegro.

(...)

“SEXTA. Que se declare que el Concesionario incumplió injustificadamente con lo establecido en el numeral 2.8 “Tramo 8” del Apéndice A del Contrato, por no cumplir con la Rehabilitación y Mantenimiento de este sector en longitud aproximada de 2.6 KMS.

(...)

“CUADRAGÉSIMA PRIMERA. Que, teniendo en cuenta los graves y reiterados incumplimientos en que ha incurrido el Concesionario en la ejecución del Contrato, solicito al Honorable Tribunal que, conforme a lo estipulado en el artículo 1546 del Código Civil, declare la resolución del mismo por culpa del Concesionario.”

Por su parte, la parte convocante desistió de las pretensiones décima y cuadragésima tercera principales formuladas en el escrito de demanda arbitral reformada, en las cuales se solicitó lo siguiente:

“DÉCIMA.- Que se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI- incumplió el Contrato de Concesión No. 002 de 2006 al no reconocer ni pagar las sumas correspondientes a las compensaciones tarifarias de acuerdo con lo previsto en las cláusulas 14 y 19 del Contrato.

(...)

“CUADRAGÉSIMA TERCERA.- Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI- al pago de lo debido por compensaciones tarifarias de acuerdo con lo previsto en las cláusulas 14 y 19 del Contrato más los correspondientes intereses.”

11.2. En estos términos las partes concibieron y celebraron el denominado “Acuerdo Conciliatorio”, el cual fue aprobado por el Tribunal mediante Acta No.32, Auto No.42 del veintiséis (26) de marzo de dos mil catorce (2014), advirtiendo en dicha

oportunidad que las pretensiones objeto de desistimiento por cada una de las partes quedaban excluidas de "... *consideración y decisión alguna en el marco del presente trámite arbitral, lo cual implica que, a su vez, ningún juicio pueda realizarse en lo que tiene que ver con el cumplimiento o no de los hechos condicionantes acordados por las partes en el referido "Acuerdo Conciliatorio", pues dicha circunstancia será del todo ajena a la competencia de este Tribunal de Justicia*".

12. Acuerdo Conciliatorio para la terminación anticipada del Contrato de Concesión No. 002 de 2006.

El diecisiete (17) de noviembre de dos mil quince (2015), se suscribió entre el doctor **Germán Córdoba Ordoñez**, representante legal de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** y la doctora **Olga Lucía Rodríguez Guzmán**, representante legal la sociedad **AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A.**, Acuerdo Conciliatorio para la terminación anticipada por mutuo acuerdo del Contrato de Concesión No. 002 de 2006, conciliando y resolviendo de manera definitiva todas las controversias que se habían sometido a la decisión del presente Tribunal Arbitral.

El texto del referido Acuerdo de Conciliación corresponde, *in extensum*, al contenido que se transcribe a continuación:

"CONSIDERACIONES:

"1. Que el 29 de diciembre de 2006, se suscribió entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO – hoy ANI y la Sociedad AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A., el Contrato de Concesión No. 002 de 2006, con el siguiente objeto "(...) otorgamiento al Concesionario de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 4 de la Ley 80 de 1993 y en la Ley 105 del mismo año, realice por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, gestión predial, gestión social, gestión ambiental, financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del proyecto de concesión vial "Zona Metropolitana de Bucaramanga – ZMB ""

"2. Que de conformidad con el Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011, se cambió: "la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones – INCO- de establecimiento público a Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, que se denominará AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, adscrita al Ministerio de Transporte."

PRIMERA
COPIA

“3. Que el Decreto 1745 de 2013, establece en su artículo segundo, la función de representación legal de la Vicepresidencia Ejecutiva de la Agencia Nacional de Infraestructura, así:

“Ejercer la representación legal y judicial de la Agencia Nacional de Infraestructura y designar apoderados que la represente en asuntos judiciales y extrajudiciales, para la defensa de los intereses de la misma, en los contratos que le sean asignados por el Presidente de la Agencia con la recomendación del Consejo Directivo”.

“4. Que mediante memorando interno No. 2013-400-007712-3 del 04 de 2013, se asignaron a la Vicepresidencia Ejecutiva nueve contratos de concesión, entre ellos el Contrato No. 002 de 2006.

“5. Que el numeral 8 del Artículo 2 del Decreto 1745 de 2013 establece como función de la Vicepresidencia Ejecutiva de la ANI, la siguiente:

“Estudiar y evaluar las controversias contractuales que se puedan presentar en el desarrollo de la ejecución de los contratos de concesión y de otras formas de asociación pública privada a su cargo, proponiendo fórmulas dirigidas a salvaguardar el interés de la Entidad y a prevenir la eventual parálisis de las obras y la suspensión del servicio público al que se encuentra destinada la infraestructura”.

“6. Que de conformidad con la Cláusula 5 del Contrato de Concesión la ejecución del Proyecto Zona Metropolitana de Bucaramanga comprende tres etapas: 1) Etapa de Pre-construcción. 2) Etapa de Construcción y Rehabilitación y 3) Etapa de operación y mantenimiento.

“7. Que habiéndose cumplido las condiciones establecidas en el Cláusula 4 del Contrato de Concesión No. 002 de 2006, el 10 de abril de 2007 se suscribió entre el entonces Instituto Nacional de Concesiones INCO –hoy ANI- y la Sociedad Autopistas de Santander S.A. el Acta de Inicio de Ejecución del Contrato.

“8. Que de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Concesión, la Sociedad Autopistas de Santander S.A. y la Fiduciaria HSBC suscribieron el 2 de mayo de 2007 un contrato de fiducia mercantil irrevocable por medio del cual el Concesionario transfirió a un fideicomiso administrado por la Fiduciaria HSBC S.A. la totalidad de los derechos económicos del Contrato de Concesión.

**PRIMERA
COPIA**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A. CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–
ACTA No. 65 – AUTO No. 77

Por el cual se aprueba el Acuerdo de Conciliación

“9. Que el Contrato de fiducia mercantil fue cedido por Fiduciaria HSBC S.A. a Fiduciaria Bancolombia S.A., mediante documento de cesión de posición contractual firmado el 17 de enero de 2008.

“10. Que mediante Acta del 14 de junio de 2007 la sociedad concesionaria y operadora de vías y Peajes S.A. –VIPSA hizo entrega al INVIAS y éste al INCO de la Estación de Peaje de Rionegro. Que a través de la mencionada Acta el entonces INCO –hoy ANI- entregó al CONCESIONARIO la Estación de Peaje de Rionegro y se estableció que a partir de ese momento la operación y administración del recaudo de los peajes quedaba a su cargo.

“11. Que mediante Acta del 14 de junio de 2007 la sociedad concesionaria y operadora de vías y Peajes S.A. –VIPSA hizo entrega al INVIAS y éste al INCO de la Estación de Lebrija. Que a través de la mencionada Acta el entonces INCO –hoy ANI- entregó al CONCESIONARIO la Estación de Peaje de Lebrija y se estableció que a partir de ese momento la operación y administración del recaudo de los peajes quedaba a su cargo.

“12. Que el 10 de abril de 2008 se suscribió entre las partes el Acta de Inicio de la Etapa de Construcción del Contrato No. 002 de 2006.

“13. Que el 30 de marzo de 2012, Autopistas de Santander S.A. en ejercicio de lo estipulado en la cláusula 57 del Contrato presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá demanda arbitral contra la ANI para dirimir las controversias contractuales surgidas ente las partes durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 002 de 2006. Dentro de dicho procedimiento la ANI presentó demanda de reconvención el 4 de octubre de 2012. El 13 de marzo de 2013 Autopistas de Santander S.A. presentó ante el Tribunal reforma de la demanda y, por su parte, la ANI presentó el 18 de marzo de 2013 la reforma de la demanda de reconvención. Este Tribunal de Arbitramento se encuentra en la Etapa Probatoria, y para todos los efectos se denominará Tribunal Arbitral No. 1.

“14. Que el 4 de abril de 2014 la ANI presentó demanda arbitral contra la sociedad Autopistas de Santander S.A. Dentro de dicho procedimiento el CONCESIONARIO presentó demanda de reconvención el día 16 de julio de 2014. El 27 de enero de 2015 la ANI y el CONCESIONARIO presentaron reforma a la demanda inicial y reformar a la demanda de reconvención respetivamente. Este Tribunal de Arbitramento se encuentra en la Etapa Probatoria, y para todos los efectos se denominará Tribunal Arbitral No.2.

PRIMERA
COPIA

“15. Que de acuerdo con lo establecido en la cláusula 3 del Contrato de Concesión el plazo estimado del mismo es de 20 años contados a partir de la firma del Acta de Inicio de Ejecución. En efecto, establece la cláusula en mención:

“CLÁUSULA 3. TÉRMINO DE EJECUCIÓN

*El término de ejecución del presente **Contrato** se ha estimado en 20 años contados a partir de la suscripción del **Acta de Inicio de Ejecución**. La ejecución del **Contrato** estará dividido en tres etapas, tal y como se describe en la CLÁUSULA 5 de este **Contrato**.*

*Sin embargo, el plazo real de ejecución del **Contrato** corresponderá al que transcurra entre la suscripción del **Acta de Inicio de Ejecución** y la **Fecha Efectiva de Terminación del Contrato**. El término real de la ejecución del presente **Contrato** se reducirá en los casos en que se presente terminación anticipada del mismo, por la ocurrencia de cualquiera de los eventos a que se refiere la CLÁUSULA 47. En ningún caso el término real de la ejecución del presente **Contrato** podrá exceder de 25 años contratados a partir de la suscripción del **Acta de Inicio de Ejecución**, salvo en caso de suspensión total del **Contrato** de conformidad con la CLÁUSULA 9, o salvo por retardos ocasionados por incumplimientos de las obligaciones a cargo del **INCO**, casos en los cuales este término se ampliará por termino igual al de la suspensión, o el incumplimiento, según el caso.”*

*“16. Que la cláusula 47 del Contrato de Concesión prevé que el Contrato terminará anticipadamente antes de la Fecha Estimada de Terminación del Contrato por cualquiera de las siguientes causas “(...) 47.10. Cuando las partes por mutuo acuerdo decidan terminar el presente **Contrato**”.*

“17. Que en la Cláusula 48 del Contrato de Concesión se establece la fórmula para determinar la Compensación por la Terminación Anticipada de Mutuo Acuerdo del Contrato.

*“18. Que a la terminación del Contrato por cualquier causa el **CONCESIONARIO** está obligado a efectuar la devolución y reversión de bienes, y en este sentido la Cláusula 50 establece:*

“CLÁUSULA 50. DEVOLUCIÓN Y REVERSION DE BIENES

*Sin perjuicio del derecho que tiene el **Concesionario** –en los términos de este **Contrato**- de usar y explotar económicamente los bienes y servicios que hacen*

PRIMERA
COPIA

parte del **Proyecto**, se entenderá que el **INCO** se hará propietario de las obras que conforman el **Proyecto**, al momento de su ejecución, y de los equipos que conforman el **Proyecto**, al momento de su instalación y suministro. El **Concesionario** tendrá estos bienes hasta su reversión al **INCO** en calidad de usufructo, teniendo a su cargo las obligaciones establecidas de manera expresa o implícita en el presente **Contrato** y sus **Apéndices**.

Los bienes inmuebles con todas sus anexidades, que hacen parte del Proyecto serán entregados al **INCO** en las condiciones señaladas en las **Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento**, al momento de la terminación del **Contrato**. El **Concesionario** deberá mantener indemne al **INCO** contra cualquier reclamación derivada de sus actuaciones u omisiones.

A la terminación del **Contrato** por cualquier causa, todos los bienes o equipos directamente afectados a la concesión que no sean de propiedad del **INCO**, serán transferidos a título traslativo de dominio al **INCO** libres de todo gravamen, sin costo alguno para el **INCO**, derivados de los trámites de la transferencia o de la adquisición de dichos bienes.

Para efectos de este **Contrato**, se entiende que los bienes afectados a la concesión, son los establecidos en los diferentes apéndices de este contrato, especialmente el **Apéndice D**”

“19. Que acordando la terminación anticipada del Contrato, se debe dar aplicación a los previsto en la cláusula 49 del Contrato, la cual prevé lo siguiente:

“El **Contrato** se liquidará en los términos de los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993. En el acta de liquidación se hará referencia a la devolución y reversión de los bienes que ha de realizarse de conformidad con la CLÁUSULA 50 de este **Contrato** y a la destinación que habrá de darse a los recursos disponibles en las **Subcuentas del Fideicomiso**.

Una vez se haya realizado la liquidación bilateral o unilateral del **Contrato**, de conformidad con lo señalado en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, **INCO** procederá a enviar a la **Entidad Fiduciaria**, copia del Acta de Liquidación, en la cual se señalará la destinación que la **Fiduciaria** deberá dar a los recursos disponibles en el **Fideicomiso**, la cual deberá ajustarse a lo previsto en el **ANEXO 13**.”

PRIMERA
COPIA

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A. CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–
ACTA No. 65 – AUTO No. 77
Por el cual se aprueba el Acuerdo de Conciliación

“20. Que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 17 del Contrato al momento de suscripción del presente Acuerdo, el CONCESIONARIO realiza el recaudo de los peajes de las estaciones de Rionegro y Lebrija en forma directa.

“21. El Tribunal de Arbitramento No. 2, mediante auto de fecha de 10 de septiembre de 2015 resolvió: “(...) disponer la suspensión provisional de las órdenes impartidas por la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI-. Contenidas en las comunicaciones 2013-705-020255-1 de nueve de diciembre de 2013 u 2014-500-024793-1 de diecisiete (17) de diciembre de 2014. En caso de haberse hecho efectiva la disminución, la ANI instruirá a la Fiduciaria Bancolombia para que tales recursos sean puestos a disposición del Tribunal hasta tanto se defina en el Laudo la destinación de los mismos”.

“22. Mediante comunicación ANI No. 2015-500-025733-1 la AGENCIA impartió la instrucción a la Fiduciaria Bancolombia para que los recursos correspondientes a la disminución de la remuneración por concepto de incumplimiento de obligaciones ambientales, que ascienden a la suma de \$2.316.478.315, fueran dispuestos a disposición del Tribunal Arbitral.

“23. Que el día 7 de julio de 2015, la Agencia Nacional de Infraestructura dio inicio a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con fundamento en la solicitud que efectuara la interventoría del proyecto Jorge Piddo Sucursal Colombia, por evidenciar un posible incumplimiento por parte del Concesionario Autopistas de Santander S.A. que afectaría de manera grave y directa la ejecución del contrato y podría conducir a su paralización.

“24. LAS PARTES en cumplimiento de los postulados constitucionales y legales que propenden por las soluciones alternativas de conflictos, iniciaron una serie de conversaciones y acercamientos tendientes a formalizar un acuerdo que les permitiera finalizar de forma anticipada y amigable los litigios.

“25. Que frente a los acuerdo y texto del presente acuerdo, la interventoría del CONTRATO, Jorge Piddo Sucursal Colombia, en adelante la INTERVENTORÍA, se manifestó mediante radicado que hace parte de los anexos del presente Acuerdo.

“26. Que en virtud de las anteriores consideraciones, la ANI y el CONCESIONARIO de manera libre y espontánea proceden a suscribir el presente documentos, el cual se registrá por las siguientes:

CLÁUSULAS

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A. CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–
ACTA No. 65 – AUTO No. 77
Por el cual se aprueba el Acuerdo de Conciliación

PRIMERA.- La ANI y el CONCESIONARIO acuerdan dar por terminado anticipadamente y de mutuo ACUERDO el Contrato de Concesión No. 002 de 29 de diciembre de 2006, a partir de la aprobación de presente acuerdo por parte del Tribunal Arbitral No.1.

PARÁGRAFO.- Adicionalmente, la ANI y el CONCESIONARIO desistirán de las pretensiones y excepciones formuladas por cada una de ellas ante el Tribunal de Arbitramento convocado por la Agencia Nacional de Infraestructura (Tribunal No.2). En este orden se obligan a presentar a más tardar dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la aprobación del presente Acuerdo un memorial conjunto de desistimiento total e incondicional ante el Tribunal Arbitral No.2, a través del cual den cumplimiento a este Acuerdo.

SEGUNDA.- Las obligaciones de Construcción y Rehabilitación previstas tanto en el alcance básico como en los otrosíes o adicionales del CONTRATO, se suspenderán desde la fecha de suscripción de presente ACUERDO y hasta la fecha efectiva de reversión del proyecto a la ANI. Así mismo, las partes acuerdan que se mantienen las actividades de Operación Y Mantenimiento rutinario del Proyecto, señaladas en los Apéndices B y B-1 del Contrato de Concesión.

PARÁGRAFO PRIMERO.- En relación con las demás obligaciones a cargo del CONCESIONARIO, las partes acuerdan que todas se suspenden desde la fecha de suscripción del presente ACUERDO y hasta la fecha efectiva de reversión del proyecto a la ANI, con excepción de los trámites, actividades o procedimientos que se hayan iniciado hasta la fecha de suscripción del presente ACUERDO, las cuales deberán continuarse hasta la fecha efectiva de reversión. Particularmente en cuanto se refiere a la Gestión Predial, el CONCESIONARIO continuará con sus obligaciones respecto de los procesos en negociación, incluidos los de saneamiento, en donde ya exista una oferta formal con el particular.

PARÁGRAFO SEGUNDO.- Durante el termino de suspensión de obras previsto en el presente numeral, el CONCESIONARIO continuará con las actividades de operación y mantenimiento rutinario de todos los tramos del proyecto de conformidad con el Apéndice B Y B-1 del CONTRATO, para lo cual los ingresos obtenidos por el cobro de peajes deberán ser consignados por el **CONCESIONARIO** en la Subcuenta de Excedentes de INCO, previo descuento de: i) un 20% de los ingresos recibidos, porcentaje que remunera los gastos en que haya tenido que incurrir el concesionario por la administración, operación, y mantenimiento del proyecto durante el periodo de suspensión y ii) el valor correspondiente a los intereses de la deuda bancaria, referente a los siguientes créditos, cuyo pago será certificado por la Fiducia periódicamente:

**PRIMERA
COPIA**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A. CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–
ACTA No. 65 – AUTO No. 77

Por el cual se aprueba el Acuerdo de Conciliación

ENTIDAD FINANCIERA	CRÉDITO NO.
Bancolombia	1260141257
Bancolombia	1260140423
Bancolombia	1260140434
Bancolombia	1260141577
Davivienda	0-70040473000-26723
Davivienda	0-70040473000-30048
Davivienda	0-70040473000-73311
Davivienda	0-70040473000-73303
Davivienda	0-70040473000-33646

TERCERA.- LAS PARTES acuerdan que como consecuencia de la suspensión de las obras y obligaciones de que trata el acuerdo anterior, se suspenden las disminuciones y retenciones de la remuneración pendientes por aplicar por parte de la Fiducia hasta que se profiera la aprobación del Acuerdo Conciliatorio para la Terminación Anticipada y de Mutuo Acuerdo del Contrato de Concesión No. 002 de 2006 por parte del Tribunal Arbitral No.1.

PARÁGRAFO PRIMERO.- Con la aprobación del presente Acuerdo Conciliatorio para la Terminación Anticipada y de Mutuo Acuerdo del Contrato de Concesión No. 002 de 2006, el Tribunal Arbitral No.2 levantará la medida cautelar decretada, y ordenará su reintegro a la Subcuenta de Excedentes INCO del fideicomiso, de la suma de \$ 2.316.478.315 correspondiente a la disminución de la remuneración por incumplimientos ambientales, aplicada con corte a agosto de 2015.

PARÁGRAFO SEGUNDO.- Las disminuciones de la remuneración aplicadas a partir del mes de septiembre de 2015 y hasta la fecha de suscripción del presente Acuerdo Conciliatorio, serán trasladadas a la Subcuenta de Excedentes de INCO.

CUARTA.- En virtud de lo anterior, y de conformidad con lo previsto en la Cláusula 17 del Contrato, una vez se suscriba por las partes el Acta de Revisión correspondiente, cesará la cesión de los derechos de peaje de las estaciones de Rionegro y Lebrija.

QUINTA.- A las seis (6) horas de la mañana del día hábil siguiente al día sesenta (60) calendario, contados a partir de aquel en el que se apruebe el presente ACUERDO de conciliación para la Terminación Anticipada por Mutuo Acuerdo por parte del Tribunal Arbitral No.1, la ANI tomará posesión del proyecto, para lo cual el CONCESIONARIO, con la firma del Acta de Reversión, le hará entrega de todos y

**PRIMERA
COPIA**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A. CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–
ACTA No. 65 – AUTO No. 77
Por el cual se aprueba el Acuerdo de Conciliación

*cada uno de los equipos, bienes muebles e inmuebles junto con sus anexidades, que hagan parte del **Proyecto** y en el estado en el que se encuentren, de acuerdo con lo establecido en el Manual de Reversión de la ANI.*

SEXTA.- *Las partes acuerdan que para efectos de determinar la compensación por la terminación anticipada de mutuo acuerdo el Contrato de Concesión No. 002 de 2006, no darán aplicación a la fórmula prevista en el numeral 48.1 de la Cláusula 48. En este sentido, las partes acuerdan que con la suma de \$108.781.410.385.54, el CONCESIONARIO queda compensado por la terminación anticipada y de mutuo acuerdo del Contrato de Concesión No. 002 de 2006, decisión sobre la cual no serán procedentes revisiones, ajustes o reconocimientos económicos adicionales a favor de ninguna de las partes.*

Dicha cifra se terminará de la siguiente manera:

- \$105.781.410.385.54 correspondientes al valor total de las obligaciones financieras del Patrimonio Autónomo Autopistas de Santander para con los Bancos Davivienda y Bancolombia.
- \$3.000.000.000 correspondientes a la porción acordada por las partes de las obligaciones adquiridas con proveedores por Autopistas de Santander S.A. relacionadas directamente con la ejecución del proyecto Zona Metropolitana de Bucaramanga y debidamente reportadas en la fiducia.

PARÁGRAFO PRIMERO.- *El CONESIONARIO autoriza a la ANI, a pagar la totalidad de las obligaciones financieras del Patrimonio Autónomo Autopistas de Santander para con los Bancos Davivienda y Bancolombia, las cuales se encuentran debidamente registradas en la Fiduciaria y que asciende, a la suma de \$ 105.781.410.385.54.*

PARÁGRAFO SEGUNDO.- *La suma de compensación correspondiente a \$108.781.410.385.54 podrá ser cancelada por parte de la ANI con la disponibilidad que esta tenga o con título de Deuda Pública TES, cifra de la cual \$105.781.410.385.54 serán puestos a disposición del Patrimonio Autónomo con expresas instrucciones de pago a las instituciones financieras de que trata el parágrafo anterior.*

SÉPTIMA: *Las partes manifiestan que aceptan expresa y libremente que, renuncian a cualquier otro valor por compensación por la terminación anticipada de mutuo acuerdo del Contrato de Concesión No. 002 de 2006, y en consecuencia se declaran a paz y salvo por todo concepto derivado de la Terminación Anticipada y de Mutuo Acuerdo del Contrato de Concesión, así como por cualquier tipo de*

perjuicio directo e indirecto, presente y futuro por razón o con ocasión de la ejecución del Proyecto ZMB, entre otras y sin limitarse a ellas, las relacionadas con la gestión predial, la gestión ambiental y social.

OCTAVA.- *No será procedente ningún tipo de reclamación, demanda o acción judicial o extrajudicial por parte de la ANI en contra de la Sociedad Concesionaria y/o alguno de sus socios, así como de ésta en contra de la ANI, relacionada con la ejecución del Contrato de Concesión No. 002 de 2006, sus Otrosíes y Adicionales.*

NOVENA.- *LAS PARTES convienen que el Acuerdo Conciliatorio al que han llegado CONCILIA y resuelve de manera definitiva las diferencias sometidas ante el Tribunal No. 1, de acuerdo con lo previsto en el artículo 67 del Decreto 1818 de 1998.*

13. El concepto rendido por la señora Agente del Ministerio Público

De conformidad con lo previsto en el numeral 7 del artículo 277 de la Constitución Política, una de las funciones que ejerce el Procurador General de la Nación por sí o por medio de sus delegados y agentes, es la de intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y las garantías fundamentales⁵².

En este orden de ideas y con el fin de garantizar la intervención del Ministerio Público en los trámites de arbitraje y en concordancia con el Decreto Ley 262 de 2000, el Procurador General de la Nación expidió la Resolución 270 del 6 de septiembre de

⁵² Artículo 277, Constitución Política: “El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

“1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.

“2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo.

“3. Defender los intereses de la sociedad.

“4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente.

“5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.

“6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley.

“7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

“8. Rendir anualmente informe de su gestión al Congreso.

“9. Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria.

“10. Las demás que determine la ley.

“Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias.”

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A. CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–
ACTA No. 65 – AUTO No. 77

Por el cual se aprueba el Acuerdo de Conciliación

2001, definiendo los criterios de intervención de los Procuradores Judiciales en los procesos arbitrales en los que se diriman controversias de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, estableciendo al respecto que, entre otras actuaciones, le corresponderá al Procurador Delegado emitir el respectivo concepto de fondo sobre la controversia suscitada entre las partes, lo cual supone igualmente que para el caso en que se suscriba y presente un acuerdo conciliatorio, sea del todo necesario contar con el previo concepto del Ministerio Público sobre el particular.

Por otro lado y atendiendo a los supuestos normativos previamente señalados, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha indicado que los agentes del Ministerio Público pueden intervenir en los procesos como terceros o sujetos procesales especiales y cuando lo hagan ejercer sus funciones tendientes a defender la protección de intereses jurídicos superiores establecidos por el Constituyente.

Concretamente, bajo la regulación contenida en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Sala Plena de la Sección Tercera manifestó en una providencia reciente que, bajo esta nueva regulación, el Ministerio Público puede intervenir en el proceso judicial como parte o como sujeto procesal especial, así:

“Como se aprecia, el Ministerio Público bajo la égida del nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo “CPACA”, puede ostentar dos calidades: la de parte o la de sujeto procesal especial.

“En consecuencia, deja de ser catalogado como parte pero la ley mantuvo las capacidades que desde el Decreto 01 de 1984 se le asignaron a los agentes del Ministerio Público, esto es, la potestad de intervención en todos los procesos e incidentes contencioso administrativos con el fin de defender el ordenamiento jurídico, el patrimonio público y las garantías fundamentales.

“Se trata, por consiguiente, de un sujeto procesal que con total independencia y autonomía de las partes defiende los principios de legalidad, de prevalencia del interés general, y de protección y garantía de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en los procesos.

“Por lo tanto, el Ministerio Público sigue siendo bajo la nueva legislación un tercero garante que, con total independencia de las partes, defiende la

PRIMERA
COPIA

*protección de intereses jurídicos superiores establecidos por el
Constituyente.*⁵³ –Subraya el Tribunal–

En virtud de lo anterior, en cuanto hace relación al presente trámite arbitral, el día veinticinco (25) de enero de dos mil dieciséis (2016), la señora Agente del Ministerio Público, Anny Margarita Jordi de Ostau de Lafont, Procuradora Cuarta Judicial II para Asuntos Administrativos, presentó en tiempo un memorial por medio del cual emitió su concepto respecto al Acuerdo Conciliatorio suscrito por las partes.

Luego de un recuento sobre los antecedentes que dieron lugar a la suscripción del Acuerdo de Conciliación, la Señora Agente del Ministerio Público se refirió puntualmente a todos y cada uno de los elementos o requisitos contemplados legalmente como criterios para resolver y avalar la *“propuesta conciliatoria”*.

En este sentido, tratándose de la vigencia de la acción, se concluye en el concepto que la actuación concerniente al Acuerdo de Conciliación *“... se adelanta dentro de la oportunidad legalmente permitida”*. Así mismo, considera la Señora Procuradora que en asuntos en los cuales intervenga el estado son conciliables los efectos económicos de su actividad contractual, concluyendo al respecto que para el caso concreto, las pretensiones formuladas en el marco del trámite arbitral son de orden patrimonial y, por tanto, puede celebrarse frente a las mismas un acuerdo de conciliación.

De otra parte, tratándose del requisito atinente a la debida capacidad y representación de las partes para celebrar la conciliación, se indica en el concepto que las personas que suscribieron el Acuerdo Conciliatorio están debidamente facultadas para adelantar esta actuación, frente a lo cual destaca que, para el caso de la entidad pública, se cuenta *“... con la aprobación para ello por parte del Comité de Conciliación de la Entidad, Según Certificación expedida por la Secretaría Técnica del mismo el 17 de noviembre de 2015”*.

Ahora bien, en lo que atañe al requisito de la no lesividad del patrimonio público, se destaca en el concepto que si bien se describen en el Acuerdo los propósitos del mismo, *“... no son lo suficientemente explicativas para satisfacer la exigencia de la no lesividad exigida legalmente”*. A juicio de la Señora Procuradora, es del todo necesario que sea demostrada la existencia de una alta probabilidad de condena

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de diecisiete (17) de septiembre de 2014, Exp. 44.541, C.P. Enrique Gil Botero.

contra la entidad pública convocada, de acuerdo con su posición en el presente trámite arbitral.

De otra parte, la Señora Procuradora se refiere a la fórmula de compensación que habría de aplicarse para el evento de la terminación anticipada del contrato, señalando en este sentido que sería necesario incorporar un comparativo entre las obligaciones contractuales a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura y las sumas que en virtud del Acuerdo Conciliatorio eventualmente se pagarían a favor del Concesionario.

Por último, con sustento en el análisis expuesto por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría, mediante informe con fecha de veintidós (22) de enero de 2016, se indica en el concepto que de acuerdo con los resultados encontrados en el mencionado informe, al sumar el valor de la conciliación, con los aportes efectuados por la Nación al proyecto y los ingresos generados a la fecha, se tendría un total de \$335.193,35 millones de pesos, lo cual significaría un 23.63% más sobre el ingreso esperado pactado en el contrato.

En estos términos, la Señora Agente del Ministerio Público concluye en su documento sobre la necesidad de que el Tribunal se remita al acervo probatorio del proceso y adopte una decisión conforme a derecho, advirtiendo al respecto sobre la necesidad de que las partes fundamenten las decisiones contenidas en el Acuerdo de Conciliación. De esta forma, se manifiesta que una vez abordados y superados estos aspectos en beneficio de la consolidación del Acuerdo, el Tribunal tendrá mayores elementos de juicio para adoptar una decisión, “... contando para ello en dicho evento con el asentimiento del Ministerio Público en cuanto a la viabilidad y aprobación del Convenio al que se ha llegado”.

14. Escrito de respuesta a las observaciones expuestas por el Ministerio Público

Con ocasión de las inquietudes planteadas en el concepto de la Señora Procuradora, las partes presentaron conjuntamente un documento con fecha de cuatro (04) de febrero de dos mil dieciséis (2016), en el cual se refieren de manera puntual a las observaciones formuladas en cuanto al requisito de la no lesividad del patrimonio público, frente al Acuerdo de Conciliación.

**PRIMERA
COPIA**

Se indicó en este sentido que es equívoco el análisis efectuado por el funcionario delegado por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría, conforme al cual, de aprobarse el Acuerdo de Conciliación se estaría reconociendo un 23.63\$ más del valor del ingreso esperado. A este respecto se clarificó de manera ilustrativa y debidamente discriminada lo concerniente a los ingresos del contrato de concesión No. 002 de 2006, precisándose sobre el particular cada uno de los componentes de la remuneración de la sociedad concesionaria, así:

“El ejercicio correctamente elaborado implica comparar la retribución efectivamente percibida por el Concesionario que corresponde a \$361.762.413.780 [incluyendo el valor reconocido mediante la conciliación] con el valor que contractualmente estaba a cargo del INCO hoy ANI, esto es, \$419.435.249.906, valor que corresponde a la suma de: (i) Vigencias Futuras por \$112.179.804.552 estipulados en el Contrato, (ii) Aportes – Fidupetrol por \$36.139.448.354 y (iii) El Ingreso Esperado por \$271.116.000.000.”

Las partes clarifican conforme a lo anterior que, al comparar ambos montos, el porcentaje que recibiría el Concesionario luego de la conciliación correspondería al 86.25% frente al valor contingente contractual, lo cual demuestra que no es cierto lo señalado en el informe de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría, cuando se concluyó que la conciliación implicaría percibir valores adicionales al ingreso esperado del contrato.

Así mismo, tratándose del otro componente de los reconocimientos económicos convenidos en la conciliación, esto es, de los \$3.000 millones de pesos, se precisó también en el mencionado documento que dicho valor asciende tan solo al 12% del total de las deudas que se tienen con los proveedores del proyecto, el cual corresponde a la suma de \$25.340.512.405,20, lo cual representa una diferencia importante que demuestra la no lesividad del acuerdo.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia del Tribunal Arbitral

Previo a estudiar de fondo el contenido del Acuerdo Conciliatorio, para el Tribunal es determinante abordar en este punto lo concerniente a la competencia que le asiste para analizar y decidir sobre los distintos aspectos que fueron objeto de acuerdo en el documento contentivo de la conciliación a la que han llegado las partes.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A. CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–
ACTA No. 65 – AUTO No. 77
Por el cual se aprueba el Acuerdo de Conciliación

De manera puntual, al dar lectura a la cláusula tercera del Acuerdo de Conciliación, puede advertirse que la misma refiere o concierne al pacto logrado entre las partes en relación con la aplicación de las denominadas disminuciones de la remuneración contempladas en el contrato de concesión No. 002 de 2006, materia que escapa al conocimiento y decisión del presente Tribunal de Justicia por expresa voluntad de los contratantes contenida en el pacto arbitral. El mencionado numeral del Acuerdo de Conciliación señala lo siguiente:

“TERCERA.- LAS PARTES acuerdan que como consecuencia de la suspensión de las obras y obligaciones de que trata el acuerdo anterior, se suspenden las disminuciones y retenciones de la remuneración pendientes por aplicar por parte de la Fiducia hasta que se profiera la aprobación del Acuerdo Conciliatorio para la Terminación Anticipada y de Mutuo Acuerdo del Contrato de Concesión No. 002 de 2006 por parte del Tribunal Arbitral No. 1.

“PARÁGRAFO PRIMERO.- Con la aprobación del presente Acuerdo Conciliatorio para la Terminación Anticipada y de Mutuo Acuerdo del Contrato de Concesión No. 002 de 2006, el Tribunal Arbitral No.2 levantará la medida cautelar decretada, y ordenará su reintegro a la Subcuenta de Excedentes INCO del fideicomiso, de la suma de \$ 2.316.478.315 correspondiente a la disminución de la remuneración por incumplimientos ambientales, aplicada con corte a agosto de 2015.

“PARÁGRAFO SEGUNDO.- Las disminuciones de la remuneración aplicadas a partir del mes de septiembre de 2015 y hasta la fecha de suscripción del presente Acuerdo Conciliatorio, serán trasladadas a la Subcuenta de Excedentes de INCO.”

Como puede advertirse, la citada cláusula hace referencia expresa a la aplicación de las disminuciones de la remuneración, circunstancia que impide al Tribunal adoptar cualquier decisión sobre el particular, habida cuenta que carece de competencia *ratione materiae* para estudiar este asunto en particular y resolver sobre la aprobación de la conciliación en lo que tiene que ver con la mencionada cláusula.

Vale recordar sobre este particular que en el marco de la primera audiencia de trámite practicada en este proceso, oportunidad en la que el Tribunal decidió sobre su propia competencia, se expuso este mismo razonamiento para determinar que en el caso concreto las partes decidieron excluir de su conocimiento las controversias relacionadas con la aplicación de las denominadas disminuciones a la

remuneración. Concretamente, en Auto No. 21 de veintidós (22) de mayo de 2013, el Tribunal tuvo en cuenta las siguientes consideraciones sobre el particular:

“A primera vista, la lectura de las pretensiones [octava, cuadragésima primera y cuadragésima segunda principales y cuadragésima primera subsidiaria] y de la excepción [18] en cita permite constatar que lo reclamado por la Convocante a través de estas específicas peticiones está relacionado con la aplicación de las disminuciones de remuneración, materia que en los términos de la cláusula 57.5.6 del Contrato de Concesión No. 002 de 2006, fue expresamente excluida del conocimiento de la Justicia Arbitral.

“En efecto, considerando que la mencionada cláusula 57.5.6 no fue objeto de modificación al celebrarse entre las partes el Otrosí No. 8 de veinte (20) de junio de 2012, es preciso concluir que las materias que en ella se enlistan con el objeto de identificar los asuntos excluidos del conocimiento de los árbitros, no pueden someterse y mucho menos tramitarse y decidirse por la Justicia Arbitral.

“Considerando ‘... que son las partes las que desde un primer momento, fijan el objeto del arbitraje, estableciendo, en el pacto arbitral, cuál o cuáles son las controversias que someten al conocimiento del tribunal que se ha de constituir’⁵⁴, es preciso tener en cuenta que ellas mismas también tienen la capacidad para determinar cuáles materias no serán sometidas a arbitraje, decisión que tendrá plena eficacia al momento de resolver sobre la competencia de los árbitros.

“Bajo este entendimiento, observando los términos en que fue acordado el pacto arbitral contenido en la cláusula 57 y, concretamente, su numeral 57.5.6, es claro para este Tribunal de Justicia que carece de competencia para conocer y decidir sobre las diferencias atinentes a las disminuciones de remuneración que ha formulado la parte Convocante en las pretensiones octava, cuadragésima primera y cuadragésima segunda principales y cuadragésima primera subsidiaria contenidas en el escrito de reforma de la demanda arbitral, así como en la excepción 18 propuesta en el escrito de contestación de la reforma de la demanda de reconvenición.”

Con fundamento en lo anterior y respetando la voluntad de las partes contenida en el pacto arbitral y, en concreto, las exclusiones al arbitraje pactadas en la cláusula 57.5.6 del Contrato de Concesión No. 002 de 2006, es claro que este Tribunal carece de competencia para conocer y decidir en el *sub lite* sobre la aplicación de

⁵⁴ Cita del original: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de trece (13) de febrero de 2006, Exp. 29.704, C.P. Germán Rodríguez Villamizar”.

las denominadas disminuciones a la remuneración, cualquiera sea el concepto u objeto de las mismas.

A igual conclusión se llegó al resolver la solicitud de medidas cautelares formulada en el marco del proceso por la parte convocante. Concretamente, en Auto 69 (Acta No. 58) de veintisiete (27) de mayo de 2015, este Tribunal concluyó sobre su competencia frente a las disminuciones a la remuneración, lo siguiente:

“El tema concerniente a las referidas disminuciones a la remuneración adquiere marcada relevancia para el caso concreto debido a que, por expresa decisión de las partes contenida en la cláusula compromisoria, dicha materia fue excluida del conocimiento de este Tribunal Arbitral. En efecto, a través del pacto arbitral, las partes habilitaron a este Tribunal de Justicia para conocer y decidir las controversias suscitadas con ocasión del Contrato de Concesión No. 002 de 2006; no obstante ello, ellas mismas acordaron de manera expresa, libre y voluntaria que no someterían a arbitraje las diferencias concernientes a la aplicación de las denominadas disminuciones a la remuneración.

“De acuerdo con lo pactado en la cláusula 57.5.6 del Contrato de Concesión No. 002 de 2006, los contratantes decidieron excluir del conocimiento de la justicia arbitral, “... las controversias sobre la aplicación de las disminuciones a la remuneración del Concesionario en este Contrato”, limitante que implica para el Tribunal la imposibilidad de analizar y resolver las diferencias que puedan suscitarse sobre esta materia en específico, ya sea por vía de pretensión en la respectiva demanda, de excepción en la contestación o a través de otro tipo de petición de naturaleza procesal que se formule en el marco del trámite arbitral, como es el caso de la solicitud de medidas cautelares o precautorias.

“Para el Tribunal es claro que son las partes contratantes, mediante la suscripción de un pacto arbitral, quienes tienen la capacidad de someter a arbitraje las controversias que lleguen a generarse en el marco de su relación contractual, condición que a su vez implica que sean ellas mismas quienes pueden excluir del conocimiento de la justicia arbitral una o varias materias sobre las cuales el Tribunal no podrá realizar estudio alguno y tampoco adoptar decisión de fondo al carecer de competencia para tal efecto.”

Según se ve, el Tribunal ha sido consecuente en señalar que, dando estricto cumplimiento a la voluntad de las partes contenida en la cláusula compromisoria, no le asiste competencia para estudiar y decidir sobre la aplicación de las denominadas disminuciones de la remuneración, consideración que reitera en esta

oportunidad al evidenciar que la cláusula tercera del Acuerdo de Conciliación se refiere expresamente a esta específica materia.

En estos términos, el Tribunal declarará en la parte resolutive de la presente providencia que carece de competencia para pronunciarse sobre la aprobación de la cláusula tercera del Acuerdo de Conciliación.

2. El marco normativo de la conciliación

La conciliación es un mecanismo autocompositivo de solución de controversias, en atención a que son las propias partes quienes a través suyo resuelven de manera directa y voluntaria sus diferencias de manera definitiva. En el ordenamiento jurídico, la conciliación, *prima facie*, es un mecanismo de acceso a la justicia, por cuya virtud las partes de una relación controvertida la solucionan en forma personal, en desarrollo de sus poderes dispositivos, su autonomía, libertad y autoridad, abordando su análisis, negociación y decisión con la asistencia de un tercero que propicia la búsqueda de soluciones o sugiere alternativas de libre adopción y en algunos casos le imparte su aprobación.

En estos términos se ha explicado jurisprudencialmente este mecanismo alternativo de solución de conflictos, frente al cual ha dicho el H. Consejo de Estado que:

“Entre los mecanismos alternativos previstos en el ordenamiento para la resolución de los conflictos jurídicos se encuentra la conciliación, la cual ha sido concebida como el procedimiento por medio del cual un número determinado de individuos entre quienes exista una controversia deciden componerla con la intervención de un tercero neutral –conciliador– quien además de proponer fórmulas de arreglo, da fe de ese acuerdo y en algunos casos le imparte su aprobación; por regla general el convenio que se obtenga resulta obligatorio y definitivo para las partes que en su adopción intervengan.”⁵⁵ –Se subraya–

Entendiendo así el alcance general de la conciliación, es preciso destacar que este mecanismo en particular tiene reconocimiento constitucional expreso en el artículo 116 de la Constitución Política, norma a cuya letra se lee:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Auto de veintiocho (28) de abril de 2014, Exp. 41.834, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A. CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–
ACTA No. 65 – AUTO No. 77
Por el cual se aprueba el Acuerdo de Conciliación

por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley". –Subraya del Tribunal–

Igualmente, como desarrollo de ese precepto constitucional, la figura ha sido expresamente reconocida por la ley estatutaria de administración de justicia. En efecto, el artículo 13 de la Ley 270 de 1996, modificado por el artículo 6° de la Ley 1285 de 2009, dispone lo siguiente:

"Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política: (...)

"3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso."

Ahora bien, en cuanto a las características de la conciliación, la H. Corte Constitucional ha precisado lo siguiente:

"La conciliación es una de las herramientas ofrecidas por el aparato jurisdiccional del Estado como opción alternativa para la resolución de los conflictos jurídicos. La filosofía que soporta este tipo de alternativas pretende que los particulares resuelvan las contiendas que comprometen sus derechos disponibles, por fuera de los estrados judiciales, apelando a la búsqueda del acuerdo antes que al proceso formalmente entablado.

"Con ello se busca involucrar a la comunidad en la resolución de sus propios conflictos, mediante la utilización de instrumentos flexibles, ágiles, efectivos y económicos que conduzcan al saneamiento de las controversias sociales y contribuyan a la realización de valores que inspiran un Estado social de derecho, como son la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones sociales (Cfr. Preámbulo, arts. 1° y 2° C.P.); además de que persigue la descongestión de los despachos judiciales, reservando la actividad judicial para los casos en que sea necesaria una verdadera intervención del Estado.

"La conciliación es un procedimiento por el cual un número determinado de individuos, trabados entre sí por causa de una controversia jurídica, se reúnen para

componerla con la intervención de un tercero neutral -conciliador- quién, además de proponer fórmulas de acuerdo, da fe de la decisión de arreglo y el imparte su aprobación. El convenio al que se llega como resultado del acuerdo es obligatorio y definitivo para las partes que concilian. (...)

“Las características fundamentales de la conciliación son las siguientes:

“1) La conciliación es un mecanismo de acceso a la administración de justicia. Y lo es porque, como se desprende de sus características propias, el acuerdo al que se llega entre las partes resuelve de manera definitiva el conflicto que las enfrenta, evitando que las mismas acudan ante el juez para que éste decida la controversia. Independiente del fracaso o del éxito de la audiencia, la conciliación permite el acercamiento de las partes en un encuentro que tiende hacia la realización de la justicia, no como imposición judicial, sino como búsqueda autónoma de los asociados.

“2) La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que puede realizarse por fuera del proceso judicial o en el curso del mismo. Puede ser voluntaria, u obligatoria como requisito para iniciar un proceso. Puede llevarse a cabo por un tercero independiente o por una institución como un centro de conciliación. Además, puede ser conciliación nacional o internacional para la solución de conflictos privados entre personas de distinta nacionalidad o entre Estados e inversionistas de otros Estados, o entre agentes económicos de distintos Estados. Conciliación hay en las distintas ramas del derecho como civil, comercial, laboral, contencioso administrativo y en ciertos aspectos del proceso penal.

“3) Es una forma de resolver los conflictos con la intervención de un tercero que al obrar como incitador permite que ambas partes ganen mediante la solución del mismo, evitado los costos de un proceso judicial.

“4) La función del conciliador es la de administrar justicia de manera transitoria, mediante habilitación de las partes, en los términos que determine la Ley. A propósito de esta disposición, que es la contenida en el artículo 116 constitucional, debe decirse que la habilitación que las partes hacen de los conciliadores no ofrecidos por un centro de conciliación, es una habilitación expresa, en la medida en que el particular es conocido por las partes, quienes le confieren inequívocamente la facultad de administrar justicia en el caso concreto.

“Existe también la habilitación que procede cuando las partes deciden solicitar el nombramiento de un conciliador, de la lista ofrecida por un determinado centro de conciliación. En principio, esta habilitación supone la aquiescencia de las partes

PRIMERA
COPIA

respecto del conciliador nominado por el centro, pero también implica la voluntad que conservan las mismas para recusar al conciliador, si consideran que no les ofrece la garantía de imparcialidad o independencia para intervenir en la audiencia.

“En este sentido, puede decirse que las figuras del impedimento y la recusación son esenciales a la conciliación, y son parte de su carácter eminentemente voluntario. Además, en esta materia se siguen las normas del Código de Procedimiento Civil.

“5) Es un acto jurisdiccional, porque la decisión final, que el conciliador avala mediante un acta de conciliación, tiene la fuerza vinculante de una sentencia judicial (rei iudicata) y presta mérito ejecutivo (art. 66, Ley 446 de 1998).

“6) La conciliación es un mecanismo excepcional, porque dependiendo de la naturaleza jurídica del interés afectado, sólo algunos de los asuntos que podrían ser sometidos a una decisión jurisdiccional, pueden llevarse ante una audiencia de conciliación. En general, son susceptible de conciliación los conflictos jurídicos que surgen en relación con derechos disponibles y por parte de sujetos capaces de disponer.

“A la conciliación le caben los mismos argumentos expuestos por la Corte en relación con el arbitramento, en lo que tiene que ver con las materias susceptibles de transacción. Así debe decirse que están excluidos de ser conciliables asuntos relativos al estado civil o a los derechos de incapaces, o derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer. Del mismo modo, puede decirse que a conciliación no pueden ser sometidos asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, o materias relacionadas con la legalidad de los actos administrativos.

“7) Finalmente, por definición la conciliación es un sistema voluntario, privado y bilateral de resolución de conflictos, mediante el cual las partes acuerdan espontáneamente la designación de un conciliador que las invita a que expongan sus puntos de vista y diriman su controversia. La intervención incitante del tercero conciliador no altera la naturaleza consensual de la composición que las partes voluntariamente concluyen, sino que la facilita y la estimula.”⁵⁶ –Destaca el Tribunal–

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-893 de 2001, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

En suma, la conciliación constituye un mecanismo alternativo de solución de controversias admitido constitucionalmente que permite, de una parte, la descongestión del aparato judicial y, de otra y más importante, la participación de los asociados (incluyendo al Estado) en la solución directa y definitiva de sus propias controversias con el acompañamiento de un tercero neutral que en algunos casos aprueba el respectivo acuerdo.

Cabe precisar en todo caso que la utilización del mecanismo de la conciliación varía de acuerdo con la naturaleza del asunto a conciliar. Así, unos serán los requisitos cuando se trata de una conciliación laboral, otros en materia de familia, unos distintos en controversias de naturaleza civil o comercial. De esta forma, teniendo en cuenta que la controversia que ocupa la atención de este Tribunal involucra la presencia de una entidad de naturaleza pública como lo es la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI–, es necesario analizar los requisitos especiales para la procedibilidad de la conciliación en asuntos de naturaleza contencioso administrativa.

2.1 La conciliación contencioso administrativa

Como se dijo *supra*, la conciliación judicial es un mecanismo de solución de conflictos que se encuentra autorizado por el artículo 116 de la Constitución Política, a través del cual las partes ponen fin, de común acuerdo y conforme con su propia voluntad, a un litigio que se tramita ante una autoridad judicial. En todo caso, si bien la conciliación corresponde a un mecanismo en el cual la solución proviene exclusivamente de la voluntad de las partes, cuando se trata de entidades estatales, dicha alternativa se encuentra sometida a unos estrictos límites fijados por el legislador, tanto desde el punto de vista del fondo como desde la perspectiva del procedimiento.

Así lo ha concluido el H. Consejo de Estado al recalcar sobre la importancia del buen uso de la conciliación cuando las partes de una controversia de orden contencioso administrativo acuden a dicho mecanismo para solucionar directamente sus diferencias, sea en la etapa prejudicial o en sede de un proceso jurisdiccional propiamente dicho:

“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

**PRIMERA
COPIA**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A. CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–
ACTA No. 65 – AUTO No. 77
Por el cual se aprueba el Acuerdo de Conciliación

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.”⁵⁷ –Subraya del Tribunal–

Estas razones dejan en evidencia el marcado interés que denota la conciliación en materia administrativa, habida cuenta que la disposición directa que hacen las partes respecto de sus controversias mediante este mecanismo alternativo repercute en la asignación de los recursos públicos y de los intereses generales en cuestión, circunstancia que impide la aprobación automática o mecánica del acuerdo correspondiente, como bien lo ha indicado el H. Consejo de Estado.

Sin perder de vista esta acotación inicial, es el artículo 58 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, el que autoriza expresamente la conciliación por parte de las personas jurídicas de derecho público en los siguientes términos:

“Artículo 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, 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.” –Se subraya–

De otra parte, el artículo 65A de la misma Ley 23 de 1991, adicionado a dicha ley por el artículo 73 de la Ley 446 de 1998, señala:

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de dieciocho (18) de julio de 2007, Exp. 31.838, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A. CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–
ACTA No. 65 – AUTO No. 77
Por el cual se aprueba el Acuerdo de Conciliación

“El auto que apruebe o impruebe el acuerdo conciliatorio corresponde a la Sala, Sección o Subsección de que forme parte el Magistrado que actúe como sustanciador; contra dicho auto procede recurso de apelación en los asuntos de doble instancia y de reposición en los de única.

“El Ministerio Público podrá interponer el recurso de apelación para ante el Tribunal, contra el auto que profiera el Juez Administrativo aprobando o improbando una conciliación. Las partes podrán apelar, sólo si el auto imprueba el acuerdo.

“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.

“Parágrafo. Lograda la conciliación prejudicial, el acta que la contenga será suscrita por las partes y, por el agente del Ministerio Público y se remitirá, a más tardar, al día siguiente, al Juez o Corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva, a efecto de que imparta su aprobación o improbación. El auto aprobatorio no será consultable.” –Se destaca–

A su vez, el Artículo 65A de la Ley 23 de 1991, incorporado a dicha normativa por el Artículo 73 de la Ley 446 de 1998, dispone, en su inciso tercero, 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”.

Pese a esta disposición hace referencia a la conciliación extrajudicial, el H. Consejo de Estado ha señalado expresamente que la misma y aquéllas que corresponden al capítulo 2 de la Ley 446 de 1994, aplican para los eventos de la conciliación en sede judicial, indicando en este sentido que:

“Aunque dichas normas estén contenidas en capítulo referido especialmente a la conciliación prejudicial, no obsta para hacerlo extensivo a la conciliación judicial, en aplicación a mecanismos garantistas de la legalidad.”⁵⁸

De la misma manera, con base en tales disposiciones, el H. Consejo de Estado ha señalado respecto de las conciliaciones judiciales lo siguiente:

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercer, Auto de siete (7) de febrero de 2002, Exp. 18.331.

“Según las disposiciones anteriores, 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.”⁵⁹

A los anteriores requisitos se agrega el contemplado en el parágrafo 2° del Artículo 61 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 81 de la Ley 446 de 1998, que al referirse a la conciliación dispone: *“No habrá lugar a conciliación cuando la correspondiente acción haya caducado”*.

Con base en las anteriores normas, el H. Consejo de Estado se ha referido puntualmente a los elementos o requisitos que deben verificarse para decidir sobre la aprobación de un acuerdo conciliatorio, cuando el mismo es celebrado por una persona de derecho público. Según esta Alta Corporación, las exigencias para la aprobación de un acuerdo conciliatorio son las siguientes:

“El juez, para aprobar el acuerdo, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- *La capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar.*
- *La debida representación de las personas que concilian.*
- *La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes.*
- *Que no haya operado la caducidad de la acción.*
- *Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación.*
- *Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público.”⁶⁰*

De conformidad con la normatividad expuesta y con lo dicho por la jurisprudencia, el Juez a cuya aprobación se someta un respectivo Acuerdo Conciliatorio que refiera a una controversia en la que sea parte una entidad estatal, tendrá que estudiar en cada caso los siguientes elementos a fin de resolver sobre la legalidad del mismo:

1. Que no haya operado la caducidad de la acción⁶¹;

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 22 de mayo de 2008, Exp. 33.797, C.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A. CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–
ACTA No. 65 – AUTO No. 77
Por el cual se aprueba el Acuerdo de Conciliación

2. Que la materia objeto de la controversia sea susceptible de disposición entre las partes, para efectos de lo cual tendrá que versar sobre aspectos de contenido económico ⁶²;
3. Que se cumplan los elementos esenciales y de validez de la conciliación;
4. Que se cuente en cada caso con las pruebas que soporten lo pactado en el respectivo acuerdo conciliatorio, frente a lo cual cabe agregar que el mismo no debe ser violatorio de la ley ni "... lesivo para el patrimonio público" ⁶³, es decir, que no constituya un acto carente de justificación patrimonial conforme al marco de las circunstancias, a la controversia suscitada entre las partes y a las pruebas respectivas.
5. Que el Comité de Conciliación de la respectiva entidad pública haya emitido concepto previo favorable frente al acuerdo conciliatorio ⁶⁴.
6. Que el acuerdo conciliatorio se tramite ante la autoridad competente ⁶⁵.
7. Que la conciliación se haya celebrado por las partes o sus apoderados facultados expresamente para tal efecto.

⁶¹ El artículo 61 de la Ley 23 de 1991, modificado por la ley 446 de 1998, preceptúa: "No habrá lugar a conciliación cuando la correspondiente acción haya caducado".

⁶² El artículo 59 de la ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la ley 446 de 1998 dispone: "Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, 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."

⁶³ El artículo 73 de la ley 446 de 1998 incorporó el artículo 65^a de la Ley 23 de 1991, estableciendo en su inciso tercero: "La autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se haya presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley, o resulte lesivo para el patrimonio público".

⁶⁴ El artículo 75 de la Ley 446 de 1998, preceptúa: "ART. 75.-Comité de conciliación. La ley 23 de 1991 tendrá un nuevo artículo, así: "ART. 65B.-Las entidades y organismos de derecho público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y los entes descentralizados de estos mismos niveles, deberán integrar un comité de conciliación, conformado por los funcionarios del nivel directivo que se designen y cumplirá las funciones que se le señalen. Las entidades de derecho público de los demás órdenes tendrán la misma facultad".

⁶⁵ El parágrafo del artículo 5° del Decreto 1214 de 2000 establece: "PAR.-Las entidades públicas sólo celebrarán conciliaciones en materia de lo contencioso administrativo ante los jueces competentes o ante los agentes del Ministerio Público correspondientes hasta tanto se expida la reglamentación correspondiente a los centros de conciliación".

Cada uno de los mencionados requisitos tendrá que analizarse por parte del Juez en sede de conciliación y solo el estricto cumplimiento de los mismos dará lugar a la aprobación del acuerdo conciliatorio logrado por las partes y, en consecuencia, a la terminación del proceso judicial de ser el caso. Vale destacar que la *“... decisión frente a la aprobación de la conciliación está íntimamente relacionada con la terminación del proceso; si se trata de una conciliación judicial y ésta es aprobada, el auto que así lo decide pondrá fin al proceso; si en el auto no se aprueba la conciliación esa providencia decide sobre la no terminación del proceso, dado que la no aprobación impide la finalización del mismo”*⁶⁶.

2.2 Las facultades del juez en el análisis de la conciliación

Los requisitos precedentes determinan la actuación y las facultades que corresponden al juez de lo contencioso administrativo o al Tribunal de Arbitraje que conoce de una controversia con esta naturaleza, según sea el caso, quien asume en materia de conciliación una importante función encaminada, primero, a propiciar la solución directa de las diferencias que hayan sido propuestas vía pretensión judicial y, segundo, a pronunciarse sobre la aprobación del acuerdo conciliatorio a que eventualmente lleguen las partes del proceso.

Tratándose de esta segunda función, debe considerarse que en el caso en que las partes en conflicto solucionen sus diferencias mediante 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”*⁶⁷.

Se advierte de esta forma que la sola suscripción de un acuerdo conciliatorio no supone, *per se*, que el juez esté obligado a dar su aprobación frente al mismo y mucho menos que el juicio correspondiente se reduzca a una simple labor mecánica de constatación formal encaminada a establecer la naturaleza transigible de la controversia y la capacidad de las partes o de sus apoderados para conciliar. Por el contrario –como ya se ha expuesto–, dada la especial naturaleza de las relaciones

⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de veinticuatro (24) de agosto de 1995, Exp. 10.971.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Auto de veintiocho (28) de abril de 2014, Exp. 41.834, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A. CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–
ACTA No. 65 – AUTO No. 77
Por el cual se aprueba el Acuerdo de Conciliación

contencioso administrativas, es menester que en cada caso se estudien a profundidad y de manera rigurosa los distintos requisitos antes mencionados y con base en ello se decida de fondo si hay o no lugar a aprobar el acuerdo conciliatorio.

Sobre este asunto en particular, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo se ha referido a las facultades del juez respecto de la conciliación, en los siguientes términos:

“... los poderes del juez frente al acto de conciliación de las partes no pueden ser tan restringidos, de modo que su tarea se limite al examen de la naturaleza transigible o conciliable que revista la pretensión y a la capacidad de las partes y de los apoderados para adoptar esa conducta; ‘la conformidad con la ley’ del acto de conciliación de que trata el inciso tercero del artículo 6° del decreto 2651 de 1991, sugiere un campo de mucha mayor amplitud que el descrito por el a-quo, máxime en tratándose de procesos contencioso administrativos en los cuales está comprometido el tesoro público y los intereses de la colectividad además del simple interés del demandante.”

“Para efectos de precisar los linderos de la competencia del juez, resulta oportuno recordar los preceptos contenidos en los artículos 60 y 65 de la ley 23 de 1991, los dos atinentes a la conciliación prejudicial. ‘Por el primero, el consejero o magistrado debe definir si la conciliación resulta lesiva para los intereses patrimoniales del Estado o si puede hallarse viciada de nulidad absoluta, caso en el cual, por la disposición del segundo, ‘así lo declarará la Sala en providencia motivada y ordenará la continuación del proceso en cuanto fuere necesario.’”⁶⁸ –Subraya el Tribunal–

En este entendimiento, para los casos en que sea parte una entidad pública, corresponde al juez o al tribunal de arbitraje que conozca del acuerdo de conciliación, realizar el control de legalidad según lo dispuesto en este sentido por las normas antes citadas⁶⁹, teniendo en cuenta siempre que tal juicio se refiere a la legalidad de

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de trece (13) de octubre de 1993, Exp. 7.891.

⁶⁹ “En este punto resulta en extremo indispensable y necesario el control de legalidad que le ha sido asignado por la ley al operador judicial respecto de los acuerdos conciliatorios que se concluyeron con entidades públicas, comoquiera que ante cualquier ejercicio arbitrario, desproporcionado, irracional y/o abusivo de las facultades y prerrogativas de las que son titulares los diversos intervinientes, existe el deber de improbar el acuerdo conciliatorio por no ajustarse al ordenamiento jurídico.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Auto de veintiocho (28) de abril de 2014, Exp. 41.834, C.P. Mauricio Fajardo Gómez)

la conciliación y no a la conveniencia de la misma, pues este último aspecto es un asunto reservado estrictamente a la voluntad de las partes.

En conclusión, es a la Administración a quien corresponde adoptar las decisiones que a su juicio más convengan al interés público, mientras que al juez o al árbitro llamado a pronunciarse sobre la aprobación del acuerdo conciliatorio le corresponde verificar su legalidad. Es por ello que la doctrina señala que *“El juez no puede fiscalizar la entraña de la decisión discrecional, puesto que, sea esta del sentido que sea, si se ha producido dentro de los límites de la remisión legal a la apreciación administrativa (y con respeto de los límites generales que veremos) es necesariamente justa (como lo sería igualmente la decisión contraria)”*⁷⁰.

Por consiguiente, salvo en hipotéticos casos de errores manifiestos de valoración jurídica o de notoria ausencia de racionalidad económica, comprobables desde la órbita de lo que al juzgador le compete sin necesidad de análisis propios de expertos en otras materias, no le es dable a éste pronunciarse sobre la conveniencia de los términos del Acuerdo Conciliatorio convenido entre las Partes, como quiera que la bondad u oportunidad del mismo no pueden calificarse por principio, sino como el fruto de la experiencia, el análisis y los criterios (económicos, financieros, técnicos, comerciales y demás relevantes) que se reflejan en el Acuerdo Conciliatorio y en los documentos allegados como anexos del mismo.

3. Análisis del Acuerdo de Conciliación celebrado por las partes en el *sub judice*

En el marco del presente trámite arbitral, las partes han convenido en proponer para aprobación del Tribunal un Acuerdo en virtud del cual concilian y resuelven de manera definitiva todas las diferencias sometidas a su estudio y decisión. Efectivamente, en ejercicio de la autonomía de su voluntad y con arreglo a la ley, las partes renuncian expresamente a realizar cualquier reclamación presente o futura sobre los hechos que fundamentan las pretensiones y excepciones propuestas a conocimiento del Tribunal, como quiera que aceptan de manera incondicional que con la suscripción del Acuerdo Conciliatorio se declaran transigidas sus diferencias relacionadas con la ejecución del Contrato de Concesión No. 002 de 2006, sus Otrosíes y Adicionales.

⁷⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, p. 445. En sentido semejante, De Laubadere, *Traité de Droit Administratif*, número 595.

Ahora bien, el Tribunal observa que de acuerdo con las consideraciones hasta aquí expuestas, el Acuerdo celebrado por las partes satisface plenamente los requisitos que la ley y la jurisprudencia exigen para su aprobación, por lo que está llamado a producir los efectos sustanciales y adjetivos que le asigna el ordenamiento jurídico. Puntualmente, el Tribunal avala el acierto anterior en el análisis previo efectuado respecto al cumplimiento de cada uno de los requisitos legales en mención y el cual se compendia a continuación:

3.1 La vigencia de la acción

El término de caducidad correspondiente al medio de control de controversias contractuales para los contratos que requieren liquidación (2 años), se computa a partir del día siguiente a la terminación del contrato por cualquier causa (art. 164, num. 2, lit. j). De esta forma, es claro que para el caso concreto la acción fue ejercida oportunamente por la parte convocante, pues el contrato de concesión No. 002 de 2006 se encuentra aún en ejecución y en todo caso es de aquellos que requiere liquidación.

3.2 El carácter conciliable de las controversias

Como se expuso en acápites anteriores, la conciliación en materia administrativa tiene aplicación cuando se trata de conflictos de carácter particular, de contenido económico y en todo caso que sean de naturaleza transigible, de ahí que no pueda disponerse a través suyo de aspectos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional.

Bajo esta premisa, debe considerarse que las pretensiones formuladas por las partes tanto en la demanda arbitral reformada como en la reforma de la demanda de reconvencción, así como los pactos que se incluyen en el Acuerdo de Conciliación presentado a este Tribunal de Justicia, se refieren o conciernen de manera general a derechos económicos y, por consiguiente, de carácter transigible.

En efecto, el Acuerdo conciliatorio convenido entre las partes, tiene por objeto la terminación anticipada por mutuo acuerdo del Contrato de Concesión No. 002 de 2006, convenio cuyos efectos se ajustan a materias de carácter patrimonial y económico y, por ende, de orden transigible.

**PRIMERA
COPIA**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A. CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–
ACTA No. 65 – AUTO No. 77
Por el cual se aprueba el Acuerdo de Conciliación

Las partes acordaron suspender la ejecución de las obras de Construcción y Rehabilitación del Proyecto, exceptuando aquellas referidas a (i) los tramites o actividades que se hayan iniciado hasta la fecha de suscripción del Acuerdo Conciliatorio y (ii) las obligaciones relativas a la gestión predial del proyecto, aspectos de carácter económico susceptibles de constatación y disposición entre las partes en el marco de su relación contractual. Adicionalmente, se acordó la cesación del recaudo de los derechos de peaje de las estaciones de Rionegro y Lebrija, así como la entrega a la ANI por parte del Concesionario de todos los equipos y bienes muebles e inmuebles pertenecientes al proyecto, acuerdos que al concernir de manera general a derechos económicos son susceptibles de ser sometidos a una solución por vía de conciliación.

Así mismo, se convino en el pago de una suma de dinero a favor del Contratista a manera de compensación por la terminación anticipada del Contrato de Concesión, determinación que igualmente refiere a un asunto estrictamente patrimonial y que puede ser objeto de solución a través de la conciliación.

En consecuencia de lo anterior, el Acuerdo Conciliatorio comprende el desistimiento en su integridad del Tribunal No.2 (Alcances Progresivos), figura de carácter procesal que para el *sub judice*, tiene su fundamento en los acuerdos a que han llegado las partes y que aparecen consignados en las cláusulas del Acuerdo por ellas suscrito, aspecto que en todo caso será objeto de estudio en el mencionado Tribunal de Arbitraje.

Como se ve, el Acuerdo de Conciliación versa sobre cuestiones de carácter patrimonial y que son materia de controversia entre ellas en relación con el Contrato de Concesión No. 002 de 2006, por lo tanto, el Tribunal considera que tales asuntos son de libre disposición de las partes, del todo transigibles y susceptibles de las acciones relativas a controversias contractuales derivadas de un Contrato Estatal. Además, el Tribunal encuentra que esta conciliación cumple con los requisitos del contrato de transacción que constituye el negocio jurídico subyacente.

Ciertamente, si se considera que lo característico de la transacción es terminar un litigio pendiente o precaver un litigio eventual (C.C., Artículo 2469), el primer aspecto se encuentra cumplido al resultar evidente que como consecuencia de esta conciliación se solucionan las controversias sometidas a la decisión de este Tribunal y, por ende, se pone fin a las pretensiones de la demanda arbitral reformada, de la reforma a la demanda de reconvención, así como las excepciones de mérito

PRIMERA
COPIA

formuladas en las respectivas contestaciones. Así mismo, a partir del análisis del texto conciliatorio *sub examine*, se advierte claramente que las partes efectúan concesiones recíprocas de variada naturaleza, circunstancia también característica del Contrato de Transacción.

3.3. Los elementos esenciales y de validez de la conciliación

La conciliación, entendida como un acto jurídico, debe cumplir para su validez con los requisitos contemplados en el artículo 1502 del Código Civil⁷¹, esto es, capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto lícito y causa lícita. Al respecto, el Tribunal encuentra que todos estos elementos se encuentran cumplidos en la conciliación que ha sido sometida a su estudio y aprobación.

En efecto, de acuerdo con lo que se expresará más adelante, existe capacidad de las partes y de sus representantes para lograr y suscribir el Acuerdo de Conciliación. Además, el Tribunal no evidencia prueba alguna sobre la existencia de vicios en el consentimiento de las partes en la celebración del acuerdo. Finalmente, tampoco encuentra el Tribunal que exista objeto o causa ilícita; por el contrario, se observa que el acuerdo efectivamente se encuentra soportado probatoriamente, no es lesivo para el patrimonio público y versa sobre asuntos susceptibles de ser conciliados.

3.4. El Acuerdo de Conciliación NO es lesivo para el patrimonio de la Administración

Sin desconocer la importancia de las distintas exigencias dispuestas normativa y jurisprudencialmente para la procedencia de la conciliación en materia Administrativa, es imprescindible enfatizar en aquélla según la cual, el arreglo directo logrado entre las partes deberá encontrarse probatoriamente soportado y no podrá ser lesivo para los intereses económicos del Estado.

⁷¹ Artículo 1502, Código Civil: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) que sea legalmente capaz.

2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.”

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A. CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–
ACTA No. 65 – AUTO No. 77

Por el cual se aprueba el Acuerdo de Conciliación

En relación con el requerimiento legal de verificación de que el acuerdo conciliatorio no sea lesivo al patrimonio público, el H. Consejo de Estado ha establecido que “... lo que el juez debe observar principalmente es si lo conciliado está dentro de la legalidad o no, es decir que no se trate de una liberalidad de la Administración”⁷². De esta forma, cualquier reconocimiento económico efectuado por la Administración en el marco de una conciliación, sea prejudicial o judicial, deberá estar fundamentado en las pruebas que hubieren sido aportadas por las partes o en aquéllas practicadas durante las distintas oportunidades procesales. Con base en ello, habrá que examinarse si el acuerdo económico logrado por las partes en sede de conciliación resulta no lesivo para los intereses del patrimonio público.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal advierte de comienzo que las partes han acordado en terminar de manera anticipada y de mutuo acuerdo el contrato de concesión No. 002 de 2006, decisión que es procedente a la luz de lo estipulado en el texto contractual y en la normatividad aplicable al caso concreto. Con ocasión de esta determinación, a manera de compensación, se ha convenido en el Acuerdo de Conciliación el reconocimiento y pago de las siguientes sumas:

- \$105.781.410.385.54, correspondientes al valor total de las obligaciones financieras del Patrimonio Autónomo Autopistas de Santander para con los Bancos Davivienda y Bancolombia.
- \$3.000.000.000, correspondientes a la proporción acordada por las partes de las obligaciones adquiridas con proveedores por Autopistas de Santander S.A. relacionadas directamente con la ejecución del proyecto Zona Metropolitana de Bucaramanga y debidamente reportadas en la fiducia.

En cuanto a la determinación de las sumas en mención, las partes suscribientes dejaron claro en el texto del acuerdo que, si bien en la cláusula 48 del contrato de concesión No. 002 de 2006 se estipuló una fórmula para determinar la compensación a que habría lugar en el evento de la terminación anticipada de la relación contractual, no era posible dar aplicación a la misma, en tanto que dicho método contenía variables o inputs inherentes al contrato de obra pública que resultaban ajenos o extraños al contrato de concesión, circunstancia que, dada la naturaleza de la relación contractual, dificultaba la determinación del valor correspondiente.

⁷² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de siete (7) de febrero de 2002, Rad No.18.331.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A. CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–
ACTA No. 65 – AUTO No. 77
Por el cual se aprueba el Acuerdo de Conciliación

Aunado a lo anterior, las partes explicaron que la fórmula prevista en la mencionada cláusula 48 no contemplaba –para efectos de liquidar la compensación– la posibilidad de incluir y calcular los aportes efectuados por la Nación al proyecto ni los valores correspondientes a las disminuciones de la remuneración que estaban pendientes por aplicar.

Teniendo en cuenta este preciso aspecto, el Tribunal advierte que ante la complejidad que denota la terminación anticipada de un contrato de tracto sucesivo y de largo plazo como es la concesión, en el marco del cual se presentan una serie de circunstancias particulares que naturalmente no pudieron contemplarse al inicio de su ejecución, es procedente que las partes valoren y tengan en cuenta esta serie de variables a fin de establecer en debida forma el valor que habrá de reconocerse a título de compensación, respecto de lo cual debe destacarse que el funcionario delegado por la Procuraduría para rendir el informe presentado por la Señora Procuradora como anexo a su concepto concluyó “... que son razonables los argumentos de la ANI para no aplicar la fórmula del contrato”.

Considerando, entonces, que por las razones expuestas no se aplicó en el caso concreto la fórmula contenida en la cláusula 48 del contrato de concesión, el Tribunal observa que la determinación de las sumas a reconocer tuvo como fundamento un parámetro igualmente objetivo y del todo válido correspondiente a la certificación emitida por la Fiduciaria Bancolombia, la cual da cuenta de las obligaciones financieras del proyecto a 30 de septiembre de 2015 y del saldo de las cuentas por pagar para esa misma fecha.

En efecto, previa solicitud elevada por la ANI, la Fiduciaria Bancolombia emitió la certificación cuyo contenido se cita a continuación y que corresponde a la discriminación de los créditos abiertos por la sociedad concesionaria para cumplir con las inversiones y gastos del proyecto, a saber:

“En atención a la solicitud realizada mediante correo electrónico, con relación a los Saldos de las obligaciones Financieras y Cuentas por Pagar del P.A. Autopistas de Santander, en virtud del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Garantía, Administración y Fuente de Pago suscrito entre la Sociedad Autopista de Santander S.A. y Fiduciaria Banitsmo (Hoy HSBC FIDUCIARIA Liquidada) el 4 de mayo de 2007, cedió a Fiduciaria Bancolombia S.A., Sociedad Fiduciaria, mediante documento privado de

PRIMERA
COPIA

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A. CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–
ACTA No. 65 – AUTO No. 77
Por el cual se aprueba el Acuerdo de Conciliación

fecha 17 de enero de 2008, de manera atenta, nos permitimos presentar la siguiente información:

- Saldo Obligaciones Financieras a 30 de Septiembre de 2015:

CREDITO	ENTIDAD FINANCIERA	CREDITO No.	FECHA DE DESEMBOLSO	SALDO SEPTIEMBRE 2015
DEUDA LARGO PLAZO	BANCOLOMBIA	1260141257	26-07-11	\$6.212.953.439,00
DEUDA LARGO PLAZO	BANCOLOMBIA	1260140423	19-05-11	\$50.397.675.067,26
DEUDA LARGO PLAZO	DAVIVIENDA	0-7004047300026723	19-05-11	\$16.350.386.491,25
DEUDA LARGO PLAZO	DAVIVIENDA	0-700404730000-30048	26-07-11	\$2.289.193.862,10
DEUDA PREDIOS	BANCOLOMBIA	1260140434	19-05-11	\$8.136.380.284,25
DEUDA PREDIOS	BANCOLOMBIA	1260141577	19-08-11	\$6.908.560.132,00
DEUDA PREDIOS	DAVIVIENDA	0-70040473000-73311	19-08-11	\$2.962.586.531,74
DEUDA PREDIOS	DAVIVIENDA	070040473000-73303	19-08-11	\$2.523.903.986,01
DEUDA VIGENCIAS FUTURAS	DAVIVIENDA	0-70040473000-33646	24-10-11	\$9.999.770.591,93
TOTALES				\$105.781.410.385,54

- El saldo de las Cuentas por Pagar a 30 de Septiembre de 2015, es de \$25.340.512.408,20, se anexa relación detallada."

Es esta certificación la que sirvió de soporte a los contratantes para definir la compensación por la terminación anticipada del contrato de concesión. Como puede advertirse, el primer valor indicado en la cláusula sexta del Acuerdo de Conciliación, correspondiente a la suma de \$105.781.410.385,54, coincide con el monto indicado por la Fiduciaria Bancolombia a título de "Saldo Obligaciones Financieras a 30 de Septiembre de 2015", respecto de lo cual hay que destacar que los créditos que se relacionan en el cuadro contenido en la mencionada certificación fueron tomados por la sociedad concesionaria a fin de cumplir con las inversiones y gastos (CAPEX y OPEX) del proyecto.

Ahora bien, tratándose de la suma correspondiente a los \$3.000.000.000 que se reconocen en el segundo numeral de la cláusula sexta antes mencionada, se tiene que dicho valor fue fruto de la negociación entre las partes respecto del "saldo de las Cuentas por Pagar" a los proveedores del proyecto, monto que originalmente –de acuerdo con lo indicado por la Fiduciaria– ascendía a un total de \$25.340.512.408,20.

PRIMERA COPIA

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A. CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–
ACTA No. 65 – AUTO No. 77
Por el cual se aprueba el Acuerdo de Conciliación

Con claridad de lo anterior, es preciso destacar en este punto que de acuerdo con lo pactado en el parágrafo primero de la cláusula sexta del Acuerdo de Conciliación, la suma correspondiente a \$105.781.410.385,54, de aprobarse dicho Acuerdo, será pagada directamente por la entidad pública contratante a las entidades financieras con las que se tienen los créditos u obligaciones financieras adquiridas con el objeto de cumplir con las inversiones y gastos del proyecto, según lo señalado en este sentido por la certificación de la Fiduciaria Bancolombia.

Esta especial circunstancia denota marcada relevancia en atención a que, aunado a que las sumas a reconocer corresponden a las obligaciones crediticias y a las cuentas por pagar con ocasión de las inversiones y gastos sufragados por la sociedad concesionaria en el proyecto, el particular contratista no sería el destinatario de las mismas, sino que éstas serían entregadas directamente por la ANI a las respectivas entidades bancarias a fin de saldar tales cuentas. De esta forma, si bien la compensación se acuerda a favor de la sociedad concesionaria y tiene lugar con ocasión de la terminación anticipada de la relación contractual, la suma de \$105.781.410.385,54 no se entregará ni estará a disposición del particular contratista, sino que será pagada directamente a las entidades de crédito a fin de cubrir las deudas contraídas en el marco del proyecto y que tuvieron por objeto realizar las inversiones y los gastos necesarios para la ejecución de obras y la realización de actividades de operación y mantenimiento exigidas contractualmente.

Considerando de esta forma que los dineros a que se refiere la certificación en comento corresponden –según la Fiduciaria– a créditos obtenidos u otorgados con destino al proyecto, lo cual adquiere marcada importancia en atención a que era en el respectivo patrimonio autónomo en el cual se manejaban los recursos del contrato y, puntualmente, se conocía la destinación o asignación de los mismos, es preciso tener en cuenta que de acuerdo con los resultados expuestos por el perito técnico, doctor Héctor Parra Ferro, el contrato de concesión presentaba un avance considerable para la fecha de su informe, circunstancia que de manera general permite advertir que las deudas adquiridas para la ejecución del proyecto tienen una relación directa y proporcional con las actividades de obra y de operación ejecutadas en el marco del mismo.

Sobre este particular, precisando lo acontecido respecto de cada uno de los tramos del proyecto, el auxiliar de la justicia concluyó en su experticia lo siguiente en relación con el estado de avance del proyecto:

“Las actividades pendientes en la etapa de construcción y rehabilitación fueron definidas, luego de un acuerdo conciliatorio entre las partes, en el Otrosí No. 9 del 14 de enero de 2014. En este documento se definieron varias actividades por tramo que el concesionario se comprometió a ejecutar según los plazos establecidos dentro del mismo documento. La Interventoría a cargo de Jorge Piddo Sucursal Colombia ha realizado un seguimiento a cada una de estas actividades estableciendo su estado actual y progresos a la fecha. De esta manera y según la información contenida en el Informe Mensual de Interventoría de diciembre de 2014, a continuación se presenta una síntesis por tramos del estado de la Concesión:

“Tramo 1

“Se encuentra como pendiente la empedradización del separador en el Retorno Aldana (PR69+165). Las demás actividades se encuentran ejecutadas.

“Tramo 2

“No se ha llevado a cabo el traslado de los fruteros al existente Paseo de Las Frutas, siendo esto un retraso en términos de gestión social que impide la culminación de la segunda calzada de la zona. Se encuentra pendiente, por motivos prediales, la ejecución del puente peatonal en el PR60+180.

“Tramo 3

“No se acordaron actividades a realizar en este tramo en el Otrosí No. 9.

“Tramo 4

“El puente peatonal comprometido en el PR12+470 se encuentra en ejecución, esto fue comprobado en el campo por el Perito el 3 de febrero de 2015.

“Tramo 5

“Se encuentra suspendido por acción y efecto del Otrosí No. 9.

“Tramo 6

“La gestión predial para la construcción de un puente peatonal en el PR3+850 se encuentra en ejecución; su construcción está pendiente. La

ejecución de la segunda calzada en el tramo se encuentra pendiente mientras se adelanta la gestión predial. De igual manera, para la intersección Colseguros se desarrolla la gestión predial, pero no se han iniciado construcciones. Por otro lado, se encuentra en construcción un retorno en el PR0+470, se desarrolla gestión predial para un retorno en Kennedy y para uno en la curva del diablo; estos dos últimos fueron programados para construir durante el 2015.

“Tramo 7

“No se ha iniciado la rehabilitación de la calzada existente entre el PR2+480 y el PR2+740. Las actividades de construcción del Par Vial se encuentran en ejecución desde agosto de 2014.

“Tramo 8

“No se acordaron actividades a realizar en este tramo dentro del Otrosí No. 9.

“Tramo 9

“No se acordaron actividades a realizar en este tramo dentro del Otrosí No. 9.

“Tramo 10

“Se tiene pendiente la ejecución de un paso semaforizado en el PR77+050 y un retorno en el PR77+550. En el primer aspecto se han realizado actividades administrativas y para el retorno aún no se ha iniciado la gestión predial.”

“De la información anterior se puede concluir que los tramos 3, 8 y 9 se encuentran culminados según las dos partes. Sin embargo, con excepción del tramo 5 que fue suspendido, los demás tramos aún presentan actividades pendientes y no han culminado su etapa de construcción y rehabilitación. Adicional a esto y de acuerdo a la información enunciada en la respuesta a la pregunta A106, los tramos aún no presentan un Índice de Estado de 4.5, requerido por el Apéndice B del Contrato de Concesión No. 002 de 2006, para entrar en etapa de operación.”⁷³

⁷³ Páginas 269 a 271 – Informe Inicial rendido por el perito técnico, doctor Héctor Parra Ferro.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A. CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–
ACTA No. 65 – AUTO No. 77
Por el cual se aprueba el Acuerdo de Conciliación

La conclusión del perito técnico es indicativa del considerable avance de obra que a la fecha de presentación de su informe tenía el proyecto concesional. Esto deja en evidencia que el reconocimiento que a título de compensación fue pactado en el Acuerdo Conciliatorio concierne o corresponde a la retribución o remuneración de las obras y demás actividades ejecutadas en el marco del proyecto concesional, tal como se desprende de la certificación emitida por la Fiduciaria Bancolombia.

En efecto, si se tiene en cuenta que los valores a reconocer refieren única y exclusivamente a las obligaciones crediticias y cuentas por pagar del contrato, esto es, al pago de los recursos que se adeudan por concepto de las inversiones y gastos sufragados para ejecutar las actividades constructivas y de operación del proyecto, es claro que los dineros que se girarán por parte de la ANI a los bancos tiene por causa la “remuneración” de las obras y demás actividades ejecutadas en cumplimiento del objeto contractual, destacando que no se está reconociendo valor alguno por conceptos distintos a los indicados.

Ligado a lo anterior, es preciso hacer mención en este punto a la observación planteada por la Señora Agente del Ministerio Público en su concepto, en donde se refirió al ingreso esperado del proyecto manifestando que, según los cálculos realizados por el personal de Apoyo Técnico de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, los reconocimientos económicos contemplados en el Acuerdo de Conciliación, sumados a los demás conceptos de remuneración del contrato, se estaría pagando un valor superior al ingreso esperado del proyecto en un 23.63%.

Como se dijo antes, tras conocer el concepto y las inquietudes planteadas por la Señora Agente del Ministerio Público, las partes presentaron conjuntamente un memorial dando respuesta a tales observaciones. A este respecto se clarificó de manera ilustrativa y debidamente discriminada lo concerniente a los ingresos del contrato de concesión No. 002 de 2006, precisándose sobre el particular cada uno de los componentes de la remuneración de la sociedad concesionaria, así:

“El ejercicio correctamente elaborado implica comparar la retribución efectivamente percibida por el Concesionario que corresponde a \$361.762.413.780 [incluyendo el valor reconocido mediante la conciliación] con el valor que contractualmente estaba a cargo del INCO hoy ANI, esto es, \$419.435.249.906, valor que corresponde a la suma de: (i) Vigencias Futuras por \$112.179.804.552 estipulados en el Contrato, (ii) Aportes – Fidupetrol por \$36.139.448.354 y (iii) El Ingreso Esperado por \$271.116.000.000.”

PRIMERA
COPIA

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A. CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–
ACTA No. 65 – AUTO No. 77
Por el cual se aprueba el Acuerdo de Conciliación

Las partes clarifican conforme a lo anterior que, al comparar ambos montos, el porcentaje que recibiría el Concesionario luego de la conciliación correspondería al 86.25% frente al valor contingente contractual, lo cual demuestra que no es cierto lo señalado en el informe de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría, cuando se concluyó que la conciliación implicaría percibir valores adicionales al ingreso esperado del contrato.

Cabe citar en este punto lo estipulado en la cláusula 20 del contrato de concesión, en donde se establece de manera clara que los aportes o pagos que realice el INCO a favor de la concesionaria, no se computarán para el cálculo del ingreso esperado, aspecto que no fue tenido en cuenta al realizar el informe rendido por la Procuraduría. La cláusula en mención señala:

“20.2 El INCO realizará los Pagos del INCO en la Subcuenta de Pagos del INCO. Los Pagos de INCO constituirán parte de la remuneración del INCO al Concesionario por su labor, pero no harán parte del Ingreso Esperado del Concesionario y tampoco se computarán para el cálculo del Ingreso Generado.”

En virtud de lo anterior, el ejercicio correctamente elaborado implica comparar los siguientes parámetros o inputs:

<p>Ingreso Generado (Recaudo de Peajes) + Valor de la Conciliación + Vigencias Futuras + Aportes de Fidupetrol</p>	Vs	<p>Ingreso Esperado + Vigencias Futuras + Aportes de Fidupetrol</p>
--	-----------	---

En el primer caso, se obtiene un valor a pagar a favor del Contratista por \$361.762.413.780 y, en el segundo, un valor de \$ 419.435.249.906, lo cual demuestra que las sumas reconocidas en el Acuerdo de Conciliación de manera alguna implican el pago de valores superiores al monto fijado en el contrato como ingreso esperado, por el contrario, la sociedad concesionaria está recibiendo menos de lo proyectado, circunstancia que se explica por las obras pendientes o en ejecución al momento de suscribirse el Acuerdo de Conciliación.

**PRIMERA
COPIA**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A. CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–
ACTA No. 65 – AUTO No. 77

Por el cual se aprueba el Acuerdo de Conciliación

Las consideraciones expuestas permiten advertir que en el caso concreto se satisface el requisito concerniente a la no lesividad del patrimonio público, habida cuenta que está demostrado que las sumas que reconocidas en el Acuerdo de Conciliación –las cuales serán pagadas directamente por la entidad pública a las entidades bancarias–, conciernen o tienen por causa el contrato mismo y, de manera puntual, la remuneración de las obras y demás actividades ejecutadas en el marco del proyecto concesional.

Conforme a lo indicado en la certificación de la Fiduciaria Bancolombia, los valores que en la misma se indican respecto de las obligaciones y cuentas por pagar corresponden a deudas adquiridas y destinadas a la ejecución del contrato, de manera que el reconocimiento y pago de las mismas por parte de la entidad pública contratante corresponde a la remuneración de las obras y actividades propias del proyecto, al punto en que será directamente la entidad pública la que efectúe los pagos correspondientes a las entidades bancarias.

En otras palabras, con las sumas reconocidas en el Acuerdo de Conciliación se estarían saldando las obligaciones y cuentas por pagar contraídas para cubrir las inversiones y gastos del proyecto que debido a la terminación anticipada de la relación contractual no podrán recuperarse a través del mecanismo originalmente contemplado, esto es, a través del recaudo de peajes y la obtención del ingreso esperado del proyecto. Tan cierto es lo anterior que aparte de estos valores no se está efectuando reconocimiento adicional alguno y tampoco se ha pactado la entrega de recursos por otros conceptos a la sociedad concesionaria.

Vale señalar en este sentido que las consideraciones expuestas dejan en evidencia que los reconocimientos económicos contenidos en el Acuerdo de Conciliación tienen una causa jurídica válida y de manera alguna corresponden a una simple liberalidad de la entidad pública contratante⁷⁴, pues –valga la reiteración– se están reconociendo y pagando unos valores que corresponden o cubren las inversiones y los gastos sufragados con ocasión de la ejecución de las obras y demás actividades inherentes al contrato de concesión No. 002 de 2006, de ahí que pueda concluirse que el Acuerdo de Conciliación celebrado en estos términos no resulta lesivo para el patrimonio público.

⁷⁴ “... lo que el juez debe observar principalmente es si lo conciliado está dentro de la legalidad o no, es decir, que no se trate de una liberalidad de la Administración.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de siete (7) de febrero de 2002, Exp. 18.331)

3.5. El concepto previo y favorable del Comité de Conciliación

Reposa en el expediente la certificación emitida por la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación de la Agencia Nacional de la Infraestructura –ANI–, expedida el día diecisiete (17) de noviembre de 2015, por medio de la cual se acredita la aprobación por unanimidad del Acuerdo de Conciliación que a la postre fue presentado a este Tribunal Arbitral. Concretamente, la Secretaria Técnica da cuenta que el Comité de Conciliación, en sesión realizada el día diecisiete (17) de noviembre de 2015, procedió a estudiar la viabilidad del Acuerdo Conciliatorio decidiendo a este respecto lo siguiente:

DECISIÓN DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN

*Analizada la recomendación del apoderado de la Entidad y una vez estudiados los fundamentos fácticos, técnicos y jurídicos del presente caso, el Comité de Conciliación de manera unánime ha decidido **APROBAR EL ACUERDO CONCILIATORIO** a suscribirse con la sociedad Autopistas de Santander S.A.; entendiendo que dicho acuerdo será sometido a consideración del Tribunal de Arbitramento, previo concepto del Ministerio Público.*

De acuerdo a lo anterior, resulta claro que el Comité de Conciliación de la entidad pública convocada se reunió, estudió y aprobó el contenido del Acuerdo de Conciliación que fue presentado al Tribunal el pasado dieciocho (18) de noviembre de dos mil quince (2015), dándose así cumplimiento a la exigencia contemplada normativamente sobre este particular.

3.6 El trámite del acuerdo de conciliación ante autoridad competente

Es el presente Tribunal de Arbitramento la autoridad competente para decidir sobre la aprobación del Acuerdo de Conciliación *sub examine*, toda vez que el mismo se suscribió y fue presentado dentro del marco del proceso arbitral iniciado por la parte Convocante. En consecuencia, siendo el Tribunal el juez del contrato por voluntad de las partes –contenida en la cláusula compromisoria- también lo es para la aprobación del acuerdo conciliatorio. No sobra recordar en este punto que, tratándose del numeral tercero del Acuerdo de Conciliación, relacionado con la aplicación de disminuciones de la remuneración del contrato, el Tribunal declarará su falta de competencia para conocer y decidir sobre este asunto en particular, sin que ello impida un pronunciamiento respecto de los demás acuerdos ni la terminación del proceso con ocasión de la aprobación de la conciliación.

**PRIMERA
COPIA**

3.7. La debida capacidad y representación de las partes que concilian

En cuanto a la capacidad para conciliar, el Tribunal encuentra que el Acuerdo de Conciliación fue suscrito por las personas que fungen para el caso concreto como representantes legales, quienes se identificaron en el acápite 3 de la presente providencia, todos debidamente habilitados para comprometer a la respectiva persona jurídica, según se trate, de acuerdo con los certificados de existencia y representación que fueron aportados como anexo al acuerdo y con el decreto y acta de posesión del Vicepresidente de la ANI que también se allegó junto con dicho memorial.

Así mismo observa el Tribunal que, además de tener capacidad y estar debidamente representadas las partes que suscriben el acuerdo de conciliación, están representadas judicialmente por sus abogados apoderados debidamente constituidos, de acuerdo con lo explicado en los numerales 3.1 y 3.2 del acápite de antecedentes de esta providencia.

3.8. El concepto del Ministerio Público

Como se expuso antes, la Señora Agente del Ministerio Público presentó oportunamente su concepto relacionado con el Acuerdo de Conciliación, mediante el cual se refirió a todos y cada uno de los requisitos de la conciliación. Puntualmente, la Señora Procuradora expuso algunas consideraciones relacionadas con el elemento de la no lesividad del patrimonio público, solicitando al respecto que las partes rindieran unas explicaciones que fortalecieran el Acuerdo, las cuales fueron presentadas a través de escrito con fecha de cuatro (4) de febrero de 2012.

Por último, la Señora Agente del Ministerio Público manifestó que una vez abordados y superados estos aspectos en beneficio de la consolidación del Acuerdo, el Tribunal tendría mayores elementos de juicio para adoptar una decisión, “... contando para ello en dicho evento con el asentimiento del Ministerio Público en cuanto a la viabilidad y aprobación del Convenio al que se ha llegado”.

PRIMERA
COPIA

3.9. Conclusión

Visto lo que antecede respecto a los requisitos para la aprobación de la conciliación, y primordialmente en que ésta no sea violatoria de la ley, el Tribunal se remite a lo ya expuesto en estas consideraciones, para arribar a la conclusión que, en este sentido, no hay objeción que le impida otorgarle su aprobación al Acuerdo de Conciliación.

Por todas las anteriores consideraciones, se reúnen en el presente caso todos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para que el Tribunal imparta su aprobación al Acuerdo de Conciliación presentado conjuntamente por las partes mediante escrito radicado el día el día dieciocho (18) de noviembre de dos mil quince (2015).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre la sociedad **AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A.** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–**, por razón del Contrato de Concesión No. 002 de 2006,

III. RESUELVE

PRIMERO: Declarar que este Tribunal de Arbitraje no tiene competencia para conocer y decidir sobre la aprobación o no aprobación de lo pactado por las partes en la cláusula tercera –junto con sus párrafos–, contenida en el Acuerdo de Conciliación presentado el dieciocho (18) de noviembre de 2015, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: A excepción de la cláusula tercera, respecto de la cual el Tribunal de Arbitraje no tiene competencia para pronunciarse, se imparte aprobación a las demás cláusulas, estipulaciones y pactos contenidos en el Acuerdo de Conciliación presentado por las partes en forma conjunta y de común acuerdo, el cual está suscrito por los representantes debidamente facultados de la sociedad **AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A.** y de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–**, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**PRIMERA
COPIA**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A. CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-
ACTA No. 65 - AUTO No. 77
Por el cual se aprueba el Acuerdo de Conciliación

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, declarar que la conciliación así aprobada produce efectos de cosa juzgada en última instancia en los términos contenidos en el Acuerdo de Conciliación, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 145 del Decreto 1818 de 1998. El Presidente del Tribunal hará los respectivos pagos.

QUINTO: Ordenar que por Secretaría se le haga entrega a cada una de las partes de la copia auténtica del Acta de esta Audiencia de Conciliación, con la constancia de que se trata de la Primera Copia que presta mérito ejecutivo, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1° del artículo 1° de la Ley 640 de 2001, y con la constancia de ejecutoria correspondiente, según lo dispone el numeral 2° del artículo 114 del Código General del Proceso.

SEXTO: Sin condena en costas.

La anterior decisión se notificó por estrados.

Sin que ninguna de las partes hubiere manifestado inconformidad alguna, la providencia anterior queda ejecutoriada.

En consecuencia, el Tribunal declara la terminación del presente trámite arbitral.

Se firma el acta por quienes comparecieron a la presente diligencia.


GERMÁN ALONSO GÓMEZ BURGOS
Árbitro Presidente


MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR
Árbitro


RODRIGO NOGUERA CALDERÓN
Árbitro

**PRIMERA
COPIA**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A. CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-
ACTA No. 65 - AUTO No. 77
Por el cual se aprueba el Acuerdo de Conciliación



GABRIEL DE VEGA PINZÓN
Apoderado Parte Convocada


JORGE EDUARDO CHEMÁS JARAMILLO
Apoderado Parte Convocante


GERMÁN CÓRDOBA ORDÓÑEZ
Vicepresidente de la ANI


ANDREA VERA PABON
Gerente Jurídica de la ANI


JOHANNA JARAMILLO SEVERINO
Representante Legal Autopistas de Santander S.A.


ANNY MARGARITA JORDI DE OSTAU DE LAFONT
Procuradora Cuarta Judicial II para Asuntos Administrativos


ÓSCAR JULIÁN VALENCIA LOAIZA
Secretario Tribunal

PRIMERA
COPIA

CONSTANCIA SECRETARIAL

El suscrito Secretario del Tribunal Arbitral constituido para dirimir las controversias suscitadas entre la sociedad **AUTOPISTAS DE SANTANDER S.A.** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI–**, hace constar a través de la presente lo siguiente:

1. Que en el marco de la audiencia llevada a cabo hoy, dieciocho (18) de febrero de 2016, el Tribunal Arbitral profirió el Auto No. 77 (Acta No. 65), mediante el cual, entre otras decisiones, aprobó el Acuerdo de Conciliación presentado conjuntamente por las partes el dieciocho (18) de noviembre de 2015.
2. Que el Auto No. 77 (Acta No. 65) de dieciocho (18) de febrero de 2016 fue notificado por estrados en el marco de la referida audiencia y en su contra no se formuló recurso alguno, quedando ejecutoriado en el acto, según lo disponen los artículos 294 y 302 del Código General del Proceso.
3. Que la copia auténtica de la providencia que se acompaña en las páginas precedentes corresponde a la PRIMERA COPIA y PRESTA MÉRITO EJECUTIVO en los términos del parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 640 de 2001 y del numeral 2º del artículo 114 del Código General del Proceso.

La presente constancia se expide en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal Arbitral en el numeral quinto de la parte resolutive del Auto No. 77 (Acta No. 65) de dieciocho (18) de febrero de 2016.

Dada en Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días del mes de febrero de 2016.



ÓSCAR JULIÁN VALENCIA LOAIZA
Secretario Tribunal