

TRIBUNAL ARBITRAL

DESARROLLO VIAL DE NARIÑO S.A. – DEVINAR S.A.

contra

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

ACTA No. 31

En la ciudad de Bogotá D.C. a los veinte (20) días del mes marzo de dos mil quince (2015), siendo las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.), fecha y hora señaladas en providencia anterior, se reunió el Tribunal Arbitral integrado por CLARA MARÍA GONZÁLEZ ZABALA, quien preside, HUMBERTO DE LA CALLE LOMBANA y FELIPE NAVIA ARROYO, en su calidad de árbitros, y ROBERTO AGUILAR DIAZ, en la de Secretario

Comparecieron a la audiencia ANA MARÍA RUAN PERDOMO, apoderada de la parte demandante; JUAN CARLOS MARÍA C., representante legal Devinar S.A.; GABRIEL DE VEGA PINZÓN, apoderado de la parte convocada; GERMÁN EDMUNDO CÓRDOBA ORDÓÑEZ, en su calidad de Vicepresidente Ejecutivo de la Agencia Nacional de Infraestructura; y RODRIGO BUSTOS BRASBI, Procurador 51 Judicial II para Asuntos Administrativos.

INFORME DEL SECRETARIO

1. Mediante escrito del 12 de marzo del presente año la señora Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado solicitó copia del acta y grabación de la audiencia del día 11 del mismo mes.
2. En escrito radicado el 12 de marzo del año en curso el apoderado de la parte convocada solicitó la aclaración y complementación del dictamen pericial contable – financiero.
3. En escrito del pasado 18 de marzo la señora Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado presentó algunas consideraciones en torno a la audiencia del día 11 de marzo de 2015.
4. En el día de hoy la parte convocada aportó copia de la Resolución 524 del 9 de marzo de 2015, por la cual la Agencia Nacional de Infraestructura

declaró la pérdida de ejecutoriedad de las Resoluciones 469 del 29 de septiembre y 617 y 618 del 29 de diciembre de 2011.

5. El término transcurrido del proceso es de 5 meses y 29 días calendario y el plazo restante es de 6 meses y 2 días calendario, al cual deben agregarse las suspensiones solicitadas y decretadas que ascienden a 130 días calendario dentro del máximo de 120 días hábiles de que trata el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012.

AUTO No. 43

Expídanse las copias del Acta No. 30 del 11 de marzo de 2015 y de la grabación de dicha audiencia solicitadas por la señora Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

La providencia anterior quedó notificada en estrados.

AUTO No. 44

En el escrito presentado el pasado 18 de marzo la señora Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado señala lo siguiente sobre la intervención de dicha entidad y sobre la citación de que fue objeto:

1. Que la posibilidad de intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado es potestativa y resulta de la ley y de las valoraciones de su Consejo Directivo.
2. Que en ejercicio de esa facultad decidió intervenir en el proceso con Radicación No. 2369 por solicitud de la ANI a raíz de la reforma de la demanda presentada por Devinar S.A.
3. Que *"la Agencia no ha sido advertida de elementos fácticos o jurídicos puestos de manifiesto por la ANI o por los árbitros, que hagan necesaria nuestra intervención o que coincidan con los criterios trazados por el Consejo Directivo para ejercer dicha potestad discrecional"*.
4. Que *"la ANI ha dispuesto para este trámite arbitral un equipo jurídico liderado por el abogado Gabriel De Vega Pinzón, el cual a nuestro juicio reúne todas las calidades de formación, experiencia y solidez para representar de manera adecuada los intereses del Estado"*. Y que, *"En este proceso interviene además, en forma activa y oportuna, la Procuraduría General de la Nación a través de su Agente para garantizar la defensa de los intereses del Estado y de la sociedad, así como la protección del ordenamiento legal y constitucional"*.

5. Que la Agencia no es sujeto procesal en este trámite y que por lo mismo carece de competencia para emitir concepto sobre la conciliación.

Igualmente, sobre su inconformidad frente a algunos actos procesales la señora Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado manifiesta:

1. Que el Tribunal invoca los poderes correccionales para conminarla a asistir a audiencia de conciliación.
2. Que la nota de prensa que originó su citación no guarda relación con este proceso.
3. Que en la audiencia del 11 de marzo de 2015 fue informada que había sido convocada para rendir "testimonio" sobre una declaración que rindió para un periodista y también para rendir testimonio respecto del contenido mismo del acuerdo conciliatorio.
4. Que la ley no prevé la prueba testimonial dentro de una audiencia de conciliación; que el testimonio versa sobre hechos del litigio; y que su testimonio no fue previamente decretado como prueba.
5. Que lo ocurrido *"pone de manifiesto la intención de presionar a la Agencia y, particularmente a su Directora, a dar su opinión sobre una decisión de conciliación ya definida y asumida por las partes, cuya aprobación, de conformidad con la ley, corresponde en forma exclusiva a los miembros del panel arbitral"*.

Concluye que no resulta de caso la intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en esta caso, salvo que los árbitros así lo manifiesten en providencia en donde expliquen las razones objetivas y concretas y únicamente si han advertido deficiencias en relación con la defensa del Estado.

Para resolver el Tribunal

CONSIDERA

A. En cuanto a la citación a la señora Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado:

1. El motivo y el fundamento de la citación a la señora Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado están explícitos en las providencias proferidas en los procesos con radicación Nos. 2369 y 2800 y en la citación que se le cursó. En ese sentido, por lo menos en el primero de los procesos en que interviene la mencionada Agencia por conducto de apoderado judicial, ningún recurso ni protesta se presentó frente a la

providencia que dispuso la mencionada citación. Y en el segundo, ninguna protesta se advirtió por la señora Directora, distinta al hecho de que no comparecía de manera voluntaria sino como producto de la citación, lo cual se advierte natural y obvio porque nadie comparece a rendir declaración sin haber sido citado.

2. No se trataba de un testimonio sobre los hechos del proceso sino sobre *"algunas declaraciones que la señora Directora de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado dio a un medio de comunicación sobre un proceso arbitral... en la cual realiza algunas imputaciones incomprensibles pero con la mención de hechos procesales que guardan similitud con este proceso, las cuales estiman, deben ser aclaradas"*. El hecho de que tal declaración se reciba bajo juramento y con los parámetros de la prueba testimonial, no cambia el propósito de la diligencia y así consta en la actuación. O, si se quiere, la señora Directora de la Agencia fue citada a rendir testimonio sobre las mencionadas declaraciones periodísticas, pero tal citación tiene sustento legal en los poderes y deberes que le asisten a todo juez que conoce de actos contrarios a la dignidad de la justicia.

3. No puede aceptarse que una nota periodística equivocada que pone de presente una inexistente situación "aberrante" en el arbitraje – como fue calificada en el artículo – no debe ser corregida, como en efecto lo fue.

4. El propósito de la citación se cumplió en la medida en que la señora Directora de la entidad dio las explicaciones del caso y puso de presente que la declaración periodística tiene imprecisiones, que no existía imputación ni a los árbitros ni al perito, que realmente lo que quiso manifestar era una práctica que cuestiona la Agencia relacionada con la renuncia a los derechos y deberes procesales por parte de algunas entidades públicas, en concreto, con el pacto de renuncia a la facultad de objetar un dictamen pericial, y que supo que el propio Tribunal tuvo por inaplicable dicho pacto.

5. No puede confundirse la citación que se le hizo a la señora Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para explicar unas declaraciones periodísticas inexactas, con la citación que se le hizo para participar dentro de la audiencia de conciliación. Se trata de dos citaciones y de dos actos procesales distintos revelados en providencias separadas en los dos procesos mencionados. De manera que la citación a declarar no tenía como propósito forzar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado a fijar una posición sobre la conciliación ni que el testimonio o declaración versara sobre el contenido mismo del acuerdo conciliatorio. Cosa distinta es que, además de su declaración, a la señora Directora también se le había invitado a participar en las deliberaciones sobre el

acuerdo conciliatorio, ahora libre de juramento. Esa diferenciación consta en el audio y en la transcripción cuya copia se ha ordenado expedir¹.

B. En cuanto a la intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en este proceso:

1. No puede sostenerse que no existieron elementos fácticos o jurídicos puestos de manifiesto por los árbitros que justificaban la intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en este asunto. Por el contrario, además de la citación obligatoria – que devino en su decisión de no intervenir –, dado que este litigio versaba sobre un conflicto relacionado con el mismo contrato de concesión que había determinado su intervención en el proceso con radicación No. 2369, dispuso ponerle en conocimiento el acuerdo conciliatorio y correrle traslado en ambos procesos. Es más, en su escrito del 11 de febrero de 2015 la Agencia expresó que, si bien por el momento se abstendría de realizar manifestación alguna respecto del acuerdo porque hasta la fecha no se había constituido formalmente como interviniente, ello era “... *sin perjuicio de que en una etapa posterior, como lo sería la audiencia programada para el próximo 19 de febrero, esta Agencia intervenga...*”. Es decir, el Tribunal sí le transmitió la importancia de su intervención y la invitación a participar fue aceptada por la entidad. No obstante, llegada la mencionada oportunidad, la Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ni ninguno de sus delegados se hizo presente, en ninguno de los procesos.

¹ Sobre la conciliación se indicó: “El Tribunal agradece la presencia de la doctora Adriana Guillén, directora de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado en el sentido que es muy importante para estos dos trámites arbitrales las consideraciones que usted pueda tener respecto del acuerdo conciliatorio que ha sido presentado por las partes Devinar S.A. y el INCO hoy ANI respecto al trámite arbitral del Tribunal de Arbitramento Devinar II y el Tribunal le quiere preguntar a la doctora Adriana su opinión respecto a ese acuerdo conciliatorio de fecha 6 de febrero de 2015...”; “El Tribunal le manifiesta a la señora directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado que tanto en el trámite arbitral de Devinar I radicado 2369 como en el trámite arbitral Devinar II radicado 2800 se le citó para que interviniera en esta audiencia de conciliación tanto para uno como para otro trámite arbitral”.

Sobre la declaración se lee en el acta: “El Tribunal le quiere manifestar que le ley penal castiga con una determinada pena el falso testimonio que se rinda y por lo tanto se le toma juramento, jura usted decir la verdad y solamente la verdad?...”; “Dada la importancia de su declaración, este Tribunal respetuosamente le solicita en el entendido que así será, que su dicho sea exacto, completo, que exponga las razones de su decir, que explique las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y la forma como llegó a su conocimiento, si ese conocimiento fue de terceros le indique al Tribunal el nombre de la persona que le suministró a usted dicho conocimiento”; “... usted fue citada ... por unas declaraciones que usted dio...”; “Al respecto el Tribunal le solicita respetuosamente que haya un relato de cuanto conozca o le consta sobre tales hechos”.

2. Adicionalmente, el Tribunal citó a audiencia de conciliación en los dos procesos referidos y en uno de los cuales sí interviene la mencionada entidad del Estado. Para el Tribunal la citación a la audiencia de conciliación dentro del proceso No. 2369 resultaba por lo menos conveniente dado que el acuerdo de las partes mencionaba y adoptada determinaciones sobre tal litigio. A su vez, las partes e intervinientes dentro de dicho proceso podían o no estar de acuerdo con tal citación, pero lo cierto es que nada dijeron al respecto, incluida la posición pasiva del apoderado judicial de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado al momento de leer las decisiones.

Así las cosas, si bien el Tribunal entiende que la intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado es potestativa, lo cierto es que tal entidad fue citada a rendir declaración y a participar en una audiencia de conciliación dentro de un proceso en que interviene (Proceso con Radicación No. 2369) y a rendir declaración y a participar en una audiencia de conciliación dentro de un proceso en que no interviene, sin que ello signifique que, siendo deseable una intervención activa, los árbitros la estén forzando a emitir su concepto.

C. Consideración adicional

En el documento reseñado en el numeral anterior la Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado expuso que *"En desarrollo de la audiencia llevada a cabo el día 11 de marzo del año en curso, el panel arbitral manifestó que aplazaría su decisión sobre el acuerdo conciliatorio presentado por las partes en el trámite de la referencia, hasta tanto la Agencia que represento interviniera en éste por considerar que ello supondría 'unidad del Gobierno Nacional...', tal como me lo informara nuestro apoderado en el proceso arbitral Tribunal No. 1, radicación 2369"*. Al respecto el Tribunal, pone de presente que esa afirmación no es cierta y mucho menos que se hubiera producido al interior del proceso con radicación No. 2369. Si bien hubiera sido deseable esa intervención en el proceso con radicación No. 2800, y para eso se citó a la Directora de la Agencia, el Tribunal decidió suspender la audiencia de conciliación para su continuación el día 6 de abril de 2015 a las 9:30 a.m., dada la complejidad del asunto y luego, a petición de las partes y del agente del Ministerio Público, anticipó tal fecha para el día 20 de marzo del presente año a las 2:30 p.m. La misma decisión adoptó en el proceso con radicación No. 2800 para decidir, como lo está haciendo, en esta audiencia.

Por lo anteriormente expuesto el Tribunal reitera que habrá de continuar la actuación propia de esta audiencia de conciliación sin la intervención de la

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, como lo dispuso en la audiencia anterior para lo cual en esta fecha ha convocado a las partes y al Ministerio Público sin dilación alguna.

Comuníquese el contenido de esta providencia a la señora Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

La providencia anterior quedó notificada en estrados.

AUTO No. 45

Procede el Tribunal Arbitral a pronunciarse sobre el "Acuerdo Conciliatorio para la Terminación Anticipada de Mutuo Acuerdo del Contrato de Concesión No. 003 de 2006" suscrito por el Vicepresidente Ejecutivo de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y el Representante Legal de la sociedad DEVINAR S.A. el día 6 de febrero de 2015, y presentado por los apoderados de las partes convocante y convocada el día 9 de febrero de 2015², para dirimir, entre otras, las controversias relacionadas con el incumplimiento del procedimiento de solución de controversias consagrado en la Cáusula 55.3. y 65 del Contrato de Concesión No. 003 de 2006, el incumplimiento de la Resolución 1521 expedida el 22 de abril de 2008 por el Ministerio de Transporte y la terminación anticipada del Contrato *ibídem*³.

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES

1. Hechos relevantes

1.1 El día 29 de diciembre de 2006 se suscribió entre el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES –INCO- y la sociedad DESARROLLO VIAL DE NARIÑO S.A.⁴ el Contrato de Concesión No. 003 de 2006, en cuya Cláusula Segunda se establece que el objeto contractual es *"la realización de los estudios y diseños definitivos, gestión predial, gestión ambiental, financiación, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación y mantenimiento del proyecto vial "Rubichaca-Pasto-Chachagüí-Aeropuerto"*.

² Cuaderno Principal No. 3, folios 543 a 553 y folios vueltos 543 a 553. Anexos del folio 554 a 636.

³ Ver punto 5 de este auto. Pretensiones de la reforma de la demanda integrada al libelo inicial.

⁴ Cuaderno de Pruebas No.1, folio 7. Disco Compacto Anexo No. 4.

1.2 La Cláusula Quinta del Contrato de Concesión No. 003 de 2006 consagra su valor estimado en la suma agregada de doscientos setenta y siete mil novecientos veinticuatro millones de pesos (\$277.924.000.000) del 31 de diciembre de 2004, correspondiente a la inversión que deberá ejecutar el Concesionario con ocasión para el adecuado y cumplido desarrollo de las etapas y actividades de Pre-construcción, de Construcción, de Mejoramiento y de Rehabilitación; y la de Mantenimiento y Operación; y la Cláusula Sexta consagra el valor efectivo del Contrato, el cual corresponde a:

"(...)

6.1 Los recaudos de Peaje, cuyos derechos de recaudo serán cedidos al CONCESIONARIO por el INCO, de conformidad con lo establecido en la CLÁUSULA 7.

6.2 Las compensaciones derivadas de la Compensación Tarifaria de acuerdo con la CLÁUSULA 21 de este Contrato.

6.3 Las compensaciones derivadas del valor del soporte de ingreso para el servicio de la deuda

6.4 Las demás compensaciones a favor del CONCESIONARIO expresamente previstas en este Contrato.

6.5. El valor de los aportes del Estado para el Alcance del Proyecto Con este valor efectivo se cubrirán y pagarán todos los costos y gastos –directos e indirectos- en que incurra el CONCESIONARIO por la preparación y celebración del Contrato, así como por la ejecución y terminación del Proyecto, los impuestos, tasas y contribuciones que se causen por la ejecución del presente Contrato, la comisión de éxito, los costos financieros, la remuneración del capital invertido, las utilidades del CONCESIONARIO y en general incluye el valor de la contraprestación por todas las obligaciones que adquiere el CONCESIONARIO en virtud del presente Contrato.

El valor efectivo de este Contrato comprende, también, la asunción de los riesgos que se desprenden de las obligaciones del CONCESIONARIO o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de este Contrato".⁵

1.3 Las partes celebraron las siguientes modificaciones al Contrato de Concesión No. 003 del 29 de diciembre de 2006:

⁵ Cuaderno de Pruebas No.1, folio 7. Disco Compacto Anexo No. 4.

1.3.1 Modificación No. 001 de fecha 29 de diciembre de 2006.⁶

1.3.2 Modificación No. 002 de fecha 23 de abril de 2008.⁷

1.3.3 Modificación No. 003 de fecha 12 de mayo de 2008.⁸

1.3.4 Contrato Modificatorio No.4 de fecha 30 de diciembre de 2009.⁹

1.4 La sociedad concesionaria DESARROLLO VIAL DE NARIÑO S.A. convocó ante la Cámara de Comercio de Bogotá, dos Tribunales de Arbitramento los días 11 de noviembre de 2011 y 16 de noviembre de 2012¹⁰, fecha ésta que corresponde al Tribunal del *sub lite*, con el objeto de dirimir las controversias contractuales surgidas en la ejecución del Contrato No. 003 de 2006, los cuales tienen Radicación 2369 y 2800, respectivamente, y las partes los han identificado en sus distintos escritos como Tribunal 1 y Tribunal 2.

2. Pretensiones de la demanda de la sociedad convocante DESARROLLO VIAL DE NARIÑO S.A. DEVINAR S.A.

Las pretensiones de la convocante, en la forma en que quedaron integradas con el libelo inicial, según su escrito de reforma de fecha 18 de octubre de 2013¹¹, admitida mediante Auto No. 11 de 18 de octubre 2013¹² respectivamente; son las siguientes:

I. DECLARATIVAS

SUBCAPÍTULO I

RELACIONADAS CON EL PROCEDIMIENTO DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS Y LAS CONTROVERSIAS NO DIRIMIDAS

PRIMERA. DECLARAR que la ANI incumplió las **CLAUSULAS 55 NUMERAL 55.3 y 65 del CONTRATO DE CONCESION, SOLUCION DE CONTROVERSIAS**, al no dar aplicación al mecanismo de los Asesores Técnicos, Financieros y Jurídicos para

⁶ Cuaderno de Pruebas 2.1., folios vuelto 323 a 328 vuelto.

⁷ Cuaderno de Pruebas 2.1., folios 230 vuelto a 323.

⁸ Cuaderno de Pruebas No.1, folio 7. Disco Compacto Anexo No. 7.

⁹ Cuaderno de Pruebas No.1, folio 7. Disco Compacto Anexo No. 8.

¹⁰ Cuaderno Principal No. 1, folios 2 y 3.

¹¹ Cuaderno Principal No. 1, folios 304 a 400.

¹² Cuaderno Principal No. 1, folios 304 a 307.

la Resolución de las divergencias declaradas y notificadas por **DEVINAR S.A.**, en los términos de la cláusulas citadas, en los siguientes oficios:

- | | | | | |
|----|----------------------------|---------------------------|---------------|-----------|
| a. | DEVINAR S.A. | S-GERE-N-0203-2013 | DEL 04 | DE |
| | FEBRERO DE 2013. | | | |
| b. | DEVINAR S.A. | S-GERE-N-2045-2013 | DEL 30 | DE |
| | ABRIL DE 2013. | | | |
| c. | DEVINAR S.A. | S-GERE-N-2922-2013 | DEL 11 | DE |
| | JUNIO DE 2013. | | | |
| d. | DEVINAR S.A. | S-GERE-N-3711-2013 | DEL 17 | DE |
| | JULIO DE 2013. | | | |
| e. | DEVINAR S.A. | S-GERE-N-4642-2013 | DEL 12 | DE |
| | SEPTIEMBRE DE 2013. | | | |
| f. | DEVINAR S.A. | S-GERE-N-5211-2013 | DEL 11 | DE |
| | OCTUBRE DE 2013. | | | |
| g. | DEVINAR S.A. | S-GERE-N-5180-2013 | DEL 11 | DE |
| | OCTUBRE DE 2013. | | | |

SEGUNDA. CONSECUENCIAL. DECLARAR que la **ANI** ha incumplido las obligaciones derivadas del mecanismo de solución de controversias contemplado en las **CLAUSULAS 55 NUMERAL 55.3 y 65 del CONTRATO DE CONCESIÓN**, al iniciar la **ANI** y la Interventoría del **CONTRATO DE CONCESIÓN 003 DE 2006** procedimientos sancionatorios respecto de controversias previamente declaradas por **DEVINAR**; de conocimiento del **TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO** convocado el 11 de Noviembre de 2011 y del **TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO** convocado el 16 de Noviembre de 2012; ambos convocados por **DEVINAR S.A.** y declaradas mediante los siguientes oficios:

- a. **CONS-IAC-2274-IPRC-0089 DEL DÍA 28 DE ENERO DE 2013.**
- b. **CONS-IAC-2274-IPRC-0155 DEL DÍA 23 DE ABRIL DE 2013.**
- c. **CONS-IAC-2274-IPRC-0225 DEL DÍA 31 DE MAYO DE 2013.**
- d. **CONS-IAC-2274-IPRC-0295 DEL DÍA 8 DE JULIO DE 2013.**
- e. **CONS-IAC-2274-IPRC-0306 DEL DÍA 2 DE SEPTIEMBRE DE 2013.**
- f. **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA RAD. SALIDA NO. 2013-701-015986-1 DEL 3 DE OCTUBRE DE 2013.**
- g. **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA RAD. SALIDA NO. 2013-701-015960-1 DEL 3 DE OCTUBRE DE 2013.**

TERCERA. CONSECUENCIAL. DECLARAR, como consecuencia de la anterior pretensión, que dicha actuación constituye vulneración del debido proceso y el derecho de defensa del concesionario **DEVINAR** y un abuso del derecho.

CUARTA. CONSECUENCIAL. DECLARAR, como consecuencia de la anterior pretensión, el incumplimiento contractual de la **ANI**.

QUINTA. DECLARAR que la **ANI**, sus Representantes y/o Interventores, no tienen la facultad de declarar incumplimientos, multas o cláusulas excepcionales al

derecho común que se funden en el presunto incumplimiento del contratista por cualquier razón objeto de los Tribunales en curso, y/o de las controversias ya declaradas en el marco de la cláusula de solución de controversias del Contrato incluyendo la entrega de los trayectos y el vencimiento del plazo de construcción, por cuanto esos aspectos son objeto de las – controversias citadas y que deben ser resueltas en los términos de la cláusula compromisoria del **CONTRATO DE CONCESIÓN**.

SEXTA. DIRIMIR las controversias declaradas, solicitadas y notificadas por **DEVINAR S.A.** a que se refieren los oficios contenidos en la pretensión segunda anterior.

SÉPTIMA. CONSECUCIONAL. DECLARAR, como consecuencia de la anterior pretensión, que **LA PROGRAMACIÓN DE OBRA Y/O METAS DE EJECUCIÓN DE OBRA**, ha sido afectada por el incumplimiento de la **ANI**, respecto de:

- a) La rehabilitación en el K2+500 del Trayecto No. 1 del proyecto, incluida la rehabilitación del box culvert existente en ese punto.
- b) Los estudios, diseño y construcción de una intersección a desnivel en el punto de cruce de la vía existente Rumichaca-Pasto en el K0+560 en el Trayecto No. 1 del proyecto, con el inicio de la Variante de Ipiales.
- c) El mejoramiento de la geometría actual de las curvas ubicadas en el K18+960, K25+250 y K 26+730 del Trayecto No. 3 del proyecto.
- d) La construcción de 1 puente peatonal ubicado inicialmente en el Trayecto No. 1 trasladado al Trayecto No. 2.
- e) La construcción de 1 puente peatonal en el Trayecto No. 4, cuya ubicación final fue definida por La comunidad de Chachagüí en el mes de septiembre de 2012.
- f) La imposibilidad de ejecutar obras de construcción por las medidas de hecho y problemas de orden público presentados en el K7+650, sector de Mocondino, de la Variante Oriental de Pasto, Trayecto No. 5 del proyecto.

OCTAVA. CONSECUCIONAL. DECLARAR como consecuencia de las anteriores pretensiones la excepción de contrato no cumplido a favor de **DEVINAR**.

SUBCAPÍTULO II

EN RELACIÓN CON LA EXPEDICIÓN DE LA RESOLUCIÓN 1521 DEL 22 DE ABRIL DE 2008.

OCTAVA. DECLARAR que la **ANI** ha incumplido la Resolución 1521 expedida el 22 de abril de 2008 por el Ministerio de Transporte.

NOVENA. DECLARAR que la Resolución 1521 del 22 de abril de 2008, afectó la ecuación económica del **CONTRATO DE CONCESIÓN**, generando desequilibrio económico del contrato en contra de **DEVINAR**.

DECIMA. DECLARAR que la **ANI** incumplió el **CONTRATO DE CONCESIÓN** por la no realización de los ajustes contractuales y financieros necesarios para formalizar la operación de la estación de peaje denominada "Cano".

DECIMA PRIMERA. CONSECUCIONAL. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, ordenar a la **ANI** al restablecimiento de la ecuación económica del **CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 003 DE 2006**.

SUBCAPÍTULO III

EN RELACIÓN CON LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO

DECIMA PRIMERA. DECRETAR conforme a las **CLAUSULAS 21 NUMERAL 21.3 y 60 NUMERAL 60.5 del CONTRATO DE CONCESION** y a la comunicación DEVINAR S-Gere-N-4425-2013 del 28 de agosto de 2013 radicado ANI 2013-409-034194-2 del 28 de agosto de 2013, la terminación anticipada del contrato por causas no imputables al Concesionario **DEVINAR S.A.**

DECIMA SEGUNDA. Dirimir conforme a la **CLAUSULA 60 NUMERAL 60.5** y a la comunicación DEVINAR S-Gere-N-4425-2013 del 28 de agosto de 2013 radicado ANI 2013-409-034194-2 del 28 de agosto de 2013, la controversia entre las partes.

DECIMA TERCERA. CONSECUCIONAL. DETERMINAR como consecuencia de la anterior pretensión, la compensación por terminación anticipada a favor de **DEVINAR S.A.** contemplada en la **CLAUSULA 61 NUMERAL 61.2 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN** como consecuencia de la aplicación de las **CLAUSULA 21 NUMERALES 21.2 y 21.3**.

DECIMA CUARTA. CONSECUCIONAL. DETERMINAR, como consecuencia de las anteriores pretensiones, la fecha cierta de terminación del **CONTRATO DE CONCESIÓN**; los bienes sujetos a **REVERSIÓN**; y la fecha en que ésta deberá realizarse.

DECIMA QUINTA. Liquidar el Contrato de Concesión No. 003 de 2006 conforme al artículo 71 de la Ley 80 de 1993, **CLAUSULAS 60 NUMERAL 60.5 y Clausula 61 NUMERAL 61.2 y Clausula 62 del CONTRATO DE CONCESIÓN**.

II. PRETENSIONES DE CONDENA.

DECIMA SEXTA. CONDENAR, como consecuencia de las anteriores pretensiones, a la **ANI** al restablecimiento de la ecuación económica y financiera del **CONTRATO**

DE CONCESIÓN a favor de **DEVINAR S.A.**, en las sumas que se establezcan durante el presente proceso.

DECIMA SÉPTIMA. CONDENAR, como consecuencia de las anteriores pretensiones, a la **ANI** al pago a favor de **DEVINAR S.A.**, resultante de la fórmula de terminación anticipada contemplada en la **CLAUSULA 61 NUMERAL 61.2 CONTRATO DE CONCESIÓN**. Con la aplicación del *k* correspondiente a la Clausula 60 **NUMERAL 60.5**.

DECIMA OCTAVA. CONDENAR, como consecuencia de las anteriores pretensiones, a la **ANI** a pagar a **DEVINAR** una indemnización integral de perjuicios que incluya tanto el restablecimiento de la ecuación económica y financiera del contrato así como el daño emergente y lucro cesante ocasionados por los incumplimientos contractuales de la **ANI** en las sumas que se establezcan durante el presente proceso.

DECIMA NOVENA. CONDENAR en su oportunidad a la **ANI** a pagar los gastos, agencias en derecho y demás costas generadas por el presente trámite.

3. Pronunciamiento de la ANI sobre las pretensiones de la demanda integrada y excepciones

La AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las siguientes excepciones:

- a) "Evidente incumplimiento de Devinar S.A. en cumplir sus cargas contractuales en materia constructiva dentro del Contratao 003 de 2006".
- b) "Procedencia de la potestad de la Ani para determinar incumplimientos contractuales".
- c) "Improcedencia de aplicación de la excepción de contrato no cumplido planteada por la demanda arbitral y su procedencia de ser planteada por la Agencia Nacional de Infraestructura".
- d) "Excepción de inexistencia de incumplimiento por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura".
- e) "Excepción genérica".

4. De la suscripción del Acta de Entendimiento Entendimiento para la Terminación Anticipada de Mutuo Acuerdo del Contrato de Concesión No. 003 de 2013.

4.1. La AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI- y la sociedad DESARROLLO VIAL DE NARIÑO S.A., suscribieron el 30 de octubre de 2013 un Acta de Entendimiento para la Terminación Anticipada de Mutuo Acuerdo del Contrato de Concesión No. 003 de 2013, la cual allegaron al expediente¹³, mediante la cual establecieron las bases y el procedimiento para la terminación anticipada de mutuo acuerdo del Contrato en mención.

En el punto 2.2. del Acta de Entendimiento¹⁴ las partes acordaron, entre otros: (i) *"2.2.1.1. Nombrar de mutuo acuerdo ó delegar su nombramiento al Tribunal de Arbitramento convocado por el Concesionario en noviembre de 2012,¹⁵ un perito técnico en el cual en caso de requerirse contará con la asistencia de un experto financiero. El perito será el señor Guillermo Gómez Estrada el cual fue nombrado por el Tribunal de Arbitramento citado y se encuentra pendiente de posesión."*, y (ii) *"2.2.1.5. Las partes manifiestan que sin perjuicio de los procedimientos establecidos en los artículos 233 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, con la firma del presente documento aceptan como vinculante el dictamen pericial para los efectos aquí contemplados. Lo anterior significa que no habrá objeción al dictamen pericial."*

4.2. En el Tribunal de Arbitramento convocado por la sociedad concesionaria DESARROLLO VIAL DE NARIÑO S.A. el 11 de noviembre de 2011 con Radicación No. 2369¹⁶, Tribunal en el cual son árbitros los mismos árbitros de este Tribunal y el cual versa sobre el Contrato de

¹³ Cuaderno Principal No. 1, folios 574 a 577.

¹⁴ Cuaderno Principal No.1, folio 575.

¹⁵ El perito fue nombrado en el Tribunal de Arbitramento convocado por la sociedad Desarrollo Vial de Nariño S.A. el 11 de noviembre de 2011, y no en el trámite arbitral convocado en noviembre de 2012.

¹⁶ Tribunal de Arbitramento convocado por la sociedad DESARROLLO VIAL DE NARIÑO S.A. el 11 de diciembre de 2011 contra la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI- para dirimir entre otras las controversias relacionadas con (i) la interpretación de la Clausula 65 del Contrato de Concesión No. 003 de 2006 versa sobre la interpretación, (ii) la validez y eficacia del procedimiento de solución de controversias contenido en la cláusula 65 del Contrato de Concesión No. 003 de 2006, (iii) el procedimiento ejecutado por la sociedad DEVINAR S.A. relativo a la conformación del panel de amigables componedores, (iv) incumplimiento del INCO del Contrato de Concesión No. 003 de 2006.

Concesión No. 003 de 2006, se designó perito al ingeniero civil Guillermo Gómez Estrada, quién se posesionó el día 14 de noviembre de 2013¹⁷.

El objeto de la pericia fue el cálculo de la fórmula para la Terminación Anticipada por Mutuo Acuerdo del Contrato de Concesión No. 003 de 2006 (en adelante "P2").

4.3. El perito técnico presentó la experticia el día el 28 de febrero de 2014 y dentro del correspondiente traslado la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO lo objetó el día 19 de mayo de 2014 por supuesto error grave, con fundamento en la supuesta existencia de errores en la forma de calcular las cantidades de obra determinantes para el monto de la inversión realizada por el concesionario y en que no se tuvieron en consideración las multa impuestas por la entidad pública.

Igualmente, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI- solicitó aclaración y complementación del peritazgo, el perito técnico presentó la aclaración y complementación el día 10 de abril de 2014, y el día 19 de mayo de 2014 la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI- objetó por error grave el Dictamen Pericial por una serie de motivos técnicos y financieros.

4.4. El numeral 61.2 de la CLÁUSULA 61 "COMPENSACIÓN POR TERMINACIÓN ANTICIPADA" del Contrato de Concesión No. 003 de 2006, señala:

"... 61.2 Terminación durante la Etapa de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación.

Si en el transcurso de estas etapas, se presenta la terminación anticipada del presente Contrato, el INCO pagará al CONCESIONARIO el monto P_2 según la fórmula siguiente:

$$P_2 = \sum_{i=1}^f ((I_i - Y_i)(1 + r_i)) - PP - M + O_{inv}$$

Donde:

¹⁷ Acta No. 34 del 14 de noviembre de 2013 del Tribunal de Arbitramento convocado el 11 de noviembre de 2011.

f: Número de meses transcurridos a partir mes en que se produce la liquidación contado a partir de la Fecha de Inicio de Ejecución hasta el mes en que se produce la liquidación del Contrato.

I_i: Monto de la inversión realizada por el CONCESIONARIO en el mes *i* en Pesos del mes *i*.

Y_i: Monto de los ingresos netos recibidos por el CONCESIONARIO en el mes *i* en Pesos del mes *i*.

M: Multas causadas, pendientes de pago, por mora en el cumplimiento de las obligaciones del CONCESIONARIO, a lo largo del Proyecto hasta el momento de la terminación del Contrato, en Pesos del momento de la liquidación.

PP: Pena pecuniaria causada en el evento de declararse la caducidad del Contrato por incumplimiento del CONCESIONARIO, en Pesos del momento de la liquidación.

O_{inv}: Obligaciones del INCO con el CONCESIONARIO pendientes de pago reconocidas no pagadas, como Compensación Tarifaria, entre otras, en Pesos del momento de la liquidación.

Para determinar el monto de la inversión realizada por el CONCESIONARIO en cada uno de los meses desde el inicio de la ejecución del Contrato, se tendrá en cuenta las inversiones realizadas en Interventoría, diseños e infraestructura de operación y aportes a la Subcuenta 2 del Fideicomiso, de la siguiente manera:

$$I_i = I_{int\ i} + I_{consi} + I_{inf\ opi} + I_p$$

Donde:

I_i: Monto de la inversión realizada por el CONCESIONARIO en el mes *i* en Pesos del mes *i*.

I_{int i}: Monto de la inversión realizada por el CONCESIONARIO en el mes *i* en Pesos del mes *i* destinada al pago de la Interventoría. Estos montos corresponderán a los recursos efectivamente depositados por el CONCESIONARIO en la Subcuenta 1 durante el mes *i*. Así mismo se incluirá, cuando la terminación no obedezca a culpa del CONCESIONARIO, la porción de la Comisión de Éxito que haya sido cancelada, de acuerdo con la CLÁUSULA 31.

I_{consi}: Monto de la inversión en construcción de obra realizada por el CONCESIONARIO en el mes *i* en Pesos del mes *i*. Para definir este monto se tendrán en cuenta las cantidades de Obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación ejecutadas que establezca el Interventor, cuyo precio será determinado por la Firma Asesora de Ingeniería utilizando las condiciones de

mercado para contratos de obra, con ítems de obra similares, calculados a precios del mes i .

l_{infp_i} : Monto de la inversión en infraestructura de operación realizada por el CONCESIONARIO en el mes i en Pesos del mes i . para definir este monto se tendrán en cuenta las cantidades de obra ejecutadas que establezca el Interventor, cuyo precio será determinado por la Firma Asesora de Ingeniería, utilizando las condiciones de mercado para contratos de obra, con ítems de obra similares, calculados a precios del mes i .

l_p : Monto de la inversión realizada en compra de predios y en el Plan de Manejo Ambiental. Para definir este monto se tendrán en cuenta los recursos depositados por el CONCESIONARIO en las Subcuentas 2 y 5 para compra de predios y/o mejoras y pagos de costos derivados del cumplimiento de las obligaciones contractuales ambientales que emanan del Plan de Manejo Ambiental con sus modificaciones.

Para determinar el monto de los ingresos netos recibidos por el CONCESIONARIO en cada uno de los meses desde el inicio de la ejecución del Contrato, se aplicará la siguiente fórmula:

$$Y_i = l_{gi} - Ga_{omi}$$

Donde:

Y_i Monto de los ingresos netos recibidos por el concesionario en el mes i en pesos del mes i .

l_{gi} : Ingreso Generado durante el mes i en pesos del mes i

Ga_{omi} : Gastos de administración, operación y mantenimiento durante el mes i , en pesos i del mes i , de acuerdo con los registros contables del Fideicomiso para estos rubros. No se podrán incluir gastos o costos que se hayan tenido en cuenta en los montos de inversión. En todo caso estos gastos no podrán ser superiores al 30% de los ingresos generados. Este límite del 30% de los ingresos rige a partir del momento en que el CONCESIONARIO recibe ingresos por concepto de la entrega de las Casetas de Peaje Cano y El Placer.

r_t : Definido como:

$$r_t = ((I.P.C._t / I.P.C._i) (1 + k)^{(t-i)}) - 1$$

Dónde:

$I.P.C._t$: Índice de Precios al consumidor del mes calendario anterior en el que se hace la liquidación.

I.P.C.i: Índice de precios al consumidor del mes calendario anterior al mes i.

K: 0.0107 si la terminación anticipada se presenta por la ocurrencia de la causal prevista en el numeral 60.5 de la CLÁUSULA 60 de este contrato

K: 0.0055 si la terminación anticipada se presenta por la ocurrencia de la causal prevista en los numerales 60.6 y 60.7 de la CLÁUSULA 60 de este Contrato.

K: 0.00 si la terminación anticipada se presenta por la ocurrencia de la causal prevista en el numeral 60.2 de la CLÁUSULA 60 de este contrato o si la terminación se produce por el incumplimiento del CONCESIONARIO de la obligación de prorrogar la Garantía Única de Cumplimiento, de conformidad con lo previsto en la CLÁUSULA 26.

Si el monto P_2 resulta negativo, el pago deberá hacerse por el CONCESIONARIO al INCO."

5. De las pruebas practicadas en el proceso.

5.1. Mediante Auto No. 26 del 22 de septiembre de 2014 el Tribunal decretó las siguientes pruebas:

A. PRUEBAS SOLICITADAS POR LA PARTE CONVOCANTE

1. Ténganse como pruebas, con el valor que les asigna la ley, los documentos citados en el aparte I del capítulo D "Pruebas" de la reforma de la demanda, en la letra B del capítulo III "Pruebas" del escrito del 15 de mayo de 2013, por medio del cual describió el traslado de las excepciones formuladas contra la demanda inicial.

2. Recibanse los testimonios de Luis Fernando Carrillo, Javier Herrera, Yamile Acosta y Andrés Núñez Gallego, solicitados en el aparte II del capítulo D "Pruebas" de la reforma de la demanda y en la letra A del capítulo III "Pruebas" del escrito del 15 de mayo de 2013, por medio del cual describió el traslado de las excepciones formuladas contra la demanda inicial.

No se decreta el testimonio de Juan Carlos Maria, solicitado en el aparte II del capítulo D "Pruebas" de la reforma de la demanda y en el numeral 1 del capítulo IV "Pruebas" del escrito del 18 de noviembre de 2013, por medio del cual describió el traslado de las excepciones de mérito formuladas contra la reforma de la demanda, dada su calidad de representante legal de la sociedad convocante.

La parte solicitante de la prueba tiene la carga de hacer comparecer a los testigos para lo cual, si lo considera necesario, puede solicitar en Secretaría boleta de citación.

3. *Recíbase el testimonio técnico de Luis Fernando Yori Soler, solicitado en el numeral 2 del capítulo IV "Pruebas" del escrito del 18 de noviembre de 2013, por medio del cual describió el traslado de las excepciones de mérito formuladas contra la reforma de la demanda.*

La parte solicitante de la prueba tiene la carga de hacer comparecer al testigo para lo cual, si lo considera necesario, puede solicitar en Secretaría boleta de citación.

4. *Se decreta la práctica de una inspección judicial con exhibición de documentos en las oficinas de la interventoría del Contrato de Concesión 003 de 2006 para los efectos indicados en el numeral III del capítulo D "Pruebas" de la reforma de la demanda. Las partes deberán precisar a más tardar el 29 de septiembre de 2014 el o los nombres y direcciones que correspondan a la interventoría.*

5. *Se decreta la inspección judicial con exhibición de documentos en el Ministerio de Transporte para los efectos de que trata el aparte IV del capítulo D "Pruebas" de la reforma de la demanda.*

6. *Se decreta la práctica de una inspección judicial con exhibición de documentos en la Agencia Nacional de Infraestructura de conformidad con la petición de que tratan el aparte V del capítulo D "Pruebas" de la reforma de la demanda y el numeral 5 de la del capítulo IV "Pruebas" del escrito del 18 de noviembre de 2013, por medio del cual describió el traslado de las excepciones de mérito formuladas contra la reforma de la demanda.*

7. *Se decreta la práctica de una inspección judicial con exhibición de documentos en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público de conformidad con la petición de que tratan el numeral 4 de la del capítulo IV "Pruebas" del escrito del 18 de noviembre de 2013, por medio del cual describió el traslado de las excepciones de mérito formuladas contra la reforma de la demanda.*

8. *Se decreta la práctica de un dictamen contable y financiero de conformidad con la petición contenida en el aparte VI, letra A del capítulo D "Pruebas" de la reforma de la demanda. Como perito se designa a Guillermo Orozco.*

9. *Se decreta la práctica de un dictamen pericial técnico de conformidad con la petición contenida en el aparte VI, letra B del capítulo D "Pruebas" de la reforma de la demanda. Como perito se designa a Guillermo Gómez Estrada.*

10. *Se decreta el traslado de la totalidad de las pruebas recaudadas en el Tribunal de Arbitramento que cursa entre las mismas partes, teniendo en cuenta la*

petición contenida en la letra C del capítulo III "Pruebas" del escrito del 15 de mayo de 2013, por medio del cual describió el traslado de las excepciones formuladas contra la demanda inicial y en el numeral 3 del capítulo IV "Pruebas" del escrito del 18 de noviembre de 2013, por medio del cual describió el traslado de las excepciones de mérito formuladas contra la reforma de la demanda.

B. PRUEBAS SOLICITADAS POR LA PARTE CONVOCADA

1. *Ténganse como pruebas, con el valor que les asigna la ley, los documentos allegados por la parte convocante y las aportadas por la convocada con la contestación a la demanda inicial y a su reforma.*

2. *Recíbanse los testimonios de Sandra Janeth Muñoz Castaño y José Fernando Viteri Muñoz solicitados en el capítulo de pruebas de la contestación a la reforma de la demanda.*

La parte solicitante de la prueba tiene la carga de hacer comparecer a los testigos para lo cual, si lo considera necesario, puede solicitar en Secretaría boleta de citación.

3. *Se decreta la práctica del dictamen pericial financiero y contable solicitado en el capítulo de pruebas de la contestación a la reforma de la demanda. Como perito se designa a Guillermo Orozco.*

C. PRUEBAS DE OFICIO

Se decreta el testimonio del señor mencionado en la demanda inicial Julio Andrés Torres.

5.2. El día 14 de octubre de 2014 se practicaron las inspecciones judiciales con exhibición de documentos en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el Ministerio de Transporte y en la Agencia Nacional de Infraestructura, las cuales se suspendieron para permitir la consulta documental detallada de las partes.

5.3. El día 4 de noviembre de 2014 tomó posesión el perito contable – financiero y se recibió el testimonio del señor Luis Fernando Carrillo Caycedo. Los cuestionarios presentados por las partes fueron calificados por el Tribunal el día 14 de noviembre siguiente.

5.4. El día 14 de noviembre de 2014 tomó posesión el perito técnico. Igualmente, el Tribunal de oficio dispuso que en la siguiente audiencia por la parte convocada se exhibiera la totalidad de los informes de interventoría y

se aportara una copia íntegra de los mismos, lo cual quedó pendiente de cumplimiento.

5.5. Entre el 1 de diciembre de 2014 y el 19 de febrero de 2015 se suspendió el proceso y el impulso probatorio por causa de los nuevos acuerdos conciliatorios presentados por las partes.

5.6. El día 10 de febrero el perito financiero rindió el dictamen que le fue encomendado, del cual se corrió traslado por Auto No. 42 del 19 de febrero de 2015. En esa misma oportunidad el Tribunal calificó los cuestionarios propuestos por las partes al perito técnico.

CAPÍTULO II DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, DE LOS ACUERDOS CONCILIATORIOS PRESENTADOS Y DEL ACUERDO CONCILIATORIO DE FECHA 6 DE FEBRERO DE 2015

1. De la audiencia de conciliación

En el presente trámite arbitral la audiencia de conciliación consagrada en el artículo 24 de la Ley 1563 de 2013 y las subsiguientes convocadas a solicitud de las partes, ha tenido hasta la fecha el siguiente desarrollo:

1.1. Mediante Auto No. 2 de fecha 7 de mayo de 2013 se citó a las partes, apoderados y al Ministerio Público a la audiencia de conciliación de conformidad con lo preceptuado en el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012, y se fijó para el efecto el día 30 de mayo de 2013.¹⁸

1.2. El día 28 de mayo de 2013 los apoderados de las partes solicitaron conjuntamente la suspensión de los términos del proceso desde el día 27 de mayo de 2013 hasta el día 14 de junio de 2013.¹⁹

1.3. Mediante Auto No. 3 de fecha 29 de mayo de 2013 se decretó la suspensión del proceso y se fijó la audiencia de conciliación para el día 24 de junio de 2013.²⁰

¹⁸ Cuaderno Principal No. 1, folios 230 y 231.

¹⁹ Cuaderno Principal No. 1, folio 14.

²⁰ Cuaderno Principal No. 1, folios 260 y 261.

1.4. Los apoderados de las partes conjuntamente solicitaron el día 21 de junio de 2013 el aplazamiento de la audiencia de conciliación argumentando que *"... las partes se encuentran en reuniones tendientes a un acuerdo conciliatorio, así mismo solicitamos la suspensión de los términos del proceso desde el día 21 de Junio de 2013 hasta el 31 de Julio de 2013 inclusive."*²¹

1.5. El Auto No. 4 de 24 de junio de 2013 se decretó la suspensión del proceso hasta el 31 de julio de 2013.²²

1.6. Mediante Auto No. 5 de 2 de agosto de 2013 se señaló nuevamente como fecha de la audiencia de conciliación el día 13 de agosto de 2013.²³

1.7. El día 9 de agosto de 2013 los apoderados de las partes solicitaron de manera conjunta el aplazamiento de la audiencia de conciliación programada y manifestaron que *"... estamos ajustando un acuerdo que permitirá a las partes resolver sus diferencias de manera directa."*²⁴

1.8. El Auto No. 6 de 12 de agosto de 2013 decretó el aplazamiento de la audiencia de conciliación solicitada por las partes.²⁵

1.9. El Auto No. 7 de 15 de agosto de 2013 fijó el día 30 de agosto de 2013 para celebrar la audiencia de conciliación.²⁶

1.10. Los apoderados de las partes conjuntamente solicitaron el día 23 de agosto de 2013 el aplazamiento de la audiencia de conciliación y la suspensión del proceso hasta el día 13 de septiembre de 2013.²⁷

1.11. Mediante Auto No. 9 de 23 de septiembre de 2013 se fijó como fecha de la audiencia de conciliación el día 1 de octubre de 2013.²⁸

1.12. El día 26 de septiembre de 2013 los apoderados de las partes solicitaron conjuntamente el aplazamiento de la audiencia de conciliación para el día 18 de octubre de 2013.²⁹

²¹ Cuaderno Principal No. 1, folio 266.

²² Cuaderno Principal No. 1, folios 267 y 268.

²³ Cuaderno Principal No. 1, folios 269 y 270.

²⁴ Cuaderno Principal No. 1, folio 275.

²⁵ Cuaderno Principal No. 1, folio 276 y 277.

²⁶ Cuaderno Principal No. 1, folio 280 y 281.

²⁷ Cuaderno Principal No. 1, folio 282.

²⁸ Cuaderno Principal No. 1, folios 283 y 284.

²⁹ Cuaderno Principal No. 1, folio 295.

1.13. El Auto No. 10 de 1 de octubre de 2013 el Tribunal accedió a tal petición y fijó como fecha de la audiencia de conciliación el día 18 de octubre de 2013.³⁰

1.14. Mediante Auto No. 11 de 18 de octubre de 2013³¹ se admitió la reforma de la demanda presentada por la parte convocante el día 18 de octubre de 2013.³²

1.15. En el Auto No. 12 de 18 de octubre de 2013 se suspendió la audiencia de conciliación para reanudarla hasta cuando vencieran los términos del traslado.³³

1.16. Mediante Auto No. 13 de 14 de noviembre de 2013 se señaló como fecha de la audiencia de conciliación el día 22 de noviembre de 2013.³⁴

1.17. La audiencia de conciliación continuó el día 22 de noviembre de 2013 y en ella las partes solicitaron la suspensión del proceso y manifestaron que han suscrito un Acta de Entendimiento para la Terminación Anticipada de Mutuo Acuerdo del Contrato de Concesión No. 003 de 2006.³⁵

1.18. En el Auto No. 14 de 22 de noviembre de 2013 se señaló el día 14 de enero de 2014 para continuar con la audiencia de conciliación.³⁶

1.19. Mediante Auto No. 15 de 12 de diciembre de 2013 se aplazó la audiencia de conciliación para el día 24 de febrero de 2014.³⁷

1.20. Los apoderados de las partes mediante memorial presentado conjuntamente el día 20 de febrero de 2014 solicitaron el aplazamiento de la audiencia de conciliación hasta una fecha posterior al 28 de febrero de 2014.³⁸

³⁰ Cuaderno Principal No. 1, folios 299 y 300.

³¹ Cuaderno Principal No. 1, folios 304 a 307

³² Cuaderno Principal No. 1, folios 308 y 400.

³³ Cuaderno Principal No. 1, folios 304 a 307.

³⁴ Cuaderno Principal No. 1, folios 492 y 493.

³⁵ Acta No. 12 de fecha 22 de noviembre de 2013. Cuaderno Principal No. 1, folios 523 y 524.

³⁶ Cuaderno Principal No. 1, folios 523 y 524.

³⁷ Cuaderno Principal No. 1, folio 525.

³⁸ Cuaderno Principal No. 1, folio 530.

1.21. El Auto No. 16 de 24 de febrero de 2014 aplazó la audiencia de conciliación prevista para el día 24 de febrero de 2014.³⁹

1.22. En el Auto No. 17 de 6 de mayo de 2014 señaló la audiencia de conciliación para el día 23 de mayo de 2014.⁴⁰

1.23. La audiencia de conciliación continuó el día 23 de mayo de 2014 y en ella las partes solicitaron su suspensión hasta el 17 de junio de 2014.⁴¹

1.24. Mediante Auto No. 19 de 23 de mayo de 2014 se dispuso la suspensión de la audiencia de conciliación y su continuación para el día 17 de julio de 2014.⁴²

1.25. El día 13 de junio de 2014 los apoderados de las partes presentaron el documento titulado Acuerdo Conciliatorio Parcial para la Terminación Anticipada de Mutuo Acuerdo del Contrato de Concesión No. 003 de 2006.⁴³

1.26. En el Auto No. 20 de 27 de junio de 2014 (i) se corrió traslado al señor Agente del Ministerio Público para que presentara su concepto a más tardar el día 6 de agosto de 2014, y (ii) se aplazó la continuación de la audiencia de conciliación prevista para el día 17 de julio de 2014, de manera que su continuación quedó señalada para el día 14 de agosto de 2014.⁴⁴

1.27. Los apoderados de las partes presentaron conjuntamente el día 31 de julio de 2014 el Modificadorio No. 1 al Acuerdo Conciliatorio de fecha 30 de julio de 2014.⁴⁵

1.28. Mediante Auto No. 21 de 31 de julio de 2014 (i) se corrió traslado de la modificación al acuerdo conciliatorio al señor Agente del Ministerio Público para que rindiera concepto antes del día 13 de agosto de 2014, y (ii) por tal virtud, se aplazó la audiencia de conciliación prevista para el día 14 de agosto de 2014.⁴⁶

2 De la improbación del (i) Acuerdo Conciliatorio Parcial para la Terminación Anticipada de Mutuo Acuerdo del Contrato de Concesión

³⁹ Cuaderno Principal No. 1, folio 532.

⁴⁰ Cuaderno Principal No. 1, folios 536 y 537.

⁴¹ Acta No. 16 de fecha 23 de mayo de 2014. Cuaderno Principal No. 1, folios 551 y 552.

⁴² Cuaderno Principal No. 1, folio 551 y 552.

⁴³ Cuaderno Principal No. 1, folio 553 a 593.

⁴⁴ Cuaderno Principal No. 1, folios 595 y 596.

⁴⁵ Cuaderno Principal No. 1, folios 628 a 632.

⁴⁶ Cuaderno Principal No. 1, folios 633 a 635.

No. 003 de 2006 suscrito el día 10 de junio de 2014, y de (ii) la **Modificación No. 1 al Acuerdo Conciliatorio Parcial para la Terminación Anticipada de Mutuo Acuerdo del Contrato de Concesión No. 003 de 2006**

2.1. El día 13 de junio de 2013 los apoderados de la partes convocante y convocada presentaron el **ACUERDO CONCILIATORIO PARCIAL PARA LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DE MUTUO ACUERDO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 003 de 2006**, de fecha 10 de junio de 2014,⁴⁷ cuyos Considerandos 1, 2, 3, 19, 20, 21, 22 y 23, rezan respectivamente:

*"1. Que las partes suscribieron el **CONTRATO DE CONCESIÓN No. 003 de 2006**, en adelante denominado **EL CONTRATO** cuyo objeto es la realización de los **ESTUDIOS Y DISEÑOS DEFINITIVOS, GESTIÓN PREDIAL, GESTIÓN AMBIENTAL, FINANCIACIÓN, CONSTRUCCIÓN, MEJORAMIENTO, REHABILITACIÓN, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL PROYECTO VIAL R5UMICHACA-PASTO-CHACHAGUI-AEROPUERTO**".*

*2. Que **DEVINAR** convocó ante la Cámara de Comercio de Bogotá, según las reglas fijadas en la cláusula 65 del **CONTRATO**, sendos tribunales de arbitramento los días 11 de noviembre de 2011 (para todos los efectos **TRIBUNAL No. 1**) y 16 de noviembre de 2012 (para todos los efectos **TRIBUNAL No. 2**), con el fin de dirimir las controversias contractuales surgidas con ocasión de la ejecución del **CONTRATO**. En la Pretensión décimo primera del subcapítulo III de la **REFORMA A LA DEMANDA** presentada en el **TRIBUNAL No. 2**, **DEVINAR** solicitó declarar la terminación Anticipada del **CONTRATO** por causas no imputables al **CONCESIONARIO**. La **ANI** en su contestación de Demanda acepto parcialmente la pretensión de terminación anticipada, en el sentido de que tal declaratoria podía ser procedente por mutuo acuerdo de **LAS PARTES**, solicitando la aplicación de las cláusulas contractuales 60.7 y 61.2".*

*3. Que **LAS PARTES** con el objetivo constitucional de dirimir pacíficamente sus controversias, asegurar la ejecución pronta y oportuna de las políticas públicas, proteger los recursos públicos garantizarlos derechos de las partes y facilitar la ejecución del programa de cuarta generación de concesiones – **CONPES 3760 DE 2013**, suscribieron el 30 de octubre de 2013 un acta de **ENTENDIMIENTO**, en adelante **EL ACTA** por medio de la cual establecieron*

⁴⁷ Cuaderno Principal No. 1, folios 553 a 593.

las bases y el procedimiento para la terminación anticipada de mutuo acuerdo del **CONTRATO**."

(...)

19. Que la ANI ha propuesto efectuar un pago correspondiente a las sumas anteriores, es decir: por concepto de predios la suma de (\$34.341.077.053,77) Corrientes, por inversiones ambientales la suma de (\$19.261.885.809,01) Corrientes, por costos de interventoría la suma de (\$8.177.137.939,46) Corrientes, por los estudios y diseños la suma de (\$14.262.320.109,00) Corrientes a 31 de octubre de 2013 y por GAOMI la suma de (\$51.009.685.011,57) Corrientes que corresponde al valor total certificado por la Fiduciaria Bancolombia S.A. limitado en un 30% de forma mensual, límite que no es aceptado por DEVINAR y por tanto tal controversia deberá ser resuelta por el **TRIBUNAL No. 2**, en el sentido de evaluar si la cifra debe limitarse en un 30% de forma mensual o acumulada sobre los ingresos. Este pago se considera como un abono al P2 definitivo contemplado en la cláusula 6.1 de este documento.

20. Que de las sumas anteriormente descritas, aplicadas a la fórmula prevista en la cláusula 61.2 del Contrato, resulta un valor de (\$149.638.392.280,53) liquidado a 31 de mayo de 2014.

21. Que **DEVINAR** acepta dicha propuesta, la cual deberá ser tenida en cuenta por el **TRIBUNAL No. 2** para determinar el valor total de P2 de la primera etapa del acuerdo.

22. Que en desarrollo de los procedimientos internos de la ANI, la interventoría conceptuó mediante oficio ANI 2014-409-023610-2 de 21 de mayo de 2014 que dadas las circunstancias anteriormente descritas consideró viable, aludiendo a la certificación expedida por Fiduciaria Bancolombia C303700200-01457: "que la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, realice un primer pago al Concesionario acorde con los montos contenidos en dicha certificación y que corresponden a los distintos fondeos de las Subcuentas del Patrimonio Autónomo del Proyecto".

23. Que los asesores jurídicos y técnicos externos de **DEVINAR**, recomendaron a su Junta Directiva, aceptar la conciliación parcial de las controversias así: 1) Aceptar el pago parcial de la **FÓRMULA CONTRACTUAL (P2)**, como un anticipo a la suma correspondiente al P2 de la primera etapa, bajo el entendido de que las diferencias en su monto, se determinarán en el marco de los **TRIBUNALES 1 y 2** en desarrollo de la cláusula 61.2. del **CONTRATO**, y con base en las pruebas ejecutadas, en

ejecución y a ejecutar; 2) Para dichos efectos, ratificar que las cantidades de obra ejecutadas por el **CONCESIONARIO** han sido revisadas por el Perito Técnico del Tribunal No. 1 y que por tanto, cualquier ejercicio probatorio que se ejecute se realizará con base en este ejercicio y destinado a validar los resultados de dicha pericia; 3) Ratificar mediante los documentos vinculantes, tanto la terminación anticipada del **CONTRATO** a realizarse una vez se ejecuten las obras pactadas para la **SEGUNDA ETAPA** incluidas en el **ANEXO TÉCNICO**; como la desafectación de los trayectos contemplados en el Acta de Suspensión del 10 de febrero de 2014 que serán considerados en la estructuración del proyecto 4G, situaciones que estarían sujetas exclusivamente a la aprobación del presente **ACUERDO CONCILIATORIO PARCIAL** por parte del **TRIBUNAL No. 2.**"

2. En virtud del **ACUERDO CONCILIATORIO PARCIAL PARA LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DE MUTUO ACUERDO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 003 de 2006**, suscrito el 10 de junio de 2014, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** y la sociedad **DESARROLLO VIAL DE NARIÑO S.A.**, llegaron, entre otros, a los siguientes acuerdos:

a) **TERMINACIÓN ANTICIPADA DE MUTUO ACUERDO DEL CONTRATO DE CONCESION No. 003 de 2006.** Las partes ratifican terminación anticipada del **CONTRATO** en los términos contemplados en la cláusula 61.2., así:

La terminación anticipada del **CONTRATO DE CONCESION No. 003 DE 2006** se realizara el 30 de junio de 2016, momento en el cual se efectuara la devolución y reversión del corredor vial y los bienes afectos al proyecto de concesión.

b) **REVERSIÓN DE LOS BIENES AFECTOS A CONCESIÓN.** Para garantizar al momento de la reversión, las condiciones técnicas requeridas (índice de estado, deflactometría, vida residual del pavimento) y aquellas necesarias para que la Aseguradora expida al **CONCESIONARIO** la póliza de estabilidad contenida en la cláusula 26 del **CONTRATO DE CONCESIÓN**, **LAS PARTES** acuerdan que las condiciones que deberá cumplir **DEVINAR** a la reversión del corredor concesionado se encuentran establecidas en el **ANEXO TÉCNICO**.

Para la reversión de las instalaciones (casetas de peaje, áreas de servicio, CCO, etc.) y equipos de operación todos y todos los automotores (ambulancias, grúa, carro, taller, etc.), se seguirán de forma estricta las

estipulaciones que sobre el particular consagra el **CONTRATO DE CONCESIÓN**.

c) CALCULO FINAL DE LA COMPENSACIÓN (P2) DE LA PRIMERA ETAPA DE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO POR MUTUO ACUERDO.

En virtud del alcance de las pretensiones y excepciones de **DEVINAR** y la **ANI** en el **TRIBUNAL No. 2** y los acuerdos previos entre ellas, **LAS PARTES**, de común acuerdo, de forma libre y espontánea, previo estudio detallado de sus equipos técnicos, financieros, prediales, ambientales y jurídicos, acuerdan:

5.1 DEVINAR desistirá de todas aquellas pretensiones no relacionadas con la Terminación Anticipada del **CONTRATO**, excepto las pretensiones decima primera, decima segunda y decima quinta, en los términos de la presente cláusula. Respecto a la pretensión décimo séptima, **LAS PARTES** desistirán parcialmente de su pretensión decima primera, decima segunda y decima quinta, que serán retiradas parcialmente en los términos de la presente cláusula.

5.2 Como consecuencia de lo anterior, bajo la metodología pactada en el acta en ejecución del **TRIBUNAL No. 2**, en el laudo se resolverán las pretensiones restantes, que se concretan en determinar el P2 de la cláusula 61.2 respecto a la primera etapa de terminación anticipada del **CONTRATO**, previa la resolución de las divergencias sobre **LOS SIGUIENTES ASPECTOS** de la **FORMULA CONTRACTUAL (P2) (CLAUSULA 61.2)**, a saber:

- Determinación y valoración de las Cantidades de Obra ejecutadas por **DEVINAR**.
- Base sobre la cual se aplica el límite del 30% de los ingresos para el cálculo del **GAOMI**.
- Interpretación de la cláusula 61.2 sobre la inclusión de los aportes estatales realizados por la **ANI** al proyecto en la valoración de la **FORMULA CONTRACTUAL (P2)**
- Interpretación de la inclusión de otros conceptos correspondientes a inversiones, costos y gastos no contemplados por la fórmula de la cláusula 61.2 pero efectivamente realizados por **DEVINAR**.
- Determinación final de la **FORMULA CONTRACTUAL (P2)** resultante de las anteriores determinaciones y la aplicación de la **FORMULA**

CONTRACTUAL (P2) del pago efectuado por la Agencia, a la Fecha efectiva del giro, que recibirá **DEVINAR**.

d) COMPENSACIONES A FAVOR DEL CONCESIONARIO CAUSADAS POR LA TERMINACION ANTICIPADA DE MUTUO ACUERDO DEL CONTRATO:

PAGO PRIMERA ETAPA: LAS PARTES acuerdan que el pago de la compensación correspondiente a la **FORMULA CONTRACTUAL (P2)** se realizará así:

(i) La **ANI** girará a la Subcuenta Principal del Patrimonio Autónomo Rumichaca- Pasto de la Fiduciaria Bancolombia, dentro de los tres (3) meses siguientes a la aprobación del presente documento de **ACUERDO CONCILIATORIO** por parte del **TRIBUNAL No. 2** la suma de (\$149.638.392.280,53). El valor efectivo ingresado a la subcuenta principal será contabilizado por el Patrimonio Autónomo como anticipo y se amortizará una vez se ejecute la terminación anticipada del contrato por mutuo acuerdo (30 de junio de 2016) y se hayan ejecutado las obras de la **SEGUNDA ETAPA**.

Si vencidos los tres (3) meses la **ANI** no realiza el giro anterior, se causarán intereses mensuales remuneratorios ($DTF+5\%$) por un plazo de tres (3) meses, vencido este plazo se causarán intereses mensuales moratorios ($(DTF+5\%) \times 2$) hasta la fecha efectiva del giro.

(ii) El saldo por la terminación anticipada de mutuo acuerdo del **CONTRATO**, correspondiente a la **FORMULA CONTRACTUAL (P2)** que será determinada en el laudo arbitral del **TRIBUNAL No. 2** deberá ser girado por la **ANI** a **DEVINAR** así: 1- El valor de la aplicación de la **FORMULA CONTRACTUAL (P2)** determinado por el Laudo Arbitral causará desde la fecha del Laudo Arbitral, intereses mensuales de acuerdo con el numeral 4 del Artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. El día 13 de agosto de 2014, dentro del término de ley, el señor Procurador 51 Judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca presentó su concepto sobre la conciliación⁴⁸, y concluye que el Acuerdo Conciliatorio Parcial celebrado el 10 de junio de 2014 y la Modificación No. 1 de fecha 30 de julio del 2014, no reúne los requisitos necesarios para su aprobación, básicamente porque no contaba con el suficiente respaldo probatorio.

⁴⁸ Cuaderno Principal No. 1, Folios 639 a 659.

2.3. Mediante auto de fecha de agosto 29 de 2014 el Tribunal improbo el Acuerdo Conciliatorio Acuerdo Conciliatorio Parcial para la Terminación Anticipada de Mutuo Acuerdo del Contrato de Concesión No. 003 de 2006 suscrito el día 10 de junio de 2014, y de (ii) la Modificación No. 1 al Acuerdo Conciliatorio Parcial para la Terminación Anticipada de Mutuo Acuerdo del Contrato de Concesión No. 003 de 2006. Rezan apartes pertinentes del auto precitado:

“4.5. Que el acuerdo conciliatorio esté fundamentado en las pruebas necesarias.

El inciso tercero del artículo 65A de la Ley 23 de 1991⁴⁹ de manera inequívoca ordena al juez improbar la conciliación en el evento que describe textualmente, así:

“La autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público”. (La subraya y la negrilla fuera del texto original)

La anterior exigencia de ley resulta apenas natural, pues de lo contrario el interés general quedaría sujeto al criterio meramente subjetivo del funcionario de turno, con grave riesgo para la integridad del patrimonio público.

(...)

De otra parte observa el Tribunal que en el numeral 19 de los considerandos del Acuerdo Conciliatorio se dice que la ANI pagará por predios \$34.341.077.053,77, por inversiones ambientales \$19.261.885.809,01, por costos de interventoría \$8.177.137.939,46, por los estudios y diseños \$14.262.320.109,00 y por GAOMI la suma de \$51.009.685.011,57, y en el numeral 20 se establece que de las sumas señaladas, aplicadas a la formula prevista en la cláusula 61.2 del contrato, resulta un valor de \$149.638.392.280, liquidado a 31 de mayo de 2014, valor cuyo pago se acuerda en el numeral 6.1 del documento de Conciliación,⁵⁰. Sin embargo en el documento no se presenta ni se explica cuál es el valor correspondiente a la aplicación de la fórmula consagrada en la Cláusula 61.2 del Contrato de Concesión No. 003 de 2006, además de guardar el Acuerdo Conciliatorio absoluto silencio sobre el procedimiento utilizado para descontar la suma de \$9.761.488.848 de abril de 2012, correspondiente a un reembolso del fondeo en exceso realizado por la sociedad DESARROLLO VIAL DE NARIÑO y relacionado en el Considerando 18 del Acuerdo Conciliatorio⁵¹, en el sentido de si la cifra de \$9.761.488.848 de abril de 2012 se restó después de sumar los siguientes rubros de

⁴⁹ Artículo agregado por el artículo 73 de la Ley 446 de 1998.

⁵⁰ Cuaderno Principal No. 1, folio 556 vuelto.

⁵¹ Cuaderno Principal No. 1, folio 556 vuelto.

Predios	\$ 34.341.077.053,77
Inversiones Ambientales	\$ 19.261.885.809,01
Costos de interventoría	\$ 8.177.137.939,46
Estudios y Diseños	\$ 14.262.320.109,00
SUMA	\$127.052.105.921,81

o si fue deducida después de aplicar la fórmula contractual (P2) establecida en la cláusula 61.2 del Contrato de Concesión, lo que permite al Tribunal afirmar que el Acuerdo Conciliatorio no presenta claramente los valores a pagar por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a la sociedad DESARROLLO VIAL DE NARIÑO S.A.

El Tribunal resalta que la sumatoria de los cuatro conceptos de (i) Predios, (ii) Inversiones Ambientales, (iii) Costos de Interventoría, y (iv) Estudios y Diseños equivale a \$127.052.105.921,81, valor que no se registra en el clausulado del Acuerdo Conciliatorio ni en ninguno de los anexos arrimados, y que en la comunicación de fecha 1 de agosto de 2014 suscrita por Vicepresidente Ejecutivo de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y dirigida al Gobernador de Nariño,⁵² se presenta el siguiente cuadro, en el cual al menos se hace referencia expresa al P2:

CONCEPTO DE PAGO ACUERDO PARCIAL		
CONCEPTO	Pesos Corrientes	Actualización Financiera a Mayo de 2014
Fondeos Subcuentas realizado por Devinar	\$ 61,780,100,802	\$ 86,052,627,915
Estudios y Diseños realizados por Devinar	\$ 14,262,320,109	\$ 23,765,320,770
Gastos Administrativos Operacionales y Mantenimiento	\$ 36,741,936,083	\$ 51,570,343,299
Pago Predial realizado por la ANI	- \$ 9,761,488,848	- \$ 11,749,899,704
Pago a realizar P2 acuerdo de terminación	\$ 103,022,868,146	\$ 149,638,392,281

No sobre destacar que al parecer algunas de las cifras en que se funda el acuerdo conciliatorio tienen respaldo en el dictamen pericial técnico practicado dentro del trámite del Tribunal 1 y que, como se puso de presente en los antecedentes narrados, tanto la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA objetaron por supuesto error grave esa experticia, de manera que no pueden las partes alegar que se soportan en ella.

Valorado el acervo probatorio presentado con el Acuerdo Conciliatorio, coincide el Tribunal con el concepto del Agente del Ministerio Público en el sentido de que si bien los pagos realizados son indiscutibles, no hay, dentro del acervo probatorio allegado, nada que los soporte y sustente. Por lo mismo, siendo insuficiente el

⁵² Cuaderno Principal No. 1, folios 636 a 638.

respaldo probatorio, no puede este Tribunal tener certeza sobre si el acuerdo a que se llegó es o no lesivo del patrimonio público.”

3. De los acuerdos conciliatorios presentados por las partes y sus representantes legales con posterioridad a la improbación del Acuerdo Conciliatorio de fecha 10 de junio de 2014.

Las partes arrimaron los siguientes acuerdos conciliatorios:

3.1. Acuerdo conciliatorio de fecha 26 de noviembre de 2014⁵³ y sus respectivos anexos.⁵⁴

3.2. Acuerdo conciliatorio de fecha 20 de enero de 2015⁵⁵ y sus respectivos anexos.

3.3. Acuerdo conciliatorio de fecha 6 de febrero de 2015⁵⁶ y sus respectivos anexos.

El Acuerdo referenciado en el punto 3.1 fue reemplazado por el Acuerdo del numeral 3.2, y éste a su vez por el del 3.3, el cual es objeto de estudio por el Tribunal.

4. Del Acuerdo Conciliatorio de fecha 6 de febrero de 2015.

4.1. Del Acuerdo Conciliatorio para la Terminación Anticipada de Mutuo Acuerdo del Contrato de Concesión No. 003 de 2006 de fecha 6 de febrero de 2015, se destacan los siguientes considerandos:

Considerando 1. *“Que LAS PARTES celebraron el 29 de diciembre de 2006, el CONTRATO DE CONCESIÓN No. 003 DE 2006, en adelante denominado el CONTRATO, cuyo objeto es: “la realización de los Estudios, diseños definitivos, gestión predial, gestión ambiental, gestión social, financiación, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación y mantenimiento del proyecto vial ‘Rumichaca – Pasto – Chachagüí – Aeropuerto”.*

Considerando 2. *“Que en cumplimiento de los pliegos de condiciones de la licitación pública y sus anexos, definidos por la ANI desde el proceso de*

⁵³ Cuaderno Principal No. 3, folios 184 a 194, y folios 184 a 194 vueltos.

⁵⁴ Cuaderno Principal No. 3, Folios 195 a 417.

⁵⁵ Cuaderno Principal No. 3, Folios 456 a 466, y folios 456 a 466 vueltos.

⁵⁶ Cuaderno Principal No. 3, Folios 543 a 631 y Folios vueltos 543 a 631.

estructuración, así como de las cláusulas 23 y 27.2 del **CONTRATO**, **DEVINAR** celebró el 18 de enero de 2007 el Contrato de Fiducia Mercantil No. 2576 con Fiduciaria Bancolombia S.A., cuyo objeto es administrar los recursos del proyecto vial Rumichaca – Pasto – Chachagüí - Aeropuerto, de tal manera que le permita a **DEVINAR** cumplir con la adecuada ejecución del Contrato de Concesión No. 003 de 2006”.

Considerando 7. “Que **DEVINAR** según las reglas fijadas en la cláusula 65 del **CONTRATO**, convocó ante la Cámara de Comercio de Bogotá, sendos tribunales de arbitramento los días 11 de noviembre de 2011 (para todos los efectos **TRIBUNAL No. 1**) y 16 de noviembre de 2012 (para todos los efectos **TRIBUNAL No. 2**), con el fin de dirimir las controversias contractuales surgidas con ocasión de la ejecución del **CONTRATO**”.

Considerando 8. “Que en el Documento **CONPES** 3760 del 20 de Agosto de 2013 “Proyectos viales bajo el esquema de Asociaciones Público Privadas: Cuarta Generación de Concesiones Viales”, incorporó dentro del grupo de proyectos que vienen siendo estructurados por la **ANI** y que conforman el programa de cuarta generación de concesiones viales, el corredor vial denominado Troncal de Occidente, que es conformado entre otros por el tramo “Rumichaca – Pasto” y el tramo “Chachagüí – Popayán”.

Considerando 9. “Que el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, determinó en su Capítulo 3 “Crecimiento Sostenible y Competitividad” literal d) “Infraestructura para la competitividad y la integración regional” que: “Sobre estos principios, las grandes estrategias estarán encaminadas a: (1) el mejoramiento de las condiciones de accesibilidad favoreciendo la intermodalidad, a través de corredores de transporte viales, férreos, marítimos y fluviales; (2) la consolidación de nodos de transferencia competitivos que mejoren las condiciones para el transporte de carga y pasajeros, (3) la promoción de mecanismos alternativos de financiación de infraestructura; y (4) la adaptación de la infraestructura actual y proyectada a los recurrentes impactos ambientales (...)”. Literal e): “Mejoramiento de las condiciones de accesibilidad e intermodalidad”: “El mejoramiento de la capacidad de la infraestructura vial es un importante aporte al fortalecimiento de la competitividad, por lo cual se impulsará la consolidación de corredores que soportan carga de comercio exterior y que conectan los principales centros de producción y consumo con los puertos marítimos, aeropuertos y pasos de frontera a través del programa Dobles Calzadas para la Prosperidad. En ese sentido, se dará prioridad a la terminación de proyectos, promoviendo la homogenización de la capacidad vial (...)”.

Considerando 10. Que la incorporación de las concesiones de Cuarta Generación traerá los siguientes beneficios a la región:

- *Reducción del tiempo de los recorridos por carretera y una mayor disponibilidad de red vial que aumentará los flujos de comercio de bienes y servicios entre regiones y con el exterior.*
- *Ahorro en tiempos de viaje.*
- *Reducción de costos operacionales vehiculares.*
- *Beneficios ambientales: Menor consumo de combustibles por menor costo operacional.*
- *Mejoras en la infraestructura propuesta que impactaran directamente la competitividad de la economía del país, significarán importantes ahorros ambientales, reducirán los niveles de accidentalidad, y disminuirán los costos de operación de los vehículos*
- *Los menores tiempos de desplazamiento también impulsaran el turismo nacional a regiones tradicionalmente aisladas generando oportunidades de trabajo e inversión.*
- *Adicionalmente, la mayor conectividad permitirá extender las aéreas de influencia de las principales ciudades, mejorando la oferta de servicios públicos de calidad en áreas rurales.*

Considerando 11. “Que mediante memorando No. 2014-200-004489-3 la Vicepresidencia de Estructuración expuso los requerimientos para la implementación de las concesiones 4G. Por lo tanto, la terminación anticipada del **CONTRATO DE CONCESIÓN No. 003 DE 2006**, permitirá no solo el desarrollo de este programa establecido en el **CONPES 3760 DE 2013**, sino consecuentemente, al permitir la desafectación de los tramos concesionados mediante el **CONTRATO**, el ingreso de las Concesiones 4G en algunos de esos tramos mejoraría en todo caso las especificaciones técnicas de la infraestructura objeto del contrato, atendiendo de esta manera la prestación de un mejor servicio a los usuarios de la vía y el interés de la comunidad en contar con una solución vial acorde con los requerimientos actuales y futuros de la región”.

Considerando 18. “Que Fiduciaria Bancolombia S.A. certificó mediante comunicación C303700200-2576-621 del 16 de enero de 2015, la inversión realizada por DEVINAR con corte a 31 de octubre de 2013 por concepto de

Gastos de Administración, Operación y Mantenimiento (GAOM) por un valor de \$50.446.998.583,69 pesos corrientes del momento de la inversión”.

Considerando 19. “Que Fiduciaria Bancolombia S.A. certificó mediante comunicación C303700200-2576-658 del 4 de febrero de 2015, los fondeos y usos de las siguientes subcuentas, cuentas y conceptos:

19.1 Fondeos realizados por **DEVINAR** con corte a 31 de octubre de 2013 a la subcuenta predial por un valor de \$34.341.077.053,77 pesos corrientes al momento del fondeo.

19.2 Fondeos realizados por **DEVINAR** con corte a 31 de octubre de 2013 a la subcuenta ambiental por un valor de \$19.261.885.809 pesos corrientes al momento del fondeo.

19.3 Fondeos realizados por **DEVINAR** con corte a 31 de octubre de 2013 a la subcuenta de interventoría por un valor de \$8.177.137.939,46 pesos corrientes al momento del fondeo”.

Considerando 20. “Que Fiduciaria Bancolombia S.A. certificó mediante comunicación C303700200-2576-657 del 4 de febrero de 2015, la inversión realizada por **DEVINAR** con corte a 31 de octubre de 2013 por concepto de Estudios y Diseños del proyecto, por un valor de \$14.317.020.745 pesos corrientes del momento de la inversión”.

Considerando 21. “Que la Fiduciaria Bancolombia S.A. certificó mediante comunicación C303700200-2576-656 del 4 de febrero de 2015 el pago único realizado el día 30 de abril de 2012 por la **ANI** a **DEVINAR**, a través del Patrimonio Autónomo, por concepto de abono a capital por fondeos en exceso a la subcuenta predial por parte de **DEVINAR**. El valor reembolsado por la **ANI** asciende a la suma de \$9.761.488.848 pesos de abril de 2012, reembolso que se efectuó en un solo pago”.

Considerando 33. “Que **LAS PARTES** con el objeto de valorar el pago a efectuar a **DEVINAR** con el presente documento, acordaron incorporar los siguientes valores:

i) Los valores corrientes al momento de los fondeos para el caso de las subcuentas predial (\$34.341.077.053,77), ambiental (\$19.261.885.809) e interventoría (\$8.177.137.939).

ii) Los valores corrientes al momento de las inversiones para el caso de los Estudios y Diseños (\$14.317.020.745).

iii) Los valores corrientes al momento de las inversiones para los gastos de Administración Operación y Mantenimiento (GAOM), limitados al 30% del ingreso generado mensual, que sumados en pesos corrientes de los meses del periodo comprendido entre mayo de 2007 y octubre de 2013 asciende a la suma de \$36.742.829.660,11, situación aceptada por **DEVINAR** únicamente para efectos de determinar el valor parcial a reconocer como abono en este **ACUERDO CONCILIATORIO**. La determinación del valor final del GAOM deberá ser definida por el **TRIBUNAL No. 2** al momento de definir la compensación total a reconocer a **DEVINAR** por la terminación anticipada del **CONTRATO**.

iv) El pago efectuado por la **ANI** a **DEVINAR** por la suma de \$9.761.488.848 pesos de abril de 2012, a través del Patrimonio Autónomo, por concepto de abono a capital por fondeos en exceso a la subcuenta predial por parte de **DEVINAR**”.

Considerando 35. “Que en procura de soportar de manera completa y adecuada el presente **ACUERDO CONCILIATORIO** para la terminación anticipada de mutuo acuerdo del Contrato de Concesión No. 003 de 2006, con las pruebas técnicas y documentales suficientes e idóneas, **LAS PARTES** de común acuerdo decidieron aceptar y presentar para su incorporación en el **TRIBUNAL No. 2**, los resultados de una experticia técnica adelantada por la firma **BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A.**, especialista en estructuración de concesiones viales y finanzas, con conocimiento acreditado en el tema e independiente de **LAS PARTES**, que reúne las condiciones exigidas por el artículo 226 del Código General del Proceso, con el fin de realizar el cálculo y acreditar la validez y suficiencia de las cifras relacionadas con la inversión en interventoría, inversiones en estudios y diseños, inversiones en predios y ambiental e inversiones en GAOM. Para tal fin, se acordó entre **LAS PARTES** que **DEVINAR** asumiría los costos derivados de la respectiva contratación”.

Considerando 36. “Que como resultado de la experticia técnica aceptada y aportada por **LAS PARTES** y en concordancia con los considerandos anteriores, **BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A.** llegó a los siguientes resultados

Calculo Liquidación Parcial Formula P2 – Pesos Noviembre 2014

	Valor en \$ Corrientes Al momento de los fondeos / Inversiones	Valor en \$ a noviembre de 2014
Inversiones en Interventoría (I int i)	\$ 8.177.137.939	\$ 14.949.161.159
Inversiones en Estudios y Diseños (Iconsi)	\$ 14.317.020.745	\$ 25.413.074.830
Inversiones en predios + ambiental (Ip)	\$ 53.602.962.863	\$ 73.922.943.942
Inversión en GAOM	\$36.742.829.660	\$ 53.737.656.176
Total Inversiones		\$168.022.836.107
Pago por fondeo en exceso		\$
Subcuenta predial	\$ (9.761.488.848)	(12.293.628.866)
Total Pagos		\$
Total Inversiones - Pagos= (P2 Parcial)		(12.293.628.866)
		\$
		155.729.207.241

Nota. Las cifras anteriores están debidamente expuestas y soportadas en los anexos a la experticia técnica”.

Considerando 37. “Que revisado y evaluado el experticio técnico, la **ANI** presentó una propuesta de pago a **DEVINAR**, por los conceptos de inversión en interventoría, inversiones en estudios y diseños, inversiones en predios y ambiental e inversiones en GAOM, por valor de **\$155.729.207.241** liquidado a 30 de noviembre de 2014, el cual limita las inversiones en GAOM en un 30% del ingreso generado mensual, cifra discriminada en el considerando anterior”.

Considerando 38. “Que con la salvedad relativa a la limitación del GAOM en un 30% que deberá ser definida en el Laudo, **DEVINAR** aceptó dicha propuesta”.

Considerando 42. “Que dado que la intención de **LAS PARTES** es solucionar las controversias contractuales suscitadas en ejecución del Contrato de Concesión No. 003 de 2006, una vez el presente **ACUERDO CONCILIATORIO** sea aprobado por el **TRIBUNAL No. 2**, **LAS PARTES** procederán, respecto a las controversias sometidas a conocimiento judicial y/o arbitral de la siguiente manera:

42.1 Pretensiones arbitrales TRIBUNAL No. 2

LAS PARTES, sujeta a la aprobación del Honorable Tribunal, concilian la totalidad de sus diferencias salvo los valores restantes de lo que se considere como compensación por terminación anticipada del contrato por mutuo acuerdo, que serán determinados por el Honorable Tribunal en el laudo arbitral correspondiente. En consecuencia, **DEVINAR** desistirá de todas aquellas pretensiones no relacionadas con la Terminación Anticipada del **CONTRATO**, excepto las pretensiones décima primera, décima segunda y décima quinta, en los términos de la presente cláusula. Respecto a la pretensión décimo séptima, **LAS PARTES** desistirán parcialmente de su pretensión y su excepción, en los términos de la cláusula séptima del presente acuerdo. La **ANI**, en consecuencia, retira la totalidad de sus excepciones, salvo aquellas de oposición a las pretensiones décima primera, décima segunda y décima quinta, que serán retiradas parcialmente en los términos de la presente cláusula.

42.2 Pretensiones arbitrales TRIBUNAL No. 1.

LAS PARTES presentarán en el marco del **TRIBUNAL No. 1** y una vez se encuentre el presente **ACUERDO CONCILIATORIO** aprobado y en firme, una solicitud conjunta e irrevocable de desistimiento conjunto de la totalidad de las pretensiones de sus respectivas demandas, con efectos de cosa juzgada, renunciando a intereses, cualquier condena en costas y perjuicios y a cualquier reconocimiento de las respectivas agencias en derecho y/o costos del Arbitramento, bajo el entendido de que las obligaciones de **DEVINAR** están consignadas en el **CONTRATO**, en este **ACUERDO CONCILIATORIO** y en el **ANEXO TÉCNICO**.

42.3 LAS PARTES acuerdan respecto de los procesos en jurisdicción contenciosa y/o diferente a la arbitral:

Como consecuencia de la aprobación del presente **ACUERDO CONCILIATORIO** y en los términos del numeral 3 del artículo 9 del Decreto 1716 de 2009, **LAS PARTES** entienden conciliados los efectos económicos derivados de la Resolución No. 469 del 29 de septiembre de 2011 y la Resolución No. 618 del 29 de diciembre de 2011 y la revocatoria total de los mismos, en consideración a que las multas conminatorias allí establecidas pierden su razón de ser bajo el entendido de la terminación anticipada de mutuo acuerdo del **CONTRATO** en los términos acordados por **LAS PARTES**, de donde deviene que de mantenerse la multa impuesta se causaría un agravio

*injustificado a **DEVINAR**. Para tales efectos, dentro de los quince (15) días siguientes a la aprobación del presente **ACUERDO CONCILIATORIO**, la **ANI** revocará el mandamiento de pago de fecha 27 de junio de 2012 por el cual se libró orden de pago por vía ejecutiva de jurisdicción coactiva a favor de la **ANI** en contra de **DEVINAR** y en consecuencia, la **ANI** terminará y archivará el proceso de Cobro Coactivo No. 003 de 2012 iniciado contra **DEVINAR**.*

*A su vez **DEVINAR**, dentro de los treinta (30) días siguientes a la aprobación y en firme el presente **ACUERDO CONCILIATORIO**, presentará, previo cumplimiento por parte de la **ANI** de lo dispuesto en el párrafo anterior respecto a la revocatoria del mandamiento de pago del 27 de junio de 2012, solicitud de terminación por conciliación del proceso de Acción Contractual con Suspensión Provisional presentada por **DEVINAR** ante el Tribunal Administrativo de Nariño, radicado No. 52001233100020120020900.*

*Así mismo, **DEVINAR** presentará dentro de los diez (10) días siguientes a la aprobación y en firme del presente **ACUERDO CONCILIATORIO**, desistimiento del proceso de ejecutivo contractual radicado No. 520013333004201300100-00 que cursa ante el Tribunal Administrativo de Nariño.*

LAS PARTES manifiestan respecto de este acuerdo en particular:

- Que las pretensiones objeto de tales controversias no serán objeto de la solución y/o aprobación por parte del **TRIBUNAL No. 2** por ser asuntos ajenos a dicho proceso arbitral;
- Que se ha llegado a este acuerdo en desarrollo de la conciliación directa de las controversias contractuales y como resultado del acuerdo conciliatorio que será presentado al **TRIBUNAL No. 2**".

Considerando 43. "Que el Comité de Conciliación de la **ANI** revisó el presente **ACUERDO CONCILIATORIO**, sus anexos y emitió su aprobación en los términos de Ley, tal y como se acredita con la copia del Acta fechada el 6 de febrero de 2015, que se adjunta".

Considerando 44. "Que la Asamblea General de Accionistas autorizó el 17 de octubre de 2013 al Gerente General de **DEVINAR** a celebrar el presente **ACUERDO CONCILIATORIO** así como la suscripción de todos los documentos que se requieran para tal fin, tal y como se acredita con la copia del que se adjunta".

4.2 Los Acuerdos contenidos en el documento conciliatorio de fecha 6 de febrero de 2015 son los siguientes:

"PRIMERO: DEFINICIONES

*Para la adecuada interpretación de este **ACUERDO CONCILIATORIO** y sin perjuicio de las definiciones contenidas en el **CONTRATO**, sus Anexos, Apéndices, Otrosíes modificatorios así como todos aquellos documentos que hacen parte integral del mismo, las siguientes palabras tendrán el significado que se les atribuye a continuación:*

Los términos que no estén expresamente definidos, deberán interpretarse, según lo previsto en el artículo 29 del Código Civil, de acuerdo con el sentido que les confiera el lenguaje técnico respectivo, o por su significado y sentido natural y obvio, de conformidad con su uso general.

(...)

SEGUNDO: TERMINACIÓN ANTICIPADA DE MUTUO ACUERDO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 003 DE 2006. LAS PARTES acuerdan la terminación anticipada del **CONTRATO** en los términos que a continuación se establecen:

- 1.1.** La fecha efectiva de terminación anticipada del **CONTRATO** será el 30 de abril de 2015, siempre y cuando el presente **ACUERDO CONCILIATORIO** sea aprobado por parte del **TRIBUNAL No. 2**.
- 1.2.** **DEVINAR** ejecutará actividades de obra, gestión predial y socio-ambiental, hasta la fecha efectiva de terminación anticipada del **CONTRATO**, de acuerdo con el alcance del **ANEXO TECNICO** que hace parte integrante del presente **ACUERDO CONCILIATORIO**.
- 1.3.** El corredor concesionado, incluidas las estaciones de peaje, será entregado físicamente por **DEVINAR** y recibido por la ANI a partir de las 6:00 horas del día hábil siguiente a la fecha efectiva de terminación del **CONTRATO**. Desde este momento la **ANI** será responsable del corredor vial y no le asiste a **DEVINAR** ninguna obligación por este concepto.
- 1.4.** Los trayectos que integran el proyecto de Concesión serán desafectados a partir de la fecha efectiva de terminación del **CONTRATO**.

PARÁGRAFO: Con la aprobación del presente **ACUERDO CONCILIATORIO** por parte del **TRIBUNAL No. 2**, la ANI podrá iniciar procesos licitatorios, de acuerdo

con las políticas estatales, que incluyan tramos actualmente afectos al Contrato de Concesión No. 003 de 2006.

TERCERO: SUSPENSIÓN DE OBRAS. LAS PARTES acuerdan que las obras por ejecutar a la fecha del presente documento, de construcción, rehabilitación y mejoramiento, descritas principalmente en el Apéndice A del **CONTRATO**, quedan suspendidas desde la fecha de aprobación del presente **ACUERDO CONCILIATORIO** hasta la fecha efectiva de terminación del **CONTRATO** y serán desafectadas en los términos contemplados en la cláusula anterior, salvo las actividades descritas en el **ANEXO TÉCNICO** que serán ejecutadas hasta el 30 de abril de 2015. Lo anterior, sin perjuicio del Acta de Suspensión suscrita por **LAS PARTES** el 10 de febrero de 2014. Las obras suspendidas por virtud de este **ACUERDO CONCILIATORIO** están igualmente determinadas en el **ANEXO TÉCNICO**.

CUARTO: REVERSIÓN DE LOS BIENES AFECTOS A LA CONCESIÓN. Para garantizar al momento de la **REVERSIÓN**, las condiciones técnicas requeridas (índice de estado, deflectometría, vida residual del pavimento) y aquellas necesarias para que la Aseguradora expida a **DEVINAR** la póliza de estabilidad contenida en la cláusula 26 del **CONTRATO**, **LAS PARTES** acuerdan que las condiciones que deberá cumplir **DEVINAR** a la reversión del corredor concesionado se encuentran establecidas en el **ANEXO TÉCNICO**.

Para la reversión de los equipos de operación y todos los automotores (ambulancias, grúa, carro taller, etc.), **DEVINAR** entregará y la **ANI** recibirá dichos equipos y automotores en sus condiciones actuales físicas a la fecha de suscripción del presente **ACUERDO CONCILIATORIO**, tales como número (cantidad), modelo, desgaste propio del uso, versión de software, características técnicas, etc.

QUINTO: CÁLCULO FINAL DE LA COMPENSACIÓN POR CONCEPTO DE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO POR MUTUO ACUERDO EN LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN.

En virtud del alcance de las pretensiones y excepciones de **DEVINAR** y la **ANI** en el **TRIBUNAL No. 2**, **LAS PARTES**, de común acuerdo, de forma libre y espontánea, previo estudio detallado de sus equipos técnicos, financieros, prediales, ambientales y jurídicos, acuerdan:

5.1. DEVINAR desiste de todas aquellas pretensiones no relacionadas con la Terminación Anticipada del **CONTRATO**, excepto las pretensiones décima primera, décima segunda y décima quinta, en los términos de la presente cláusula. Respecto a la pretensión décimo séptima, **LAS PARTES** desisten parcialmente de su pretensión y su excepción, en los términos de la cláusula séptima del presente acuerdo. La **ANI**, en consecuencia, retira la totalidad de sus excepciones, salvo aquellas de oposición a las pretensiones décima primera, décima segunda y décima quinta, que serán retiradas parcialmente en los términos de la presente cláusula.

5.2. Como consecuencia de lo anterior, en el laudo se resolverán las pretensiones restantes, que se concretan en determinar la compensación por la terminación anticipada del **CONTRATO**, previa la resolución de las divergencias sobre los siguientes aspectos:

- Determinación y valoración de las Cantidades de Obra ejecutadas por **DEVINAR**.
- Base sobre la cual se aplica el límite del 30% de los ingresos para el cálculo del GAOM.
- Inclusión de los aportes estatales realizados por la **ANI** al proyecto en la valoración de la compensación por la Terminación Anticipada del Contrato de Concesión.
- Interpretación de la inclusión de otros conceptos correspondientes a inversiones, costos y gastos efectivamente realizados por **DEVINAR**.
- Interpretación acerca de la inclusión y determinación del costo de los Estudios y Diseños en la valoración de la compensación por la terminación anticipada de mutuo acuerdo del Contrato en etapa de construcción.

Nota 1: LAS PARTES acuerdan que dado el alcance del presente Acuerdo, conjuntamente solicitarán la suspensión de los cuestionarios entregados el 14 de noviembre de 2014 al Perito Técnico.

Nota 2: Los presentes acuerdos no son acuerdos procesales de conformidad con la ley.

SEXTO: COMPENSACIONES A FAVOR DEL CONCESIONARIO CAUSADAS POR LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DE MUTUO ACUERDO DEL CONTRATO EN LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN:

LAS PARTES acuerdan que el pago correspondiente a la compensación a favor de **DEVINAR** por la terminación anticipada de mutuo acuerdo se realizará así:

(i) La **ANI** girará a la Subcuenta Principal del Patrimonio Autónomo Rumichaca – Pasto de la Fiduciaria Bancolombia S.A., una vez se surta la aprobación del presente documento de **ACUERDO CONCILIATORIO** por parte del **TRIBUNAL No. 2**, la suma de **\$155.729.207.241**. El valor efectivo ingresado a la subcuenta principal será incluido en la liquidación del **CONTRATO**.

El valor aquí acordado, será incluido por el **TRIBUNAL No. 2** en la liquidación del **CONTRATO** para determinar el valor final de la compensación por terminación anticipada de mutuo acuerdo en la etapa de construcción. Cualquier diferencia, a favor o en contra, respecto del valor allí reconocido será subsanada y/o reconocida al momento de la liquidación a cargo del Tribunal, incluido el valor de los Estudios y Diseños.

La suma de dinero atrás relacionada causará intereses mensuales a partir de la fecha de la ejecutoria de la aprobación del presente acuerdo de conformidad con el Artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

Nota 1. Los intereses remuneratorios y moratorios aquí pactados no harán parte de los ingresos de **DEVINAR** para efectos de la compensación por terminación anticipada del **CONTRATO**. En todo caso, para efectos del pago de compensación por la terminación anticipada del **CONTRATO**, el pago efectivamente recibido descrito en este ordinal (valor que resulta de tomar el valor nominal de los TES menos el descuento causado por la operación comercial de la venta de los TES) se aplicará al valor final de la compensación por terminación anticipada de mutuo acuerdo en etapa de construcción del **CONTRATO**, que para efectos de su cálculo e inclusión en la liquidación se tomará en la fecha de aprobación del presente Acuerdo.

Nota 2. **DEVINAR** presentará el presente acuerdo conciliatorio a los prestamistas y obtendrá un documento de aprobación del giro a la Subcuenta Principal que se efectuará en virtud de la Terminación Anticipada del **CONTRATO** y que será presentado a la **ANI** dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la aprobación por parte del **TRIBUNAL No. 2** del presente **ACUERDO CONCILIATORIO**.

En todo caso este documento es requisito para el giro y relevará a la **ANI** de cualquier responsabilidad frente a las relaciones de **DEVINAR** con los prestamistas, con respecto al pago descrito en el literal (i) del presente numeral.

(ii) De resultar, en la liquidación del **CONTRATO** que realizará el **TRIBUNAL No. 2**, un valor final por la compensación por la terminación anticipada de mutuo acuerdo en etapa de construcción del **CONTRATO**, a favor de **DEVINAR**, éste deberá ser sufragado por la **ANI** a **DEVINAR** de acuerdo con el Artículo 195 de la Ley 1437 de 2011. A su vez, de resultar en la liquidación del **CONTRATO** un valor a favor de la **ANI**, este será sufragado por **DEVINAR**.

PARÁGRAFO PRIMERO: Para todos los efectos, en especial los definidos en la presente cláusula sexta, el presente **ACUERDO CONCILIATORIO** presta mérito ejecutivo. En los términos de la Ley 1563 del 2012, la obligación podrá ser ejecutada vía jurisdicción ordinaria (administrativa) o arbitral.

PARÁGRAFO SEGUNDO: **DEVINAR** tendrá la obligación de entregar a la **ANI**, dentro de los cinco (5) días siguientes a la terminación efectiva del **CONTRATO**, la memoria técnica y los planos de construcción de las obras ejecutadas en el corredor vial concesionado de conformidad con la cláusula 48 del **CONTRATO**.

SÉPTIMO: PRETENSIONES ARBITRALES TRIBUNAL No. 2

Sujeto a la aprobación y firmeza del presente **ACUERDO CONCILIATORIO** por el **TRIBUNAL No. 2, DEVINAR** desiste de todas aquellas pretensiones no relacionadas con la Terminación Anticipada del **CONTRATO**, excepto las pretensiones décima primera, décima segunda y décima quinta en los términos de la presente cláusula. Respecto a la pretensión décimo séptima, **LAS PARTES** desisten parcialmente de su pretensión y su excepción, en los términos estipulados en la presente cláusula. La **ANI**, en consecuencia, retira la totalidad de sus excepciones, salvo aquellas de oposición a las pretensiones décima primera, décima segunda y décima quinta, que son retiradas en los términos de la presente cláusula.

Respecto a la pretensión décimo séptima, el desistimiento parcial se pacta en los siguientes términos:

1. Pretende **DEVINAR**: **"DECIMA SEPTIMA. CONDENAR**, como consecuencia de las anteriores pretensiones, a la **ANI** al pago a favor de **DEVINAR S.A.**, resultante de la fórmula de terminación anticipada contemplada en la **CLAUSULA 61 NUMERAL 61.2 CONTRATO DE CONCESION**. Con la aplicación del **k** correspondiente a la **Cláusula 60 NUMERAL 60.5.**"
2. Excepcionó **ANI**: "Me opongo, y me permito solicitar que se decide por la terminación del contrato se apliquen las fórmulas y los factores relativos a la terminación por mutuo acuerdo del Contrato de Concesión."
3. **LAS PARTES** acuerdan terminar anticipadamente de mutuo acuerdo el **CONTRATO** en la etapa de construcción y solicitar la liquidación al **TRIBUNAL No. 2** bajo los términos del presente acuerdo, por lo que existe un pacto entre ellas que dirige la controversia esencial, restando exclusivamente en el laudo, declarar y establecer la compensación por la terminación anticipada de mutuo acuerdo del **CONTRATO**, su consecuente liquidación y ordenar, de ser el caso, el pago correspondiente resultante de su ejercicio.
4. En consideración a lo expuesto, **DEVINAR** desiste parcialmente de la pretensión décimo séptima, así:
 - Desiste de la solicitud de condena contenida en el verbo **CONDENAR** por cuanto no existiendo controversia no podrá emitirse un fallo condenatorio contra la **ANI** por incumplimiento alguno.
 - Mantiene incólume la pretensión de ordenar a la **ANI**, el pago consecuencial resultante de la compensación por la terminación anticipada de mutuo acuerdo del **CONTRATO**.

- Desiste de la pretensión relativa a la aplicación del k correspondiente a la Cláusula 60 NUMERAL 60.5.
- Una vez desistida parcialmente la pretensión, la mencionada deberá entenderse en los siguientes términos:

DECIMA SEPTIMA. Si como consecuencia de las anteriores pretensiones, existe un valor a favor de **DEVINAR** por concepto de la compensación por la terminación anticipada del **CONTRATO** de mutuo acuerdo en etapa de construcción, se ordenará a la **ANI** efectuar tal pago a favor de **DEVINAR**, en los términos que establezca el **TRIBUNAL**.

Salvo lo dispuesto en este **ACUERDO CONCILIATORIO** con excepción de todas las obligaciones relativas a las garantías y obligaciones a cargo de **DEVINAR** que permanecen vigentes bajo los términos del **CONTRATO**, **LAS PARTES** renuncian expresa, incondicional e irrevocablemente a cualquier derecho a que hubiere lugar con respecto a cualesquiera de las pretensiones, las reclamaciones o los argumentos jurídicos presentados por ellas en los Arbitramentos, diferentes a las pretensiones enunciadas en este numeral y se liberan mutuamente de cualquier responsabilidad.

Nota 1. Los presentes acuerdos no son acuerdos procesales de conformidad con la ley.

OCTAVO: LAS PARTES dejan constancia que una vez aprobado el presente **ACUERDO CONCILIATORIO** por parte del **TRIBUNAL No. 2** y como consecuencia de tal pronunciamiento, se entienden resueltas todas las pretensiones y controversias suscitadas entre **LAS PARTES** en desarrollo del **CONTRATO** y procederán de conformidad con lo dispuesto en el considerando No. 42 del presente documento.

NOVENO: En relación con la gestión predial, social y ambiental, **LAS PARTES** procederán de conformidad con el **ANEXO TECNICO**.

DÉCIMO: PÓLIZAS DEL CONTRATO: LAS PARTES acuerdan que, las garantías descritas en la cláusula 26 del **CONTRATO** y el **ANEXO TECNICO**, se ajustarán sobre la vigencia, monto asegurado y alcance de la siguiente manera:

10.1 Amparo de cumplimiento: cuya vigencia deberá prorrogarse hasta el 30 de abril de 2015. El monto asegurado será el equivalente al 10% del valor de las obras y actividades a ejecutarse hasta el 30 de abril de 2015 de acuerdo con el **ANEXO TECNICO**.

10.2 Amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones: cuya vigencia deberá prorrogarse hasta el 30 de abril de 2018. El monto asegurado será el equivalente al 5% del valor de las obras y actividades a ejecutarse hasta el 30 de abril de 2015 de acuerdo con el **ANEXO TECNICO**.

10.3 Amparo de Estabilidad de Obra: que se constituirá de acuerdo a lo estipulado en el **CONTRATO** y a lo definido en el **ANEXO TECNICO**.

10.4 Amparo de Responsabilidad Civil Extracontractual: cuya vigencia deberá mantenerse hasta el 30 de abril de 2015. El monto asegurado será el estipulado en el numeral 26.4 del **CONTRATO**.

10.5 Seguro de Accidentes: deberá mantenerse vigente hasta el 30 de abril de 2015. El monto asegurado será el estipulado en el numeral 26.6 del **CONTRATO**.

10.6 Amparo de Calidad: Deberá expedirse de conformidad con lo previsto en el **CONTRATO**. Respecto de la calidad de las obras, el parámetro para su definición estará limitado a lo establecido en el **ANEXO TÉCNICO**.

No obstante lo anterior, **DEVINAR** se compromete a mantener vigentes las pólizas y seguros, de la forma en que fueron estipulados en el **CONTRATO**, hasta tanto el presente **ACUERDO CONCILIATORIO** sea aprobado por el **TRIBUNAL No. 2**.

DÉCIMO PRIMERO: PRUEBAS.

Hacen parte de este **ACUERDO CONCILIATORIO** y se presentan como soporte probatorio los siguientes documentos:

1. Acta de Comité de Conciliación de la **ANI** fechada el 6 de febrero de 2015.
2. Acta Asamblea General de Accionistas de **DEVINAR**.
3. Anexo Técnico.
4. Acta de Inicio de la Etapa de Construcción.
5. La experticia técnica de febrero de 2015 con radicado ANI No. 2015-409-006532-2 del 6 de febrero de 2015, realizada por **BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A.** se aporta conjuntamente por las partes al **TRIBUNAL No. 2**, en los términos contemplados en la Ley 1395 del 2010, artículos 116 y 227 del Código General del Proceso.
6. Memorando ANI del 6 de febrero Gerente Financiero VEJ a Vicepresidente Ejecutivo ANI.
7. Certificación Fiduciaria Bancolombia S.A. C303700200-2576-621 del 16 de enero de 2015.
8. Certificación Fiduciaria Bancolombia S.A. C303700200-2576-658 del 4 de febrero de 2015.
9. Certificación Fiduciaria Bancolombia S.A. C303700200-2576-657 del 4 de febrero de 2015.
10. Certificación Fiduciaria Bancolombia S.A. C303700200-2576-656 del 4 de febrero de 2015

11. *Certificación Fiduciaria Bancolombia S.A. C303700200-2576-620 del 16 de enero de 2015.*
12. *Certificación Fiduciaria Bancolombia S.A. C303700200-2576-665 del 6 de febrero de 2015.*
13. *Acta suscrita por ANI, DEVINAR, Interventoría y Fiduciaria Bancolombia S.A., el 14 de enero de 2015, sobre auditoría al valor de los Gastos de Administración Operación y Mantenimiento (GAOM)*
14. *Acta suscrita el 2 de febrero por ANI, DEVINAR, Interventoría y Fiduciaria Bancolombia S.A., por medio de la cual se deja constancia de la auditoría respecto al valor de los Estudios y Diseños.*
15. *Acta suscrita el 3 de febrero por ANI, DEVINAR, Interventoría y Fiduciaria Bancolombia S.A., por medio de la cual se deja constancia de la auditoría respecto al fondeo a la Subcuenta de Interventoría.*
16. *Acta suscrita el 3 de febrero por ANI, DEVINAR, Interventoría y Fiduciaria Bancolombia S.A., por medio de la cual se deja constancia de la auditoría al fondeo a la subcuenta Predial.*
17. *Acta suscrita el 3 de febrero por ANI, DEVINAR, Interventoría y Fiduciaria Bancolombia S.A., por medio de la cual se deja constancia de la auditoría a los Fondeos Ambientales.*
18. *Acta suscrita el 3 de febrero por ANI, DEVINAR, Interventoría y Fiduciaria Bancolombia S.A., por medio de la cual se deja constancia de la auditoría a las cifras correspondientes a Pago Parcial por Desequilibrio Económico de Ingreso Generado, tal y como se acredita con el Acta suscrita el 3 de febrero de 2015, adjunta.*
19. *Acta suscrita el 3 de febrero por ANI, DEVINAR, Interventoría y Fiduciaria Bancolombia S.A., por medio de la cual se deja constancia de la auditoría a las cifras correspondientes al reembolso único por pago de fondeos prediales adicionales, tal y como se acredita con el Acta suscrita el 3 de febrero de 2015, adjunta.*
20. *Concepto de la interventoría CONS-IAC-2274-IPRC-1071 con radicado ANI No. 2015-409-006536-2 del 6 de febrero de 2015.*
21. *Copia de 78 informes fiduciarios con corte al mes de octubre de 2013, radicados por la Fiduciaria Bancolombia S.A. en la ANI, en un (1) DVD.*
22. *Copia de actas de comités fiduciarios elaboradas por Fiduciaria Bancolombia S.A., en un (1) DVD.*
23. *Copia convocatorias mensuales al Comité Fiduciario por parte de Fiduciaria Bancolombia S.A., en un (1) DVD."*

CAPÍTULO III

DEL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO SOBRE ACUERDO CONCILIATORIO DE FECHA 6 DE FEBRERO DE 2015

1. El Señor Agente del Ministerio Público delegado para este proceso arbitral, Procurador 51 Judicial Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del término concedido, profirió concepto sobre el Acuerdo Conciliatorio el día 17 de febrero de 2015,⁵⁷ y consideró pertinente su aprobación.

2. En resumen el señor agente del Ministerio Público señaló lo siguiente:

El señor agente del Ministerio Público encuentra que el acuerdo suscrito por las partes reúne los requisitos establecidos en la ley y la jurisprudencia para su aprobación en la medida en que está suscrito por representantes legales de las partes, quienes son competentes para actuar y cuentan con la facultad para el efecto de conformidad con los anexos que han presentado; el acuerdo fue aprobado por el Comité de Conciliación de la entidad pública; cuenta con las pruebas necesarias y suficientes; no resulta lesivo para el patrimonio público; y no es violatorio de la ley.

2.1 En materia de las pruebas aportadas, el señor agente del Ministerio Público analiza detalladamente cada uno de los medios probatorios aportados y al efecto señala lo siguiente:

1. La experticia técnica realizada por BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A.S.

Indica que esta firma *"toma como ciertos los valores entregados por cada una de las partes entendiendo que la revisión de los mismos ha sido realizadas por ellas"*.

En cuanto a la variable de multas, dice que esta determinación no es objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal ni de la Procuraduría ni hacen parte de las pretensiones de la demanda.

Pone de presente algunos aspectos discutibles pero advierte que, en consideración a que se trata de un acuerdo parcial, que se encuentra pendiente la liquidación del contrato y que el perito que designe el Tribunal deberá verificar y certificar las variables o ítems que hacen parte de la formula a aplicar por la terminación anticipada del contrato, será necesario

⁵⁷ Cuaderno Principal No. 3, Folios 651 a 683.

que dicho auxiliar de la justicia corrobore y defina si las inversiones por estudios y diseños pueden incluirse o no en éste ítem o si debe ir en otro.

2. Anexo Técnico

Dice que más que una prueba es un documento que hace parte del acuerdo conciliatorio y que contiene algunas obligaciones que las partes asumen, las cuales están expresamente identificadas y se establecen unos plazos precisos para su cumplimiento, razón por la cual, en caso de incumplimiento podrán ser exigibles por la vía ejecutiva.

3. Oficios suscritos por el Representante Legal y por el Subdirector Financiero del consorcio Integral AIM ICONSULTING, del 06 de febrero de 2015, Nos. CONS-IAC-2274-IPRC-1080 y 1071, respectivamente y radicados en esa misma fecha.

Pone de presente que en tales documentos la Interventoría del Contrato ha emitido concepto favorable y considerado viable la decisión de dar por terminado de manera anticipada y de mutuo acuerdo el contrato de Concesión, así como los pagos, teniendo en cuenta las certificaciones expedidas por la Fiduciaria Bancolombia, revisadas por ellos.

4. Las certificaciones de la Fiduciaria Bancolombia S.A.-Sociedad Fiduciaria.

Indica que el principio de la buena fe, rige y debe regir todas las actuaciones, no solo de los servidores públicos, sino de todas las personas, por lo cual se debe entenderse que la información allí contenida corresponde a verdad. Agrega que las certificaciones expedidas por la Fiducia versan sobre valores registrados en la contabilidad y ella tiene clara su responsabilidad en este asunto de manera que esas pruebas tienen el valor legal que les corresponde.

5. Actas de "mesas de trabajo" suscritas por funcionarios delegados o representantes de la ANI, DEVINAR, la Interventoría y Fiduciaria Bancolombia S.A.

Señala que en tales documentos sus intervinientes señalan que realizaron una revisión exhaustiva de todos los registros, de cada uno de los soportes que componen los pagos mensuales de estudios y diseños verificando su concepto, imputación presupuestal y fecha de pago y de las cifras por concepto de Interventoría, predios y ambiental.

Dice que se advierte un trabajo serio, comprometido y bajo el entendido que han asumido una gran responsabilidad institucional y personal por la labor de revisión, verificación y comprobación de los valores certificados y de los soportes de los registros por lo cual, partiendo del principio de la buena fe, **"tales documentos se constituyen en la prueba sobre la verificación, constatación, y revisión de las cifras y los soportes a que ella se refiere, en la medida en que tales actividades no pueden ser realizadas por esta agencia del Ministerio Público; es decir, que partimos de la veracidad de la información contenida en ellos"**.

6. Memorando No. 2015-500-001759-3 del 6 de febrero de 2015 del Gerente Financiero al Vicepresidente Ejecutivo de la ANI.

Dice que este memorando *"concluye que el monto de ingresos generado aumenta mensualmente y por ende el monto a reconocer por concepto de GAOM frente al escenario plasmado en el Acuerdo conciliatorio aumenta en \$2.347.024.040, es decir, que se estaría reconociendo un valor menor al concesionario"*, lo cual si bien refleja una diferencia, en principio, a favor del Estado, *"todos los asuntos relacionados con el GAOM deberán ser resueltos en la liquidación del contrato de conformidad con los temas pendientes de resolver"*.

7. Copia de 78 informes fiduciarios con corte al mes de octubre de 2013, radicados por la Fiduciaria Bancolombia S.A. en la ANI, en un (1) DVD.

Pone de presente que relacionan toda la información sobre la ejecución del Contrato y exponen la situación económica de cada una de las subcuentas creadas para el cumplimiento del mismo.

8. Copia de actas de comités fiduciarios elaboradas por Fiduciaria Bancolombia S.A., en un (1) DVD.

Señala que tales actas dan cuenta de reuniones entre los funcionarios de la ANI y de la Interventoría que estudiaban, verificaban y discutían los estados actualizados por periodo de las Cuentas y Subcuentas de la Fiducia, lo que implica que conocieron mensualmente la ejecución y el monto de las inversiones, de manera que si no los objetaron o cuestionaron y la ANI está reconociendo los valores certificados por la Fiducia, están asumiendo bajo su responsabilidad que tales sumas son las correctas y están ajustadas a la verdadera ejecución.

9. Copia de las convocatorias mensuales al Comité Fiduciario por parte de Fiduciaria Bancolombia S.A., en un (1) DVD.

Expresa que acreditan las citaciones a las reuniones del Comité.

Concluye el señor agente del Ministerio Público que **"... dando aplicación al principio de la buena fe, teniendo en cuenta la responsabilidad personal e institucional de diferente índole que adquirieron los funcionarios y servidores que suscribieron las certificaciones sobre los pagos y fondeos de las diferentes subcuentas y las actas de las mesas de trabajo, y en especial, sobre el entendido de que el perito que se designe para efectos de la aplicación de la fórmula y la liquidación del contrato deberá revisar, confrontar, auditar y verificar todos y cada uno de los pagos y soportes de los mismos y de todas las variables o ítems de la fórmula, incluidos desde luego los que se están reconociendo en este acuerdo parcial, o en su defecto que se ordene la práctica de una auditoría externa, podemos decir que el acuerdo conciliatorio cuenta con las pruebas necesarias y suficientes"**.

2.2 Sobre la ausencia de lesividad al patrimonio público, indica que al presentarse la terminación de común acuerdo, el valor a reconocer como compensación es menor que si se llegara a una fallo en el cual se declarara la terminación anticipada por incumplimiento de la ANI y que BONUS BANCA DE INVERSIÓN, calculó un pago parcial de \$155.729'207.241, teniendo en cuenta que se trata de la terminación de mutuo acuerdo.

Advierte que no es que por el hecho de la demanda necesariamente se vaya a producir una sentencia en contra de la ANI, pero que existe el riesgo, que resulta eliminado con la terminación de mutuo acuerdo. Además indica **"la ANI ha sustentado su interés de optar por este camino ante la necesidad y conveniencia pública para el desarrollo vial de la región y del país ya que un trayecto de esta concesión hace parte del proyecto de concesiones de cuarta generación, que igualmente en un futuro deberán impactar favorablemente los costos tanto del Estado como de los particulares en la infraestructura y en los costos de desplazamiento y de transporte"**.

Dice que tanto en el acuerdo como en el contrato esta contemplada la circunstancia de que en caso de terminación anticipada puedan resultar sumas de dinero a favor de una u otra de las partes y que esa **"previsión, garantiza y sustenta la posibilidad de recuperar u obtener sumas de dinero a favor de la ANI, lo cual es una manera de garantizar o proteger los recursos públicos en caso de que resulte una suma de dinero a su favor"**.

Indica que “que el acuerdo parcial no resulta lesivo para el patrimonio público, dada la naturaleza del pago, como parcial y en calidad de anticipo, y bajo el entendido de que para la liquidación del contrato, el dictamen pericial deberá incluir la revisión, verificación, confrontación y auditaje de todas las cifras y valores, incluidas las sumas reconocidas como anticipo en este acuerdo por los conceptos arriba señalados, o en su defecto que se ordene la práctica de una auditoría externa que haga las anteriores actividades y según el resultado de la experticia se establecerá de manera definitiva cuanto es lo que corresponde por todos y cada uno de los ítems que hacen parte de las variable de la fórmula”.

3. El Ministerio Público concluye su concepto de la siguiente manera:

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

“7.1.- El acuerdo está suscrito por el Doctor German Córdoba Ordoñez, Vicepresidente Ejecutivo de la ANI, y por el Doctor Juan Carlos Maria Castañeda, Representante Legal de DEVINAR, quienes según la documentación aportada son competentes para actuar, y cuentan con la facultad para suscribir el acuerdo conciliatorio.

“7.2.- Dentro de la documentación allegada, se encuentra una Certificación del 06 de febrero de 2015, suscrita por la Secretaria Técnica ad-hoc del Comité de Conciliación, según la cual dicha instancia de la Agencia Nacional de Infraestructura, en sesión Extraordinaria realizada en esa misma fecha, decidieron por unanimidad aprobar el contenido literal del acuerdo conciliatorio presentado, con lo cual, se acredita el cumplimiento del requisito, en la medida en que el acuerdo fue aprobado por el comité de conciliación de la ANI.

“7.3.- Por las consideraciones y análisis de las pruebas allegadas con el acuerdo conciliatorio, dando aplicación al principio de la buena fe, teniendo en cuenta la responsabilidad personal e institucional de diferente índole que adquirieron los funcionarios y servidores que suscribieron las certificaciones sobre los pagos y fondeos de las diferentes subcuentas y las actas de las mesas de trabajo, y en especial, sobre el entendido de que el perito que se designe para efectos de la aplicación de la fórmula y la liquidación del contrato deberá revisar, confrontar, auditar y verificar todos y cada uno de los pagos y soportes de los mismos y de todas las variables o ítems de la fórmula, incluidos desde luego los que se están reconociendo en este acuerdo parcial, o en su defecto que se ordene la práctica de una auditoría

externa, podemos decir que el acuerdo conciliatorio cuenta con las pruebas necesarias y suficientes.

“7.4.- En cuanto al requisito de que el acuerdo parcial no resulte lesivo para el patrimonio público, es pertinente señalar las principales consideraciones hechas en el capítulo correspondiente, así:

“7.4.1.- Como quiera que la fórmula prevista en el contrato para el caso de terminación anticipada en la etapa de construcción, mejoramiento y rehabilitación, contempla unas variables según sea, que se termine por declaratoria de caducidad del contrato, por incumplimiento de la ANI o de mutuo acuerdo, de manera que para el primer caso, el valor de la compensación será menor que cuando sea por cualquiera de las otras causas, pero si es por razones del incumplimiento de la entidad estatal, el valor será más alto que en los otros dos eventos y si es de común acuerdo la fórmula de compensación permite establecer un valor intermedio. En este caso, no es que por el hecho de la demanda necesariamente se vaya a producir una sentencia en contra de la ANI, pero existe el riesgo de ello, razón por la cual la terminación de mutuo acuerdo elimina ese riesgo, y de otra parte, la ANI ha sustentado su interés de optar por este camino ante la necesidad y conveniencia pública para el desarrollo vial de la región y del país ya que un trayecto de esta concesión hace parte del proyecto de concesiones de cuarta generación, que igualmente en un futuro deberán impactar favorablemente los costos tanto del Estado como de los particulares en la infraestructura y en los costos de desplazamiento y de transporte.

“7.4.2.- Las estipulaciones contempladas en el inciso segundo del literal (i) y en el literal (ii) de la cláusula sexta del acuerdo conciliatorio, y las contenidas, en la cláusula 61, del contrato de Concesión, que prevén no solo los eventos en que al momento de la liquidación surgen sumas de dinero a reconocer a favor del concesionario, sino que también se establece en el numeral 61.8 la posibilidad y la forma en que el concesionario deberá pagar los saldos que surjan a favor del Estado en el evento en que como consecuencia de la terminación anticipada del contrato, resulten sumas de dinero a favor de la entidad pública. Es decir, que tanto en el acuerdo como en el contrato está contemplada la circunstancia de que en caso de terminación anticipada puedan resultar sumas de dinero a favor de una u otra de las partes. Esta previsión, garantiza y sustenta la posibilidad de recuperar u obtener sumas de dinero a favor de la ANI, lo cual es una manera de garantizar o proteger los recursos públicos en caso de que resulte una suma de dinero a su favor.

“7.4.3.- Como quiera que además para la determinación de los valores finales, y para la aplicación de las fórmulas correspondientes, será necesario y está prevista la designación **de un perito**, de una parte, y de otra parte, teniendo en cuenta que los valores reconocidos en la presente Conciliación parcial corresponden a un anticipo como reconocimiento y pago de los valores que el concesionario ha invertido y gastado en la ejecución del contrato por concepto de gestión predial, gestión ambiental, interventoría, estudios y diseños, y gastos de administración, operación y mantenimiento, certificados, revisados y verificados por las partes, por la interventoría y por la entidad Fiduciaria, considera esta Agencia del Ministerio Público de manera expresa y clara que el perito que se designe en el Tribunal debe tener la facultad y la responsabilidad de revisar, verificar, confrontar y auditar todas las cifras y valores que conduzcan a la liquidación del contrato, incluidas las sumas reconocidas como anticipo en este acuerdo por los conceptos arriba señalados, o en su defecto que se ordene la práctica de una auditoría externa que haga las anteriores actividades y según el resultado de la experticia se establecerá de manera definitiva cuanto es lo que corresponde por todos y cada uno de los ítems que hacen parte de las variable de la fórmula.

“7.5.- Finalmente teniendo en cuenta las consideraciones hechas en cada uno de los capítulos y las conclusiones anteriores, se puede establecer que con el presente acuerdo no se viola el orden jurídico.

“Expuestas las anteriores consideraciones, reflexiones y las conclusiones que se acaban de anotar, y teniendo en cuenta las observaciones y aclaraciones, encuentra esta Agencia del Ministerio Público que es viable la aprobación del Acuerdo Conciliatorio Parcial puesto a consideraciones del Honorable Tribunal de Arbitramento”.

4. Finalmente, teniendo en cuenta las consideraciones hechas en cada uno de los capítulos y las conclusiones del concepto, el Ministerio Público establece que el acuerdo se viola el orden jurídico.”

6. El señor Procurador 51 Judicial II para Asuntos Administrativos consideró que el Acuerdo Conciliatorio fechado el 6 de febrero de 2015 debe ser aprobado.

7. No sobra poner de presente que, dado que el denominado Tribunal 1 (Radicado No. 2369), integrado por los mismos árbitros, consideró que la presentación de un nuevo acuerdo conciliatorio al interior de este proceso (Radicación No. 2800), tiene repercusiones en ese trámite, citó a las partes y sus apoderados, a la señora agente del Ministerio Público y a la señora

Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado – interviniente en aquel – para abrir la discusión y conocer sus posiciones. En audiencia del 19 de febrero de 2015 la señora Procuradora Quinta Judicial Administrativa, agente del Ministerio Público dentro del proceso con radicación No. 2369, si bien señaló que la terminación de ese proceso no requería conciliación, indicó que coadyuvaba el concepto rendido por su colega el señor Procurador 51 Judicial II para Asuntos Administrativos. Posteriormente, en audiencia de conciliación del 11 de marzo siguiente puso de presente que la conciliación *“cumple los requisitos para su aprobación, como lo piensa el Ministerio Público”*.

CAPÍTULO IV

POSICIÓN ASUMIDA POR LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

1. En cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 197 y 199 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), modificado este último por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012, el 19 de febrero de 2013 este Tribunal notificó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado del auto admisorio de la demanda⁵⁸. No obstante, dicha entidad no recorrió el traslado de la demanda, ni después de su vencimiento manifestó su intención de intervenir en el proceso para los efectos previstos en el artículo 610 del citado Código.
2. Mediante Auto No. 35 de fecha 17 de diciembre de 2014 el Tribunal citó a las partes y sus apoderados, al señor agente del Ministerio Público y a la señora Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado a audiencia de conciliación el día 12 de febrero de 2015 a las 10:00 a.m. y le corrió traslado a esta última entidad para que presentara su concepto⁵⁹.
3. Teniendo en cuenta la presentación de otro acuerdo conciliatorio, por Auto No. 37 del 28 de enero de 2015, el Tribunal prescindió del trámite anterior, volvió a correrle traslado a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y citó a audiencia de conciliación el 19 de febrero de 2015 a las 9:00 a.m.⁶⁰
4. Dado que las partes presentaron un nuevo acuerdo conciliatorio, por Auto No. 38 del 10 de febrero de 2015, el Tribunal prescindió del trámite anterior,

⁵⁸ Cuaderno Principal No. 1, folio 169

⁵⁹ Cuaderno Principal No. 3, folio 448.

⁶⁰ Cuaderno Principal No. 3, folios 527 y 528.

volvió a correrle traslado a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y reiteró la audiencia de conciliación prevista para el 17 de febrero de 2015 a las 9:00 a.m.⁶¹

5. La Directora Encargada de Defensa Jurídica de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, mediante escrito radicado el día 11 de febrero de 2015 le manifestó al Tribunal que la entidad se abstendría de realizar manifestación alguna sobre el Acuerdo Conciliatorio dado que hasta la fecha no se ha constituido en interviniente en el proceso, *"... sin perjuicio de que en una etapa posterior, como lo sería la audiencia programada para el próxima 19 de febrero, esta Agencia intervenga..."*⁶².

6. No obstante, llegada la mencionada oportunidad, la Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ni ninguno de sus delegados se hizo presente.

7. Mediante Auto No. 40 de fecha 19 de febrero de 2015 el Tribunal Arbitral, Radicado 2800, citó a la Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para que compareciera al tribunal a rendir declaración con ocasión de una entrevista sobre *"el arbitramento"*, dada por la Directora de dicha Agencia al periodista Juan David Laverde, las cuales fueron publicadas en el periódico El Espectador el día 16 de noviembre de 2014 en las páginas 12 y 13.

Dice el Auto No. 40 de fecha 19 de febrero de 2015:

"Los árbitros han tenido conocimiento de algunas declaraciones que la señora Directora de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado dio a un medio de comunicación sobre un proceso arbitral, el cual se anexa al expediente (periódico El Espectador del 16 de noviembre de 2014), en la cual realiza algunas imputaciones incomprensibles pero con la mención de hechos procesales que guardan similitud con este proceso, las cuales estiman, deben ser aclaradas. Por esta razón, con fundamento, entre otras disposiciones, en los artículos 42, numerales 3º y 4º, 43, numeral 3º, y 44 del Código General del Proceso, el Tribunal dispone que la señora Directora de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado comparezca a rendir declaración el día 11 de marzo de 2015 a las 9:30 a.m."

8. En la entrevista enunciada en el numeral anterior la Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se refiere a un "caso

⁶¹ Cuaderno Principal No. 3, folios 649 y 6540.

⁶² Cuaderno Principal No. 3, Folios 639 a 640

aberrante” en los siguientes términos: “Tuvimos un caso increíble. En un pleito por un contrato de \$20 mil millones un perito conceptuó que el Estado debía pagarle al contratista \$400 mil millones. ¡Qué tal! Se trata de una suma absolutamente desproporcionada en relación con el valor inicial del contrato. Lo grave es que las partes, Estado y contratista, habían acordado conciliar atendiendo el resultado del peritazgo, que además tenía otro problema: se elaboró sólo con la información entregada por el contratista, ni siquiera por el interventor. Obviamente la agencia objetó el peritaje y la respuesta del contratista es que tenemos problemas epistemológicos y que no entendemos nada. Esto no debería pasar”.

9. En la audiencia de conciliación del 11 de marzo de 2015 la Presidenta del Tribunal, Clara María González Zabala, le preguntó a la Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, doctora Adriana María Guillén Arango, “su opinión” sobre el Acuerdo Conciliatorio de fecha 6 de febrero de 2015, y ella expresó lo siguiente, según la transcripción del audio de la audiencia del 11 de marzo de 2015:

“DRA. GONZÁLEZ: Se reanudan las audiencias de conciliación correspondientes a los trámites arbitrales Devinar I que corresponde al radicado 2369 y Devinar II que corresponde al radicado 2800, audiencias que fueron suspendidas el día 19 de febrero/13, se advierte que son dos trámites arbitrales independientes y separados, respecto de los cuales no existe acumulación pero esta audiencia y lo que en ella se diga aplica para ambos trámites arbitrales como lo hemos hecho en anteriores ocasiones.

El Tribunal agradece la presencia de la doctora Adriana Guillén, directora de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado en el sentido que es muy importante para estos dos trámites arbitrales las consideraciones que usted pueda tener respecto del acuerdo conciliatorio que ha sido presentado por las partes Devinar S.A. y el INCO hoy ANI respecto al trámite arbitral del Tribunal de Arbitramento Devinar II y el Tribunal le quiere preguntar a la doctora Adriana su opinión respecto a ese acuerdo conciliatorio de fecha 6 de febrero de 2015.

SRA. GUILLÉN: Buenos días señores Árbitros, a todos los representantes del Ministerio Público y parte convocante, quiero hacer varias precisiones antes de intervenir, la primera es que nosotros hacemos parte del Tribunal de Arbitramento Devinar I que es el 2369, lo hacemos en calidad de intervinientes, no tenemos la calidad de partes de acuerdo con el Decreto 4085 de 2011, y vengo al Tribunal de Arbitramento Devinar II o 2800 no porque lo haga de manera voluntaria sino porque he sido citada por los árbitros haciendo uso de facultades correccionales, por eso estoy presente en el Tribunal II, el 2800.

En relación con el Tribunal I todas las opiniones y apreciaciones se han dado a través de nuestro apoderado, el doctor Alberto Montaña, lo que motivó que la Agencia asistiera a ese Tribunal fue el hecho básicamente de que las partes al acordar estarse a lo dispuesto en un dictamen pericial renunciaron a la posibilidad de objetar el peritaje, en consecuencia lo que motivó la presencia de la Agencia fue poder hacer uso al derecho procesal a objetar el dictamen pericial que en su momento lo hicimos y sobre el cual ustedes tienen la última palabra.

En relación con el Tribunal II no nos hicimos parte porque consideramos que el Estado está debidamente representado a través de nuestro apoderado, en este caso el gobierno nacional, el doctor Gabriel De Vega que es un abogado íntegro y respetable, en este Tribunal II no se renunció a ningún derecho o deber procesal, en consecuencia, si en algún momento se hubiera percibido algún problema el apoderado ha podido hacer uso de los recursos a su alcance, como de hecho lo hizo en el Tribunal Devinar I, está la presencia del Ministerio Público que es quien tiene a su cargo la posibilidad de dar un visto bueno a esta conciliación, sabemos desde la Agencia que lo ha hecho, que lo ha dado con algunas observaciones que el Tribunal ha tenido en cuenta y eso también nos da tranquilidad desde la Agencia, así que en relación con el fondo o la materia del Tribunal II, las controversias que se someten a consideración de los árbitros en el Tribunal 2800 no puedo pronunciarme porque desconozco el expediente, desconozco el contrato, pero todo parece advertir que las cosas se han llevado con rigor, en debida forma.

De hecho lo que fue objeto de observaciones en el primer tribunal se ha tenido en cuenta en el segundo tribunal, hasta ahí puedo dar mi declaración.

DRA. GONZÁLEZ: El Tribunal le manifiesta a la señora directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado que tanto en el trámite arbitral de Devinar I radicado 2369 como en el trámite arbitral Devinar II radicado 2800 se le citó para que interviniera en esta audiencia de conciliación tanto para uno como para otro trámite arbitral.

El Tribunal le quiere manifestar a la doctora Adriana respecto al trámite arbitral Devinar I en el cual interviene la Agencia de Defensa Jurídica del Estado que si bien es cierto que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado objetó el dictamen pericial rendido, el apoderado de la ANI, el doctor Gabriel de Vega, también presentó objeción a ese dictamen pericial, es decir, que no solamente fue una actuación procesal realizada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado sino que esa objeción a ese dictamen también fue presentada por el apoderado de la ANI en el trámite arbitral de Devinar I."

10. Con escrito radicado el 18 de marzo de 2015 reiteró su posición de no

intervenir en este proceso.

11. En el documento reseñado en el numeral anterior la Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado expuso que *"En desarrollo de la audiencia llevada a cabo el día 11 de marzo del año en curso, el panel arbitral manifestó que aplazaría su decisión sobre el acuerdo conciliatorio presentado por las partes en el trámite de la referencia, hasta tanto la Agencia que represento interviniera en éste por considerar que ello supondría 'unidad del Gobierno Nacional...', tal como me lo informara nuestro apoderado en el proceso arbitral Tribunal No. 1, radicación 2369"*. Al respecto el Tribunal, pone de presente que esa afirmación no es cierta y mucho menos que se hubiera producido al interior del proceso con radicación No. 2369. Si bien hubiera sido deseable esa intervención en el proceso con radicación No. 2800, y para eso se citó a la Directora de la Agencia, el Tribunal decidió suspender la audiencia de conciliación para su continuación el día 6 de abril de 2015 a las 9:30 a.m., dada la complejidad del asunto y luego, a petición de las partes y del agente del Ministerio Público, anticipó tal fecha para el día 20 de marzo del presente año a las 2:30 p.m. La misma decisión adoptó en el proceso con radicación No. 2800 para decidir, como lo está haciendo, en esta audiencia.

12. En dicho escrito también expresó que *"la Agencia pone de manifiesto que la ANI ha dispuesto para este trámite arbitral un equipo jurídico liderado por el abogado Gabriel De Vega Pinzón, el cual a nuestro juicio reúne todas las calidades de formación, experiencia y solidez para representar de manera adecuada los intereses del Estado"*. Y que, *"En este proceso interviene además, en forma activa y oportuna, la Procuraduría General de la Nación a través de su Agente para garantizar la defensa de los intereses del Estado y de la sociedad, así como la protección del ordenamiento legal y constitucional"*.

13. En el mencionado documento señala que su intervención solo se justificaría en la medida en que el Tribunal manifestara mediante providencia que existen *"razones objetivas y concretas"*, que advierta deficiencias *"en relación con la defensa del Estado o con la intervención del Ministerio Público"* o *"razones jurídicas fácticas insalvables que impidan al panel de árbitros pronunciarse sobre el Acuerdo Conciliatorio"*.

14. De otra parte, en el escrito presentado por la Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el 18 de Marzo de 2015 al Tribunal, Radicado 2800, manifiesta:

“... mi inconformidad y objeciones frente a los actos procesales que describo a continuación, emitidos por el Tribunal de Arbitramento del proceso de la referencia, por medio de los cuales se ha pretendido vincular oficiosamente a la Agencia a este proceso, a pesar de que obran en el expediente comunicaciones oficiales que explican la no intervención de la entidad que represento:

(...)

*iii. En acatamiento de la medida coercitiva, asistí a la audiencia programada para el día 11 de marzo de 2015, en la cual se me informó que había sido convocada a rendir “testimonio”, a cuyo efecto se me tomó juramento previsto en la ley, para que rindiera versión en relación con las declaraciones periodísticas. **Y, lo más insolito, también rendir testimonio respecto del contenido mismo del Acuerdo Conciliatorio correspondiente al proceso arbitral con radicado 2800, respecto del cual insisto, la Agencia no es sujeto procesal.**” (La subraya y la negrilla fuera del texto original)*

15. El Tribunal manifiesta que lo expuesto por la Directora de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado en el aparte subrayado y en negrillas del numeral anterior de este Capítulo, no es cierto, toda vez que nunca rindió testimonio sobre “el contenido” del Acuerdo Conciliatorio de fecha 6 de febrero de 2015, presentado por las partes al Tribunal con Radicado 2800.

A continuación se transcribe en su integridad lo expuesto por la Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el día 11 de marzo de 2015, después de la toma del juramento, lo cual consta en el respectivo audio, transcripción que demuestra lo expresado por el Tribunal, Radicado 2800.

“DRA. GONZÁLEZ: El Tribunal le quiere manifestar que le ley penal castiga con una determinada pena el falso testimonio que se rinda y por lo tanto se le toma juramento, jura usted decir la verdad y solamente la verdad?”

SRA. GUILLÉN: Lo juro.

DRA. GONZÁLEZ: Sírvase informarle al Tribunal sus generales de ley.

SRA. GUILLÉN: Adriana María Guillén Arango, identificada con la cédula 51.949.584, estado civil casada y residio en Bogotá.

DRA. GONZÁLEZ: Puede manifestar al Tribunal los estudios que usted ha cursado, la ocupación actual y la relación que tenga con las partes.

SRA. GUILLÉN: Mi cargo actual es directora general de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, soy abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en tributación de la Universidad de Los Andes, inscrita en el doctorado de derecho de la Universidad Externado.

DRA. GONZÁLEZ: Dada la importancia de su declaración, este Tribunal respetuosamente le solicita en el entendido que así será, que su dicho sea exacto, completo, que exponga las razones de su decir, que explique las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y la forma como llegó a su conocimiento, si ese conocimiento fue de terceros le indique al Tribunal el nombre de la persona que le suministró a usted dicho conocimiento.

El Tribunal teniendo en cuenta su consideración personal y profesional se abstendrá de hacer todas aquellas manifestaciones de ley respecto al procedimiento del testimonio, usted fue citada como testigo en este trámite arbitral tanto en Devinar I como en Devinar II por unas declaraciones que usted dio el día 16 de noviembre/12, que constan en las páginas 12 y 13 del periódico El Espectador, en el cual se publicó una entrevista que usted le rindió al periodista Juan David Laverde Palma sobre el arbitramento, en dicha entrevista usted se refiere a "Un caso aberrante en los siguientes términos, fuimos un caso increíble en un pleito por un contrato de 20 mil millones un perito conceptuó que el Estado debía pagarle al contratista 400 mil millones, qué tal, se trata de una suma absolutamente desproporcionada en relación con el valor inicial del contrato, lo grave es que las partes, Estado y contratista, habían acordado conciliar atendiendo el resultado del peritazgo, que además tenía otro problema, se elaboró sólo con la información entregada por el contratista, ni siquiera por el interventor, obviamente la Agencia objetó el peritaje y la respuesta del contratista es que tenemos problemas epistemológicos y que no entendemos nada, esto no debería pasar."

Al respecto el Tribunal le solicita respetuosamente que haya un relato de cuanto conozca o le consta sobre tales hechos.

SRA. GUILLÉN: En primer lugar quiero señalar que esa entrevista no tuvo relación ninguna, ni sus repuestas, con el Tribunal con radicación 2800, no tiene ninguna relación directa o indirecta con los hechos que son objeto de controversia en ese Tribunal.

En relación con el primer Tribunal esa declaración se hizo a raíz de que se publicaron unos estudios que hizo la Agencia en relación con los comportamientos de los tribunales de arbitramento, también la Presidencia dio una serie de datos en relación con el comportamiento de los tribunales de arbitramento y este informe de la Agencia e información de la Presidencia se entrecruzó, de manera que eso suscitó o dio lugar a los avisos de prensa y a las declaraciones de prensa.

Desde luego, como ustedes pueden verificar en el texto de la declaración no se hace relación directa ni mención directa a un tribunal en concreto ni tampoco a los

árbitros de un tribunal en concreto, se hace relación a unos hechos que pueden ser constatados y por supuesto que sí la declaración tiene imprecisiones porque en realidad se hacía mención al valor de las pretensiones del contrato, decía yo o entendía eran del orden de 20 mil millones, pudo ser una imprecisión mía o una o pudo ser una imprecisión del periodista pero en realidad las pretensiones estaban de orden de 30 mil millones y el dictamen pericial estaba entre 400 y 500 mil millones, realmente lo que se quiso manifestar es una práctica que cuestiona la Agencia, el hecho de renunciar a los derechos y deberes procesales, más cuando están de por medio los intereses patrimoniales del Estado, en realidad eso era lo que quería cuestionar la Agencia.

Por supuesto no se cuestionaba la actuación del Tribunal porque el Tribunal en ese momento ni siquiera se había pronunciado, en ese momento temporalmente apenas se había presentado la objeción, ustedes no había manifestado absolutamente nada al respecto y realmente la crítica no se hacía ni al Tribunal de Arbitramento ni a sus árbitros, se hacía a una práctica que era la de renunciar a la posibilidad de objetar un dictamen pericial.

Por supuesto a ustedes le debió causar incomodidad, les presento excusas por la incomodidad que les pudo causar como árbitros de este Tribunal pero en ningún momento las declaraciones iban dirigidas a ustedes ni a su comportamiento como árbitros.

DRA. GONZÁLEZ: Pregunta No.1.- Puede usted informar a este Tribunal a cuál de los varios tribunales de arbitramento respecto de los cuales la Agencia de Defensa Jurídica del Estado tiene información se refería en la entrevista concedida a El Espectador?

SRA. GUILLÉN: Como le preciso no me refería al Tribunal Devinar II, me refería al Tribunal Devinar I porque obviamente ustedes conocen los hechos, sin embargo, no me refería al Tribunal de Arbitramento ni al comportamiento de los árbitros.

DRA. GONZÁLEZ: Pero se refería a Devinar I, a Devinar II... o a ningún Devinar?

SRA. GUILLÉN: A Devinar I. Me refería no al Tribunal en sí, en concreto, me refería a la práctica que independiente del Tribunal tuvo la ANI en su momento al acordar estarse a lo definido en un dictamen pericial pero al tiempo al haber renunciado a la facultad de objetar ese dictamen pericial, y eso nada tiene que ver con el Tribunal de Arbitramento, ni con el comportamiento del Tribunal de Arbitramento, tiene que ver con el comportamiento de una de las partes y que realmente es una práctica que no se debe aceptar por parte del Estado.

DRA. GONZÁLEZ: Pregunta No. 2.- Fue usted informada que de conformidad con la cláusula quinta del contrato de concesión No. 003 de fecha 29 de diciembre/06 celebrado entre el INCO hoy ANI y la Sociedad de Desarrollo Vial de Nariño S.A. – Devinar, el valor estimado del contrato de concesión era 277.924 millones y no 20 mil millones como usted lo dijo en la entrevista?

SRA. GUILLÉN: No, no señora, no fui informada y como le digo fue una imprecisión mía o una imprecisión del periodista pero yo me referí a las pretensiones.

DRA. GONZÁLEZ: Pregunta No. 3.- Fue usted informada que el Tribunal I versa sobre un desequilibrio económico e incumplimientos que las partes se imputan mutuamente y que tienen un efecto económico del orden de los \$27.204'471.296 según lo estima la sociedad convocante en la reforma de la demanda y en \$45.540'014.277 según la ANI en la reforma de la demanda de reconvención?

SRA. GUILLÉN: Sí, sí fui informada.

DRA. GONZÁLEZ: Pregunta No. 4.- Entiende usted que las pretensiones de que trata el Tribunal I son muy distintas de las pretensiones del Tribunal II, las cuales en el Tribunal II versan sobre aspectos indemnizatorios referentes a \$94 mil millones por la expedición de la resolución 1521 del 22 de abril/08 del Ministerio de Transporte y sobre la cuantificación de la fórmula de terminación anticipada del contrato de concesión No. 003 de 2006 consagrada en el mismo?

SRA. GUILLÉN: Desconozco todos los asuntos relacionados con el Tribunal Devinar II.

DRA. GONZÁLEZ: Pregunta No. 5.- Se le informó a usted que los árbitros tuvieron por inaplicable el pacto de las partes según el cual el dictamen pericial inicialmente rendido dentro del Tribunal I no sería objetable y que el Tribunal No. I corrió traslado de la experticia mediante auto No. 52 de fecha 3 de marzo/14?

SRA. GUILLÉN: Sí, tenía conocimiento.

DRA. GONZÁLEZ: Pregunta No. 6.- Ha sido usted informada sobre quién es el perito técnico que rindió la experticia en el Tribunal I, conoce sus calidades profesionales y su trayectoria?

SRA. GUILLÉN: Sí, he sido informada y tengo también claro que él actuó con fundamento en los soportes que le fueron aportados para rendir su informe.

DRA. GONZÁLEZ: Pregunta No. 7.- Fue usted informada que según la ANI la interventoría "en su momento no brindó la información relativa a las cantidades de obra ejecutadas y que por eso no se le pudo suministrar dicha información al perito?

SRA. GUILLÉN: A propósito de la objeción del dictamen tuve conocimiento de ello.

DRA. GONZÁLEZ: Pregunta No. 8.- Entiende usted que la falta de información disponible de una de las partes por su propia negligencia no comporta error grave?

SRA. GUILLÉN: No puedo pronunciarme al respecto, es un juicio de valor.

DRA. GONZÁLEZ: *Pregunta No. 9.- Sabía usted que el Tribunal le pidió al perito validar sus resultados respecto de las cantidades de obra con los datos o documentación certificados originados por el interventor y por la información o documentación de la Agencia Nacional de Infraestructura, adicional a la que hubiere sido suministrada por el concesionario y que ello no fue posible?*

SRA. GUILLÉN: *En el Tribunal Devinar I sí.*

DRA. GONZÁLEZ: *Pregunta No. 10.- Fue usted informada que a pesar de que en la reforma de la demanda y en la reforma de la demanda de reconvención en el trámite del Tribunal I las partes estimaron la cuantía de sus pretensiones en \$27.204'471.296 por la sociedad convocante y en \$45.540'014.267 por la ANI y los árbitros no incrementaron sus honorarios como hubieran podido hacerlo de conformidad con la ley?*

SRA. GUILLÉN: *No tengo conocimiento sobre los honorarios de los árbitros.*

DRA. GONZÁLEZ: *Pregunta No. 11.- Conoce usted que en la demanda presentada por la sociedad convocante y en la demanda de reconvención de la ANI en el Tribunal I las partes expresaron que la cuantía era indeterminada, desconociendo el ordenamiento legal sobre la materia?*

SRA. GUILLÉN: *No lo desconozco.*

DRA. GONZÁLEZ: *Pregunta No. 12.- Sírvase indicar si usted o la Agencia Judicial de Defensa Jurídica del Estado o apoderado judicial tienen algún reparo respecto del Tribunal I o el Tribunal II.*

SRA. GUILLÉN: *Perdón, disculpe.*

DRA. GONZÁLEZ: *Sírvase usted indicar si la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado o su apoderado judicial tienen algún reparo respecto del Tribunal I o del Tribunal II?*

SRA. GUILLÉN: *Sobre el Tribunal I el reparo se manifestó a través de nuestro apoderado en la objeción al dictamen pericial, en el Tribunal II la Agencia optó por su facultad de no intervenir dentro del proceso, en consecuencia no realizó ninguna actuación.*

DRA. GONZÁLEZ: *Pregunta No. 13.- **Conoce usted cómo se ha desarrollado la conciliación en el proceso radicado 2800 y denominado Devinar II?***

SRA. GUILLÉN: *Lo desconozco señora Presidenta.*

DRA. GONZÁLEZ: *Pregunta No. 14.- **Sabía usted que el 29 de agosto/14 el Tribunal II improbo un acuerdo conciliatorio que suscribieron las partes y***

conoce cuáles fueron las razones para ello y que las partes han presentado tres acuerdos conciliatorios adicionales con varios ajustes, acuerdos de fecha 26 de noviembre/14, 20 de enero/15 y el último del 6 de febrero/15?

SRA. GUILLÉN: Desconozco el fondo de todas esas informaciones, sin embargo, quiero comentarles que la ANI estuvo ayer en mi oficina manifestándonos esa situación.

DRA. GONZÁLEZ: No más preguntas, el Tribunal le agradece la comparecencia.

SRA. GUILLÉN: **Quisiera también dejar una constancia y es que aunque entiendo la razón del testimonio el testimonio no tiene ningún vínculo con los hechos que hacen relación al Tribunal Devinar.**

ADRIANA GUILLÉN ARANGO"

16. Finalmente, señaló la Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado que, "la intervención de encontrarse procedente, afectaría las expectativas de oportunidad y temporalidad que han expuesto en el trámite arbitral los representantes de la ANI y la sociedad DEVINAR (en la audiencia de 11 de marzo de 2015), y que en tal sentido justifican su disposición conciliatoria", dada la suspensión irrenunciable del proceso prevista en el artículo 611 del Código General del Proceso.

CAPÍTULO V CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Prenotado

1.1. En síntesis el Acuerdo Conciliatorio judicial sometido a aprobación del Tribunal consiste:

(i) en primer lugar, en la terminación anticipada del Contrato de Concesión No. 003 de 2006 a partir del 30 de abril de 2015; Devinar ejecutará actividades de obra, gestión predial y socio-ambiental, hasta la fecha efectiva de terminación anticipada del Contrato, de acuerdo con el alcance del Anexo Técnico; el corredor concesionado, incluidas las estaciones de peaje, será entregado físicamente por Devinar y recibido por la ANI a partir de las 6:00 horas del día hábil siguiente a la fecha efectiva de terminación del Contrato y desde este momento ésta será responsable del corredor vial; los trayectos que integran el proyecto de Concesión serán desafectados a partir de la fecha efectiva de terminación del Contrato. La ANI podrá iniciar procesos licitatorios;

(ii) en segundo lugar, las partes acuerdan que, salvo las actividades descritas en el Anexo Técnico, que serán ejecutadas hasta el 30 de abril de 2015, las obras por ejecutar de construcción, rehabilitación y mejoramiento, quedan suspendidas desde la fecha de aprobación del acuerdo conciliatorio hasta la fecha efectiva de terminación del Contrato y serán desafectadas, sin perjuicio del Acta de Suspensión suscrita el 10 de febrero de 2014;

(iii) en tercer lugar, para garantizar al momento de la reversión, las condiciones técnicas requeridas, en el Anexo Técnico las partes acuerdan las condiciones que deberá cumplir Devinar;

(iv) en cuarto lugar, Devinar desiste de todas aquellas pretensiones no relacionadas con la Terminación Anticipada del Contrato, excepto las pretensiones décima primera, décima segunda y décima quinta. Las partes desisten parcialmente de la pretensión décima séptima y su correspondiente excepción. La ANI, en consecuencia, retira la totalidad de sus excepciones, salvo aquellas de oposición a las pretensiones décima primera, décima segunda y décima quinta, que serán retiradas parcialmente en los términos de la presente cláusula, y defieren al laudo a cargo del Tribunal con radicación No. 2800 las pretensiones restantes, que se concretan en determinar la compensación por la terminación anticipada del Contrato, previa la resolución de las divergencias sobre los siguientes aspectos: Determinación y valoración de las Cantidades de Obra ejecutadas por Devinar; Base sobre la cual se aplica el límite del 30% de los ingresos para el cálculo del GAOM; Inclusión de los aportes estatales realizados por la ANI al proyecto en la valoración de la compensación por la Terminación Anticipada del Contrato de Concesión; Interpretación de la inclusión de otros conceptos correspondientes a inversiones, costos y gastos efectivamente realizados por Devinar; Interpretación acerca de la inclusión y determinación del costo de los Estudios y Diseños en la valoración de la compensación por la terminación anticipada de mutuo acuerdo del Contrato en etapa de construcción;

(v) en quinto lugar, las partes acuerdan el pago correspondiente a la compensación a favor de Devinar por la terminación anticipada de mutuo acuerdo en la suma de \$155.729.207.241, mediante giro a la Subcuenta Principal del Patrimonio Autónomo Rumichaca – Pasto de la Fiduciaria Bancolombia S.A., valor que será incluido por el TRIBUNAL No. 2 en la liquidación del Contrato para determinar el valor final de la compensación por terminación anticipada de mutuo acuerdo en la etapa de construcción. Cualquier diferencia, a favor o en contra, respecto del valor allí reconocido será subsanada y/o reconocida al momento de la liquidación por el Tribunal,

incluido el valor de los Estudios y Diseños;

(vi) en sexto lugar, las partes desisten de todas las pretensiones y excepciones sometidas al Tribunal No. 1, proceso con radicación No. 2369, y entienden resueltas todas las pretensiones y controversias suscitadas entre ellas, salvo por los aspectos indicados; y

(vii) en séptimo lugar, en relación con la gestión predial, social y ambiental, las partes procederán de conformidad con el Anexo Técnico;

(viii) en octavo lugar, las partes acuerdan que las garantías descritas en la cláusula 26 del Contrato y el Anexo Técnico, se ajustarán sobre la vigencia, monto asegurado y alcance.

1.2. La conciliación, judicial o extrajudicial, en este caso judicial, es un mecanismo válido de resolver los conflictos entre particulares o entre éstos y el Estado; no sólo sirve para descongestionar los despachos judiciales, también permite abaratar los costos de la resolución de los conflictos y evita los resultados aleatorios, connaturales a todo proceso contencioso. Su legitimidad nadie la pone en duda, pues no sólo goza de amparo constitucional -art. 116, inciso final de la Constitución Política-, sino que ha sido sometida a una precisa reglamentación por parte del legislador, en particular por la Ley 23 de 1991, La ley 446 de 1998 y, muy especialmente, por la Ley 640 de 2001.

Conforme al régimen legal aplicable, cuando se trata de litigios contencioso administrativos, toda conciliación judicial en la que la que participe una entidad estatal debe reunir una serie de requisitos, algunos de carácter formal y otros de carácter sustancial, cuyo control queda a cargo del juez competente, encargado de impartir su aprobación si encuentra que el acto de autocomposición los reúne, o de improbarlo en el caso contrario.

1.3. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha construido una línea jurisprudencial sobre los requisitos para la procedencia de la conciliación en asuntos contenciosos administrativos.⁶³ Para no excederse en citas

⁶³ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de agosto de 1998, Expediente 14649.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 16 de marzo de 2005, Expediente 27.921.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 4 de noviembre de 2004, Expediente 24225.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 3 de marzo de 2010, Expediente 37364, Consejero Ponente Enrique Gil Botero.

innecesarias de los múltiples pronunciamientos proferidos sobre la materia por la Sección Tercera de esa Corporación, es suficiente traer a colación el Auto de la Sala Plena de lo Contencioso administrativo fechado el 28 de abril de 2014, reciente pronunciamiento sobre los requisitos de toda conciliación de carácter administrativo, y el cual resulta particularmente importante porque fue proferido *"con el fin de unificar la jurisprudencia en*

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 12 de mayo de 2010, Expediente 36144, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 4 de noviembre de 2010, Expediente 0281-10, Consejero Ponente Victor Hernando Alvarado Ardila.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 6 de diciembre de 2010, Expediente 33462, Consejera Ponente Olga Mélida Valle De La Hoz.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 23 de junio de 2011, Expediente 37015, Consejero Ponente Hernán Andrade Rincón.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 12 de octubre de 2011, Expediente 38225, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 15 de diciembre de 2011, Expediente 38913, Consejera Ponente Stella Conto Díaz Del Castillo.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 27 de junio de 2012, Expediente 40634, Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 16 de agosto de 2012, Expediente 40726, Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera;

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 28 de febrero de 2013, Expediente 43721, Consejero Ponente Hernán Andrade Rincón.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 5 de abril de 2013, Expediente 43190, Consejero Ponente Danilo Rojas Betancourth.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 13 de febrero de 2014, Expediente 24511, Consejera Ponente Olga Mélida Valle De La Hoz.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 20 de febrero de 2014, Expediente 42612, Consejero Ponente Danilo Rojas Betancourth.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Auto de unificación de jurisprudencia de 28 de abril de 2014, Expediente 41834, Consejero P 41834, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, Expediente 41834.

*relación con los parámetros que deben observar las entidades estatales para el ejercicio de su libertad dispositiva*⁶⁴ en esta materia.

En la providencia que se cita, el Consejo de Estado señaló que el mecanismo de la conciliación en el derecho administrativo, está sometido a un control de legalidad, en primer término porque *“... no puede conducir a la aprobación judicial mecánica de las conciliaciones de las partes sin paramientos 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, como quiera 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. (...) Debe ser verificado por el juez, quien para aprobarlo debe establecer que éste sea legal y no resulte lesivo para el patrimonio público”*.

Destaca el Consejo de Estado, en segundo lugar, que *“este control en modo alguno supone un prejuzgamiento, sino que su tarea se circunscribe a la revisión del acuerdo conciliatorio en orden a verificar su entera sujeción al ordenamiento jurídico. La conciliación supone, entonces, que la solución adoptada por las partes para poner fin al litigio sea ajustada a derecho, y si no es así el juez tiene la obligación de improbarla”*.

Luego, al entrar a analizar los requisitos de fondo de toda conciliación administrativa, señala respecto del respaldo probatorio con que debe contar que, *“Cabe reiterar que los acuerdos conciliatorios que logren las partes tratándose de los conflictos que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sólo están llamados a surtir efectos a partir de la ejecutoria de la aprobación que le imparta la autoridad judicial competente, para cuyo propósito, entre otros presupuestos, debe contarse con las pruebas necesarias, esto es, como lo ha dicho de manera reiterada esta Corporación, el juez de conocimiento debe tener la certeza de la existencia de una condena contra la Administración en el evento en que, surtiéndose el proceso judicial correspondiente, existiere una decisión definitiva en este sentido”*. Y más adelante, en la misma providencia, reitera y precisa este requerimiento: *“En cuanto a las pruebas, éstas deben ser de tal entidad que lleven al juez al convencimiento y certeza de que lo acordado*

⁶⁴ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Auto de unificación de jurisprudencia de 28 de abril de 2014, Expediente 41834, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

*por las partes cuenta con pleno sustento fáctico y jurídico, de manera que cualquier duda, confusión o contradicción que se presente al realizar el debido estudio de legalidad, debe considerarse como razón suficiente para improbar la conciliación realizada*⁶⁵.

2. Requisitos del Acuerdo Conciliatorio judicial de fecha 6 de febrero de 2015 sometido a estudio del Tribunal de Arbitramento

El Tribunal avoca el análisis del acuerdo conciliatorio judicial aportado por las partes - sociedad DESARROLLO VIAL DE NARIÑO S.A. DEVINAR S.A. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI- el 9 de febrero de 2015.

De conformidad con la ley y la jurisprudencia citada el Acuerdo Conciliatorio judicial plurimencionado, que ocupa a este Tribunal debe reunir los siguientes requisitos, so pena de no poder ser aprobado: (i) que sea presentado oportunamente, (ii) que la acción ejercida por la parte convocante admite la conciliación, (iii) que no haya operado el fenómeno de la caducidad de la acción, (iv) que las partes estén debidamente representadas, tengan capacidad para conciliar y que se encuentre acreditada su legitimación en la causa, (v) que por ser la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA una entidad pública, la conciliación debe ser previamente aprobada por el Comité de Conciliación de la entidad estatal, (vi) que se cumpla con la intervención del Ministerio Público, (vii) que el acuerdo recaiga sobre derechos de contenido económico y de carácter particular, (viii) que el Acuerdo no lesione el patrimonio público, (ix) el Acuerdo Conciliatorio debe contar con las pruebas necesarias, (x) el Acuerdo Conciliatorio no puede implicar un abuso contra el particular, (xi) el acuerdo conciliatorio no puede violar la ley, y (xii) el acuerdo conciliatorio debe tener congruencia con las pretensiones de la demanda.

En el caso sometido, el estudio de legalidad debe contraerse al análisis de si se dan o no los requisitos anteriormente mencionados.

⁶⁵ Concluye el Consejo de Estado, en el Auto de 28 de abril de 2014, lo siguiente respecto del caso que estaba considerando: "Por consiguiente, si la entidad pública correspondiente decide conciliar, va de suyo en esa decisión que para la propia autoridad no existe duda acerca de su responsabilidad en relación con el daño antijurídico cuya reparación se le deprecia, de otra manera el acuerdo no podrá ser aprobado por el juez".

2.1. Oportunidad del acuerdo conciliatorio judicial sometido al Tribunal

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 43 de la Ley 640 de 2001,⁶⁶ las partes de común acuerdo, pueden solicitar que se realice audiencia de conciliación en cualquier etapa del proceso.

En el caso *sub examine*, la demanda arbitral presentada por la sociedad DESARROLLO VIAL DE NARIÑO S.A – DEVINAR S.A. contra la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI- el 16 de noviembre de 2012, fue admitida mediante Auto No. 1 de fecha 15 de febrero de 2013⁶⁷ y a la fecha ésta no ha sido decidida en laudo por el Tribunal, luego la conciliación presentada por las partes el día 9 de febrero de 2015 cumple el requisito de oportunidad.

2.2 La acción ejercida por la parte convocante admite la conciliación

La sociedad DESARROLLO VIAL DE NARIÑO S.A. – DEVINAR en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo demandó a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI el 16 de noviembre de 2012, proceso Radicado con el No. 2800 del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, acción prevista como conciliable en el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998.

El artículo 70 de la Ley 446 de 1998, incluido en el Capítulo 2 “Normas generales aplicables a la Conciliación Contencioso Administrativa”, es del siguiente tenor:

“Asuntos susceptibles de conciliación. El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, quedará así:

“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,

⁶⁶ Artículo 43 de la Ley 640 de 2001. “OPORTUNIDAD PARA LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL. Las partes, de común acuerdo, podrán solicitar que se realice audiencia de conciliación en cualquier etapa de los procesos. Con todo, el juez, de oficio, podrá citar a audiencia.

En la audiencia el juez instará a las partes para que concilien sus diferencias; si no lo hicieron, deberá proponer la fórmula que estime justa sin que ello signifique prejuzgamiento. El incumplimiento de este deber constituirá falta sancionable de conformidad con el régimen disciplinario. Si las partes llegan a un acuerdo el juez lo aprobará, si lo encuentra conforme a la ley, mediante su suscripción en el acta de conciliación.

Si la conciliación recae sobre la totalidad del litigio, el juez dictará un auto declarando terminado el proceso, en caso contrario, el proceso continuará respecto de lo no conciliado.”

⁶⁷ Cuaderno Principal No. 1, Folios 156 y 157.

*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**. (...)*” (La subraya y la negrilla fuera del texto original)

2.3. Que no haya operado el fenómeno de la caducidad de la acción.

El Acuerdo Conciliatorio cumple con el requisito de inexistencia de la caducidad de la acción contractual, puesto que la acción ejercida el 16 de noviembre de 2012, lo fue dentro del tiempo previsto por el ordenamiento jurídico, lo cual significa que no había caducado.⁶⁸ En consecuencia, el Acuerdo Conciliatorio cumple con la exigencia consagrada en el parágrafo segundo del artículo 61 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 81 de la Ley 446 de 1998, el cual preceptua “*no habrá lugar a conciliación cuando la correspondiente acción haya caducado*”.

La solicitud de conciliación judicial fue presentada cuando no estaba caducada la acción contractual, toda vez que el vínculo contractual se hallaba vigente. A la fecha de presentación de la demanda arbitral por la parte convocante, sociedad DESARROLLO VIAL DE NARIÑO S.A., resulta evidente que el contrato se encontraba en plena ejecución y por lo tanto, no se había producido la caducidad de la acción contractual.

2.4 Que las partes estén debidamente representadas, tengan capacidad para conciliar y que se encuentre acreditada su legitimación en la causa.

En relación con la exigencia de legitimación, esto es de la aptitud jurídica para obrar en nombre y representación de las partes, el Tribunal encuentra que el doctor Germán Córdoba Ordóñez, en su condición de Vicepresidente Ejecutivo de la ANI, tiene la capacidad jurídica de comprometerla en este tipo de acuerdos, conforme a las facultades que se le otorgaron al Vicepresidente Ejecutivo de la ANI por el numeral 1 del artículo 2 de Decreto 1745 de 2013; y lo propio puede decirse del doctor Juan Carlos María Castañeda, quién es el representante legal de la sociedad DESARROLLO VIAL DE NARIÑO S.A. DEVINAR S.A. y fue expresamente autorizado para suscribir el Acuerdo Conciliatorio por la Asamblea Extraordinaria de

⁶⁸ Colombia, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, literal j) del artículo 164; en igual sentido el numeral 10. del artículo 136 del Decreto 01 de 1984 -Código Contencioso Administrativo-

Accionistas de la sociedad, llevada a cabo en la ciudad de Bogotá el día 17 de octubre de 2013.⁶⁹

2.5. Que por ser la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA una entidad pública, la conciliación debe ser previamente aprobada por el Comité de Conciliación de la entidad estatal.

Respecto de esta exigencia, la aprobación del Acuerdo conciliatorio por el Comité respectivo en la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, es clara, conforme al acta del 6 de febrero de 2015.⁷⁰

Es pertinente advertir que el artículo 75 de la Ley 446 de 1998, el cual agrega un nuevo artículo a la Ley 23 de 1991, el 65B, precepto éste que dispone que *"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. (...)",* y que el Decreto 1716 de 2009 en el numeral 5 del artículo 19 consagra como una función de los comités de conciliación *"Determinar, en cada caso, la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación. Para tal efecto, el Comité de Conciliación deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada."*

2.6 Se cumplió con la intervención del Ministerio Público

El Tribunal advierte que en el trámite conciliatorio se contó con la asistencia e intervención del señor agente del Ministerio Público, la cual es obligatoria, de conformidad con el parágrafo 2 del artículo 72 de la Ley 446 de 1998, agente que expresó su conformidad con el mismo.⁷¹

⁶⁹ Cuaderno Principal No. 3, Folios 565 y 566, y folios vueltos 565 y 566.

⁷⁰ Cuaderno Principal No. 3, Folios 554 a 564.

⁷¹ Artículo 72. Conclusión del procedimiento conciliatorio. El artículo 65 de la Ley 23 de 1991, quedará así:

"Artículo 65. El acta de acuerdo conciliatorio y el auto aprobatorio debidamente ejecutoriado prestarán mérito ejecutivo y tendrán efectos de cosa juzgada.

Las cantidades líquidas reconocidas en el acuerdo conciliatorio devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes al plazo acordado para su pago y moratorios después de este último.

2.7. Que el acuerdo recaiga sobre derechos de contenido económico y de carácter particular.

No hay duda alguna sobre el carácter particular y económico de los derechos que son objeto de la conciliación. En efecto, se trata, por una parte, de definir el monto de ciertos gastos y costos realizados por la concesionaria en la ejecución del Contrato de Concesión No. 003 de 2006 hasta el 31 de octubre de 2013, más concretamente por concepto de los rubros mencionados en los considerandos 33 y 36 del Acuerdo Conciliatorio; dar por terminada de manera anticipada el Contrato de Concesión No. 003 de 2006; y acordar que el Tribunal determine el cálculo de la fórmula contractual (P2) contenida en la cláusula 61.2. del Contrato precitado.

El Tribunal advierte que la conciliación redefine el contenido económico del Contrato de Concesión No. 003 de 2006 en orden a proteger el interés particular del contratista en razón de una terminación anticipada del Contrato de Concesión, quién se vería gravemente afectado, al no ejecutarse la totalidad de la obra. En otras palabras, se trata, sin ningún asomo de duda, tal como lo señala el Agente del Ministerio Público en su concepto, de asuntos susceptibles de transacción, y por consiguiente, el Acuerdo Conciliatorio cumple con este requisito.

En cuanto tiene que ver con actos administrativos, ha sido acreditado ante el Tribunal que mediante Resolución 524 del 9 de marzo de 2015 la ANI declaró la pérdida de ejecutoriedad de las Resoluciones 469 del 29 de septiembre y 617 y 618 del 29 de diciembre de 2011.

En el *sub judice*, es claro que se conoce de un conflicto de carácter particular y contenido económico cuya competencia es de la jurisdicción arbitral jurisdicción a través de la acción contractual.

2.8 Que el Acuerdo Conciliatorio no lesione el patrimonio público

El operador judicial tiene prohibición expresa por mandato legal de aprobar acuerdos conciliatorios que impliquen lesividad para el erario público, de conformidad con lo preceptuado en el último inciso del artículo 65A de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 73 de la ley 446 de 1998, cuyo tenor es el siguiente:

Parágrafo. Será obligatorio la asistencia e intervención del Agente del Ministerio Público a las audiencias de conciliación judicial."

“La autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público”.
(La subraya y la negrilla fuera del texto original)

El acuerdo conciliatorio no resulta lesivo para el patrimonio público, toda vez que está acreditado en el plenario, que:

2.8.1. La Cláusula 60 del Contrato de Concesión No. 003 de 2006⁷² establece diez (10) causas de terminación del Contrato, dentro de las cuales son pertinentes citar las siguientes:

60.1 Cuando el CONCESIONARIO haya obtenido el Ingreso Esperado antes del vencimiento del término estimado de diez y nueve (19) años a que se refiere la CLÁUSULA 8, en los términos de la CLÁUSULA 14, siempre y cuando se encuentre cumplida la obligación de operación y mantenimiento mínimo de diez (10) años.

60.2 Cuando el INCO haya declarado la caducidad del Contrato de conformidad con lo establecido en la CLÁUSULA 59.

60.3 Cuando el INCO haya dado por terminado unilateralmente el presente Contrato según lo establecido en la CLÁUSULA 16.

60.7 Cuando las Partes por mutuo acuerdo decidan terminar el presente Contrato.

De otra parte, la Cláusula 61 del precitado Contrato consagra la “COMPENSACIÓN POR TERMINACIÓN ANTICIPADA” denominada (i) durante la Etapa de Pre-construcción P1⁷³, (ii) durante la Etapa de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación P2⁷⁴, y (iii) durante la Etapa de Operación y Mantenimiento P3⁷⁵, cláusula que además determina que el INCO -hoy ANI- pague la compensación al CONCESIONARIO que corresponda a las Fórmulas diferentes para el P1, P2 y P3; dependiendo de

⁷² Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 7 –DVD–

⁷³ Numeral 61.1 de la cláusula 61 del Contrato de Concesión No. 003 de 2006. Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 7 –DVD–.

⁷⁴ Numeral 61.2 de la cláusula 61 del Contrato de Concesión No. 003 de 2006. Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 7 –DVD–.

⁷⁵ Numeral 61.3 de la cláusula 61 del Contrato de Concesión No. 003 de 2006. Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 7 –DVD–.

la etapa en que se encuentre el Contrato al momento de la terminación anticipada.

De la simple lectura de la Cláusula Segunda del Acuerdo Conciliatorio⁷⁶ es claro que las partes convinieron una terminación anticipada de mutuo acuerdo en la Etapa de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación, cuya compensación a cargo del INCO y a favor de la sociedad concesionaria DEVINAR S.A., corresponde a la Fórmula P2, y en cumplimiento del numeral 61.2 de la Cláusula 61 del Contrato de Concesión No. 003 de 2006 las partes determinaron en el documento conciliatorio una suma a pagar a la sociedad concesionaria DEVINAR S.A. a título de pago anticipado de la compensación. El pago tiene fundamento en el Contrato de Concesión.

2.8.2. El Acuerdo conciliatorio en la aplicación de la Fórmula P2 para el determinar el valor del GAOMI que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI pagara a la sociedad DEVINAR S.A., establece que *“Los valores corrientes al momento de las inversiones para los gastos de Administración Operación y Mantenimiento (GAOMI), limitados al 30% del ingreso generado mensual, que sumados a pesos corrientes de los meses del período comprendido entre mayo de 2007 y octubre de 2013 asciende a la suma de \$ 36.742.829.660,11, situación aceptada por DEVINAR únicamente para efectos de determinar el valor parcial a reconocer como abono en este ACUERDO CONCILIATORIO. (...)”*⁷⁷, aplicación de la fórmula que toma como base un factor de cuantificación menor, *el ingreso generado mensual*. Lo anterior significa que si en la aplicación de la fórmula P2 se hubiera aplicado el factor de *ingreso general acumulado*, el guarismo arrojado a título de GAOMI sería superior al acordado en el Acuerdo Conciliatorio.

2.8.3 La reforma de la demanda integrada en el Subcapítulo II del Capítulo I de las Pretensiones Declarativas, titulado “EN RELACIÓN CON LA EXPEDICIÓN DE LA RESOLUCIÓN 1521 DEL 22 DE ABRIL DE 2008.”, contiene las siguientes pretensiones de la sociedad convocante DEVINAR S.A.:

“OCTAVA. DECLARAR que la ANI ha incumplido la Resolución 1521 expedida el 22 de abril de 2008 por el Ministerio de Transporte.

⁷⁶ Cuaderno Principal No. 3, folio 550 y 551 vuelto.

⁷⁷ Cuaderno Principal No. 3, folios 545 vuelto y 546, aparte iii) del Considerando 33 del Acuerdo Conciliatorio de fecha 6 de febrero de 2015.

NOVENA. DECLARAR que la Resolución 1521 del 22 de abril de 2008, afectó la ecuación económica del CONTRATO DE CONCESIÓN, generando desequilibrio económico del contrato en contra de DEVINAR.

DECIMA. DECLARAR que la ANI incumplió el CONTRATO DE CONCESIÓN por la no realización de los ajustes contractuales y financieros necesarios para formalizar la operación de la estación de peaje denominada "Cano".

DECIMA PRIMERA. CONSECUCIONAL. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, ordenar a la ANI al restablecimiento de la ecuación económica del CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 003 DE 2006."

Y el mismo libelo de demanda en el Capítulo II "PRETENSIONES DE CONDENA" enlistas las siguientes:

"DECIMA SEXTA. CONDENAR, como consecuencia de las anteriores pretensiones, a la ANI al restablecimiento de la ecuación económica y financiera del CONTRATO DE CONCESIÓN a favor de DEVINAR S.A., en las sumas que se establezcan durante el presente proceso.

DECIMA OCTAVA. CONDENAR, como consecuencia de las anteriores pretensiones, a la ANI a pagar a DEVINAR una indemnización integral de perjuicios que incluya tanto el restablecimiento de la ecuación económica y financiera del contrato así como el daño emergente y lucro cesante ocasionados por los incumplimientos contractuales de la ANI en las sumas que se establezcan durante el presente proceso."

En el Acuerdo Conciliatorio suscrito entre las partes, la sociedad convocante del Tribunal desiste de todas las pretensiones anteriores, relacionadas con el desequilibrio económico generado por la expedición por el Ministerio de Transporte de la Resolución 1521 del 22 de abril de 2008 *"Por la cual se modifica y adiciona la Resolución número 2253 del 31 de mayo de 2006 y se ordena la apertura de una Estación de Peaje para control del cobro de vehículos en el sitio llamado Cano, se ordena la entrega y recibo de la infraestructura vial y se establece una distribución de la tarifa de peaje al Sistema de cobros de las estaciones de peaje en el sitio de Daza y Cano del contrato de concesión número 003 de diciembre de 2006 de la concesión denominada "Rumichaca-Pasto-Chachagüí-Aeropuerto."*, desequilibrio económico que fue cuantificado en el Dictamen

Pericial Financiero que obra en el Cuaderno de Pruebas No.4, folios 1 a 133, en la suma de 120.950'.000.000, cifra que por sí sola evidencia la inexistencia de lesión del patrimonio público en el Acuerdo Conciliatorio.

A continuación se presenta el resumen del valor del desequilibrio económico que se cuantifica en la experticia⁷⁸:

“Con base en las respuestas anteriores, se totaliza el desequilibrio económico del Contrato de Concesión No. 003 de 2006 generado por la expedición de la Resolución 1521 del 2008 del Ministerio de Transporte, así:

TOTAL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO
(Millones de pesos)

Detalles	Precios constantes (Dic. 2004)
Mayores costos segundo crédito sindicado	5.519
Mayores aportes de Equity	29.448
Operación peaje Cano	17.742
Desequilibrio tarifario (Anexos 5 y 6)	68.241
TOTAL	120.950

Es importante manifestar, que teniendo en cuenta la etapa procesal en la cual se encuentra el proceso, el dictamen pericial anteriormente mencionado, no se encuentra en firme.

2.9 Del fundamento probatorio del Acuerdo Conciliatorio

2.9.1 Las pruebas aportadas por la parte convocante y convocada el 9 de febrero de 2015 para sustentar el Acuerdo Conciliatorio⁷⁹ presentado a este Tribunal para su revisión y aprobación, fueron las siguientes:

1. Acta de Comité de Conciliación de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI de fecha 6 de febrero de 2015.⁸⁰

⁷⁸ Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 22.

⁷⁹ Cuaderno Principal No. 3, folios 554 a 631.

2. Acta No. 17 de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de la sociedad DESARROLLO VIAL DE NARIÑO S.A. – DEVINAR de fecha 17 de octubre de 2013.⁸¹
3. Anexo Técnico del Acuerdo Conciliatorio de Terminación Anticipada de Mutuo Acuerdo del Contrato de Concesión No. 003 de 2006.⁸²
4. Acta de Inicio de la Etapa de Construcción, Mejoramiento y rehabilitación del Contrato de Concesión No. 003 de 2006, de fecha 16 de noviembre de 2007.⁸³
5. Informe Final – Fórmula de Liquidación Parcial del Contrato Proyecto Vial “Rumichaca – Pasto – Chachagüi – Aeropuerto” de febrero de 2015 con radicado ANI No. 2015-409-006532-2 del 6 de febrero de 2015, elaborado por BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A.S.⁸⁴
6. Memorando de la ANI del 6 de febrero de 2015, dirigido por el Gerente Financiero al Vicepresidente Ejecutivo de la ANI.⁸⁵
7. Certificación expedida por la Fiduciaria Bancolombia S.A. C303700200-2576-621 del 16 de enero de 2015, sobre los Gastos de Administración, Operación y Mantenimiento P.A. Concesión Rumichaca – Pasto.⁸⁶
8. Certificación expedida por la Fiduciaria Bancolombia S.A. C303700200-2576-658 del 4 de febrero de 2015, sobre los Fondeos Subcuentas Especiales P.A. Concesión Rumichaca – Pasto.⁸⁷
9. Certificación expedida por la Fiduciaria Bancolombia S.A. C303700200-2576-657 del 4 de febrero de 2015, sobre Pagos de Estudios y Diseños P.A. Concesión Rumichaca – Pasto.⁸⁸
10. Certificación expedida por la Fiduciaria Bancolombia S.A. C303700200-2576-656 del 4 de febrero de 2015, sobre Reembolso por mayor fondeado en la subcuenta predial.⁸⁹
11. Certificación expedida por la Fiduciaria Bancolombia S.A. C303700200-2576-620 del 16 de enero de 2015, sobre el Ingreso Generado P.A. Concesión Rumichaca – Pasto.⁹⁰
12. Certificación expedida por la Fiduciaria Bancolombia S.A. C303700200-2576-665 del 6 de febrero de 2015, referencia Nota Aclaratoria – Informe de diferencia certificación GAOM.⁹¹

⁸⁰ Cuaderno Principal No. 3, folios 554 a 564.

⁸¹ Cuaderno Principal No. 3, folios 565 a 566

⁸² Cuaderno Principal No. 3, folios 567 a 573.

⁸³ Cuaderno Principal No. 3, folios 574 a 575.

⁸⁴ Cuaderno Principal No. 3, folios 577 a 584.

⁸⁵ Cuaderno Principal No. 3, folios 585 a 592.

⁸⁶ Cuaderno Principal No. 3, folios 593 a 594.

⁸⁷ Cuaderno Principal No. 3, folios 595 a 598.

⁸⁸ Cuaderno Principal No. 3, folio 599.

⁸⁹ Cuaderno Principal No. 3, folio 600.

⁹⁰ Cuaderno Principal No. 3, folio 601 a 603.

⁹¹ Cuaderno Principal No. 3, folio 604 a 609.

13. Acta de Mesa de Trabajo No. 1 suscrita por ANI, DEVINAR, Interventoría y Fiduciaria Bancolombia S.A., el 14 de enero de 2015, sobre verificación de las cifras de los Gastos de Administración Operación y Mantenimiento (GAOM)
14. Acta de Mesa de Trabajo No. 2 suscrita el 2 de febrero por ANI, DEVINAR, Interventoría y Fiduciaria Bancolombia S.A., por medio de la cual se deja constancia de la auditoría de las cifras correspondientes al valor de los Estudios y Diseños.
15. Acta de Mesa de Trabajo No. 3 suscrita el 3 de febrero por ANI, DEVINAR, Interventoría y Fiduciaria Bancolombia S.A., por medio de la cual se deja constancia de la revisión de la información relacionada con los fondeos fondeos de Interventoría.
16. Acta de Mesa de Trabajo No. 4 suscrita el 3 de febrero por ANI, DEVINAR, Interventoría y Fiduciaria Bancolombia S.A., por medio de la cual se deja constancia de la auditoría a los fondeos realizados a la subcuenta de predios.
17. Acta de Mesa de Trabajo No. 5 suscrita el 3 de febrero por ANI, DEVINAR, Interventoría y Fiduciaria Bancolombia S.A., por medio de la cual se deja constancia de la revisión a la Subcuenta No. 5 Ambiental.
18. Acta de Mesa de Trabajo No. 6 suscrita el 3 de febrero por ANI, DEVINAR, Interventoría y Fiduciaria Bancolombia S.A., por medio de la cual se deja constancia de la auditoría a las cifras correspondientes a Pago Parcial por Desequilibrio Económico generado por la expedición de las Resoluciones Nos. 3878 de 2006 y 1521 de 2008 del Ministerio de Transporte.
19. Acta de Mesa de Trabajo No. 8 suscrita el 3 de febrero por ANI, DEVINAR, Interventoría y Fiduciaria Bancolombia S.A., por medio de la cual se deja constancia de la auditoría y de la verificación las cifras de los pagos de la ANI por concepto de reembolso de fondeos prediales en exceso.
20. Concepto de la interventoría CONS-IAC-2274-IPRC-1071 con radicado ANI No. 2015-409-006536-2 del 6 de febrero de 2015, sobre el Acuerdo Conciliatorio.
21. Copia de 78 informes fiduciarios con corte al mes de octubre de 2013, radicados por la Fiduciaria Bancolombia S.A. en la ANI, en un (1) DVD.
22. Copia de actas de comités fiduciarios elaboradas por Fiduciaria Bancolombia S.A., en un (1) DVD.
23. Copia convocatorias mensuales al Comité Fiduciario por parte de Fiduciaria Bancolombia S.A., en un (1) DVD.
24. Concepto de la interventoría CONS-IAC-2274-IPRC-1080 con radicado ANI No. 2015-409-006774-2 del 6 de febrero de 2015, sobre el Acuerdo Conciliatorio.

2.9.2 Además de los documentos anteriores, el apoderado de la ANI allegó el 27 de febrero de 2015 los siguientes documentos:

1. Certificación expedida por la Fiduciaria Bancolombia S.A. del 26 de febrero de 2015, suscrita por el representante legal suplente, una contadora, el gerente de concesiones y el jefe de sección de la Fiduciaria sobre los Gastos de Administración, Operación y Mantenimiento P.A. Concesión Rumichaca – Pasto.
2. Certificación expedida por la Fiduciaria Bancolombia S.A. del 26 de febrero de 2015, suscrita por el representante legal suplente, una contadora, el gerente de concesiones y el jefe de sección de la Fiduciaria sobre los Pagos de Estudios y Diseños P.A. Concesión Rumichaca – Pasto.
3. Certificación expedida por la Fiduciaria Bancolombia S.A. del 26 de febrero de 2015, suscrita por el representante legal suplente, una contadora, el gerente de concesiones y el jefe de sección de la Fiduciaria sobre Reembolso por mayor valor fondeado en la Subcuenta Predial P.A. Concesión Rumichaca – Pasto.
4. Certificación expedida por la Fiduciaria Bancolombia S.A. del 26 de febrero de 2015, suscrita por el representante legal suplente, una contadora, el gerente de concesiones y el jefe de sección de la Fiduciaria sobre Fondeos de Subcuentas Especiales P.A. Concesión Rumichaca – Pasto.
5. Certificación expedida por la Fiduciaria Bancolombia S.A. del 26 de febrero de 2015, suscrita por el representante legal suplente, una contadora, el gerente de concesiones y el jefe de sección de la Fiduciaria sobre Recaudo de Peajes e Ingreso Generado P.A. Concesión Rumichaca – Pasto
6. Comunicación de fecha febrero 24 de 2015 de la firma BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A.S., sobre el factor M de la Fórmula P2 aplicable a los conceptos enlistados en el Considerando 36 del Acuerdo Conciliatorio.

2.9.3 Igualmente, antes de comenzar esta audiencia la parte convocada aportó copia de la Resolución No. 524 del 9 de marzo de 2015 de la ANI.

Mediante este acto administrativo la ANI declaró la pérdida de ejecutoriedad de las Resoluciones 469 del 29 de septiembre de 2011 y 617 y 618 del 29 de diciembre de 2011.

2.9.4 De la valoración probatoria del Acuerdo Conciliatorio

El inciso tercero del artículo 65A de la Ley 23 de 1991⁹² de manera inequívoca ordena al juez improbar la conciliación en el evento que describe textualmente, así:

“La autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público”. (La subraya y la negrilla fuera del texto original)

La anterior exigencia de ley resulta apenas natural, pues de lo contrario el interés general quedaría sujeto al criterio meramente subjetivo del funcionario de turno, con grave riesgo para la integridad del patrimonio público.

Es pertinente transcribir el siguiente aparte del Auto de unificación de fecha 28 de abril de 2014 del Consejo de Estado,⁹³ sobre el sustento probatorio de la conciliación en asuntos contenciosos administrativos:

“En materia Contencioso Administrativa la conciliación constituye un mecanismo para descongestionar los despachos judiciales, por lo que se previó que tanto en la etapa prejudicial como en la judicial, las personas jurídicas de derecho público podrían conciliar de manera total o parcial en aquellos conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que se ventilaran ante la mencionada jurisdicción a través de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa y de controversias contractuales.

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

⁹² Artículo agregado por el artículo 73 de la Ley 446 de 1998.

⁹³ Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena Contencioso Administrativo, Auto de unificación de jurisprudencia de 28 de abril de 2014, Expediente 41834, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

(...)

Adicionalmente, la aprobación del acuerdo conciliatorio depende la **fortaleza probatoria** que lo sustenta.

Así es indispensable que el arreglo cuente con las pruebas necesarias y no sea lesivo para el patrimonio público, esté debe ajustarse a la ley, esto debe estar en consonancia, de manera estricta, con los valores, principios y reglas jurídicas que, en su totalidad, conforman el ordenamiento.” (Lo simultáneamente subrayado y en negrilla fuera del texto original)

El valor de los reconocimientos de carácter económico que la concedente AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA le hace a la sociedad Concesionaria en el Acuerdo Conciliatorio asciende a \$155.729.207.241, cifra que corresponde a los siguientes conceptos:

	Valor en \$ Corrientes Al momento de los fondeos / Inversiones	Cálculo del P2 Valor en \$ a noviembre de 2014
Inversiones en Interventoría (I int i)	\$ 8.177.137.939	\$ 14.949.161.159
Inversiones en Estudios y Diseños (I consi)	\$ 14.317.020.745	\$ 25.413.074.830
Inversiones en predios + ambiental (Ip)	\$ 53.602.962.863	\$ 73.922.943.942
Inversión en GAOM	\$36.742.829.660	\$ 53.737.656.176
Total Inversiones		\$168.022.836.107
Pago por fondeo en exceso Subcuenta predial	\$ (9.761.488.848)	\$ (12.293.628.866)
Total Pagos		\$ (12.293.628.866)
Total Inversiones - Pagos= (P2 Parcial)		\$ 155.729.207.241

Las partes allegan los siguientes documentos: (i) Memorando de la ANI del 6 de febrero de 2015, dirigido por el Gerente Financiero al Vicepresidente Ejecutivo de la ANI, sobre el reconocimiento de Gastos de GAOM, (ii) Certificación expedida por la Fiduciaria Bancolombia S.A. C303700200-2576-621 del 16 de enero de 2015, sobre los Gastos de Administración, Operación y Mantenimiento P.A. Concesión Rumichaca – Pasto, (iii) Certificación expedida por la Fiduciaria Bancolombia S.A. C303700200-2576-658 del 4 de febrero de 2015, sobre los Fondeos Subcuentas Especiales P.A. Concesión Rumichaca – Pasto, (iv) Certificación expedida por la Fiduciaria Bancolombia S.A. C303700200-2576-657 del 4 de febrero de 2015, sobre Pagos de Estudios y Diseños P.A. Concesión Rumichaca –

Pasto, (v) Certificación expedida por la Fiduciaria Bancolombia S.A. C303700200-2576-656 del 4 de febrero de 2015, sobre Reembolso por mayor fondeado en la subcuenta predial, (vi) Certificación expedida por la Fiduciaria Bancolombia S.A. C303700200-2576-620 del 16 de enero de 2015, sobre el Ingreso Generado P.A. Concesión Rumichaca – Pasto, (vii) Certificación expedida por la Fiduciaria Bancolombia S.A. C303700200-2576-665 del 6 de febrero de 2015, referencia Nota Aclaratoria – Informe de diferencia certificación GAOM., (viii) Acta de Mesa de Trabajo No. 1 suscrita por ANI, DEVINAR, Interventoría y Fiduciaria Bancolombia S.A., el 14 de enero de 2015, sobre verificación de las cifras de los Gastos de Administración Operación y Mantenimiento (GAOM), (ix) Acta de Mesa de Trabajo No. 2 suscrita el 2 de febrero por ANI, DEVINAR, Interventoría y Fiduciaria Bancolombia S.A., por medio de la cual se deja constancia de la auditoría de las cifras correspondientes al valor de los Estudios y Diseños, (x) Acta de Mesa de Trabajo No. 3 suscrita el 3 de febrero por ANI, DEVINAR, Interventoría y Fiduciaria Bancolombia S.A., por medio de la cual se deja constancia de la revisión de la información relacionada con los fondeos de Interventoría, (xi), Acta de Mesa de Trabajo No. 4 suscrita el 3 de febrero por ANI, DEVINAR, Interventoría y Fiduciaria Bancolombia S.A., por medio de la cual se deja constancia de la auditoría a los fondeos realizados a la subcuenta de predios, (xii) Acta de Mesa de Trabajo No. 5 suscrita el 3 de febrero por ANI, DEVINAR, Interventoría y Fiduciaria Bancolombia S.A., por medio de la cual se deja constancia de la revisión a la Subcuenta No. 5 Ambiental, (xiii) Acta de Mesa de Trabajo No. 6 suscrita el 3 de febrero por ANI, DEVINAR, Interventoría y Fiduciaria Bancolombia S.A., por medio de la cual se deja constancia de la auditoría a las cifras correspondientes a Pago Parcial por Desequilibrio Económico generado por la expedición de las Resoluciones Nos. 3878 de 2006 y 1521 de 2008 del Ministerio de Transporte, (xiv) Acta de Mesa de Trabajo No. 8 suscrita el 3 de febrero por ANI, DEVINAR, Interventoría y Fiduciaria Bancolombia S.A., por medio de la cual se deja constancia de la auditoría y de la verificación las cifras de los pagos de la ANI por concepto de reembolso de fondeos prediales en exceso, (xv) Certificación expedida por la Fiduciaria Bancolombia S.A. del 26 de febrero de 2015, suscrita por el representante legal suplente, una contadora, el gerente de concesiones y el jefe de sección de la Fiduciaria sobre los Gastos de Administración, Operación y Mantenimiento P.A. Concesión Rumichaca – Pasto, (xvi) Certificación expedida por la Fiduciaria Bancolombia S.A. del 26 de febrero de 2015, suscrita por el representante legal suplente, una contadora, el gerente de concesiones y el jefe de sección de la Fiduciaria sobre los Pagos de Estudios y Diseños P.A. Concesión Rumichaca – Pasto, (xvii) Certificación expedida por la Fiduciaria Bancolombia S.A. del 26 de febrero de 2015, suscrita por el representante legal suplente, una contadora, el gerente de concesiones y el jefe de

sección de la Fiduciaria sobre Reembolso por mayor valor fondeado en la Subcuenta Predial P.A. Concesión Rumichaca – Pasto, (xviii) Certificación expedida por la Fiduciaria Bancolombia S.A. del 26 de febrero de 2015, suscrita por el representante legal suplente, una contadora, el gerente de concesiones y el jefe de sección de la Fiduciaria sobre Fondeos de Subcuentas Especiales P.A. Concesión Rumichaca – Pasto, (xix) Certificación expedida por la Fiduciaria Bancolombia S.A. del 26 de febrero de 2015, suscrita por el representante legal suplente, una contadora, el gerente de concesiones y el jefe de sección de la Fiduciaria sobre Recaudo de Peajes e Ingreso Generado P.A. Concesión Rumichaca – Pasto, (xx) Comunicación de fecha febrero 24 de 2015 de la firma BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A.S., sobre el factor M de la Fórmula P2 aplicable a los conceptos enlistados en el Considerando 36 del Acuerdo Conciliatorio, y (xxi) Resolución No. 524 del 9 de marzo de 2015 de la ANI, documentos que acreditan plenamente la causación de las inversiones realizadas por la sociedad DEVINAR S.A., la fecha y la cuantía de las mismas.

Acota el Tribunal que cuatro (4) de las cinco (5) certificaciones expedidas por la Fiduciaria Bancolombia S.A., fechadas todas el día 26 de febrero de 2015, suscritas, entre otros, por el representante legal suplente de la Fiduciaria y por una contadora pública, tienen gran trascendencia en el *sub lite*, al contener la demostración con base en los libros auxiliares del disponible del Patrimonio Autónomo Rumichaca – Pasto que la sociedad DEVINAR S.A. realizó pagos por (i) Interventoría, Predios y Ambiental, (ii) Estudios y Diseños, y (iii) GAOM en los valores registrados en el cuadro anterior, y que el Patrimonio Autónomo plurimencionado presentó un ingreso a título de reembolso de predial.

Respecto al cálculo de la Fórmula del P2 sobre las inversiones realizadas por la sociedad Concesionaria, reposa el Informe Final – Fórmula de Liquidación Parcial del Contrato Proyecto Vial “Rumichaca - Pasto – Chachagúi – Aeropuerto” elaborado por la sociedad BONUS S.A.S., prueba aportada por las partes en el Acuerdo Conciliatorio fechado el 6 de febrero de 2015⁹⁴, la cual contiene los guarismos correspondientes al valor del P2 a noviembre de 2014, respecto de cada inversión realizada por la sociedad DEVINAR S.A., cuyo Anexo No. 8 contiene un (1) Archivo de Excel con el Cálculo de la Fórmula P2 desarrollado,⁹⁵ medio probatorio que junto con la Resolución No. No. 524 del 9 de marzo de 2015 de la ANI le imprimen al Tribunal credibilidad sobre el cálculo realizado.

⁹⁴ Considerando 35 del Acuerdo Conciliatorio, Cuaderno Principal No. 3, Folio 546.

⁹⁵ Cuaderno Principal No. 3, Folio 584.

Además, se anexaron con el Acuerdo (i) el Concepto de la interventoría CONS-IAC-2274-IPRC-1071 con radicado ANI No. 2015-409-006536-2 del 6 de febrero de 2015, y (ii) el Concepto de la interventoría CONS-IAC-2274-IPRC-1080 con radicado ANI No. 2015-409-006774-2 del 6 de febrero de 2015, en virtud de los cuales se considera viable que la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, realice los pagos al Concesionario que el Tribunal de Arbitramento considere.

Valorado el acervo probatorio presentado con el Acuerdo Conciliatorio, considera el Tribunal que éste es ampliamente suficiente.

2.10 Que el Acuerdo Conciliatorio no implique un abuso contra el particular

La jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo considera que uno de los presupuestos para que un acuerdo conciliatorio en el cual interviene una entidad pública sea aprobado por el operador judicial, radica en que éste no perjudique o sea lesivo para el particular, quién durante la negociación de la conciliación puede encontrarse en situación de inferioridad o desequilibrio frente al Estado.

Es pertinente transcribir los siguientes apartes de la providencia de la Sala Plena de lo Contencioso administrativo del 28 de abril de 2014,⁹⁶ la cual desarrolla ampliamente el requisito de “no abuso del particular en la conciliación de carácter administrativo”:

“iv). El equilibrio económico en los acuerdos conciliatorios.

Si bien las anteriores consideraciones en relación con las cláusulas abusivas, el abuso de la posición dominante, la búsqueda de un equilibrio mínimo y proporcional en los acuerdos negociales, la aplicación del principio de la buena fe objetiva, encuentran su origen, desarrollo y, en principio, encuentran aplicación en los acuerdos de origen contractual de derecho privado, en especial aquellos contratos denominados de adhesión, lo cierto es que tales razonamientos también están llamados a tener aplicación en el terreno de la contratación estatal (artículo 13⁹⁷ de la Ley 80 de 1993) y a

⁹⁶ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Auto de unificación de jurisprudencia de 28 de abril de 2014, Expediente 41834, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

⁹⁷ Artículo 13º.- *De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales.* Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.

juicio de la Sala dichos criterios encuentran campo fértil para su aplicación en todos los terrenos en los cuales están llamadas a generar efectos jurídicos las manifestaciones de voluntad, comoquiera que tanto en el ámbito eminentemente contractual como en todos aquellos en que el ordenamiento vigente autoriza y tutela el ejercicio de la autonomía de la voluntad, el fundamento es idéntico, esto es la búsqueda del equilibrio y evitar cualquier comportamiento abusivo en las negociaciones.

(...)

En este sentido, la parte “débil” de la relación conciliatoria puede verse impelida a aceptar un arreglo económico -en el cual no es posible que tenga o pueda tener participación real y efectiva en su determinación-, cuyo monto resulte inferior a lo que podría y/o debería recibir en el evento en que el proceso judicial hubiere sido resuelto de manera definitiva a través de una sentencia que acceda a sus pretensiones, para no tener que verse sometido a esperar hasta el momento en que se defina la litis.

(...)

De manera que el sentido de lo “justo”, del “deber ser”, de la responsabilidad, de la legalidad, de la lealtad y buena fe, de la protección del débil, imponen verdaderos mandatos de comportamiento que exigen que las entidades públicas eviten abusar de su posición de privilegio a través de la imposición de condiciones en exceso ventajosas para los intereses de dicha autoridad, pero en perjuicio desmesurado, descomedido y en extremo lesivo y desequilibrado para las personas que ya en una oportunidad anterior sufrieron las consecuencias negativas de las conductas de la Administración y que acuden ante ella -contando también con el respaldo de la Administración de Justicia- con la expectativa legítima y razonable de que finalmente, a través de una conciliación, se alcance un acuerdo equilibrado que permita reparar de una forma justa el daño antijurídico del que fueron víctimas.

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.”⁹⁸ (La subraya y la negrilla fuera del texto original)

⁹⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 19 de julio de 2001. Expediente: 18296. MP: Germán Rodríguez Villamizar.

No advierte el Tribunal en el Acuerdo Conciliatorio sometido a su aprobación un aprovechamiento irracional o inequitativo por parte de la entidad estatal - AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-, ni una utilización arbitraria de sus prerrogativas inherentes a su condición de parte contratante en el Contrato de Concesión No. 003 de 2006, *contrario sensu*, se observa en la Cláusula Séptima del documento que contiene la conciliación el desistimiento de la mayoría de las pretensiones por la convocante, con excepción de las pretensiones décima primera, décima segunda y décima quinta; el retiro de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI- de las excepciones propuestas a las pretensiones, salvo las excepciones correspondientes a las pretensiones décima primera, décima segunda y décima quinta; y el desistimiento parcial de la pretensión décima séptima, y el retiro parcial de la excepción a la pretensión en mención.⁹⁹

Se pone de presente que las partes expresaron su consentimiento de manera libre y consciente para terminar anticipadamente el Contrato de Concesión No. 003 de 2006, y que la fecha de terminación del mismo será el 30 de abril de 2015¹⁰⁰, que el Acuerdo causa para la sociedad Concedente el pago por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI- de una suma de dinero¹⁰¹, unido lo anterior, a que las partes manifestaron ánimo conciliatorio desde la audiencia de conciliación, la cual

"Si se tiene en cuenta que "aprobar", en términos semánticos, consiste en "Calificar o dar por bueno o suficiente algo o a alguien"; en tanto que "modificar" es "Limitar, determinar o restringir las cosas a cierto estado en que se singularicen y distingan unas a otras. Reducir las cosas a los términos justos, templando el exceso o exorbitancia. Transformar o cambiar una cosa mudando alguno de sus accidentes." cabe concluir que la decisión contenida en el auto apelado se traduce en una modificación de la conciliación prejudicial a que llegaron las partes.

La providencia apelada contiene consideraciones propias de las providencias en las cuales el juez se pronuncia sobre las pretensiones mediante la aplicación del derecho subjetivo. En este caso el Tribunal estudió y valoró las pruebas aportadas con la solicitud de conciliación, y con fundamento en los hechos que consideró probados determinó la existencia de una obligación a cargo del Departamento y en favor del convocante, pero en cuantía inferior al valor conciliado entre las partes.

Al respecto la Sala precisa que la ley no prevé la posibilidad de que el juez modifique la conciliación a efecto de hacerla menos lesiva para la administración; esa potestad escapa a su competencia y riñe con la esencia de la figura de la conciliación que se sustenta en un acuerdo interpartes de solución de conflictos.

Cuando el juez considere que el acuerdo a que llegaron las partes es lesivo para la administración debe improbarlo porque no se ajusta a todos los supuestos que al efecto prevé la ley".

⁹⁹ Cuaderno Principal No. 3, Folio 562 vuelto y 563.

¹⁰⁰ Numeral 2.1. de la Cláusula Segunda del Acuerdo Conciliatorio. Cuaderno Principal No. 3, Folio 550.

¹⁰¹ Cuaderno Principal No. 3, Folio 562 vuelto y 563.

aconteció el día 7 de mayo de 2013, según consta en el Auto No. 2 del *sub lite*, y que las partes han celebrado cuatro (4) acuerdos conciliatorios, correspondiendo avocar al Tribunal el cuarto documento de fecha 6 de febrero de 2015.

Lo anterior evidencia que no existe en el acuerdo una fórmula ventajosa para la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ni una previsión desproporcionada e irracional para la sociedad DEVINAR S.A.

2.11. El acuerdo conciliatorio no es violatorio de la ley.

El acervo probatorio permite afirmar al Tribunal que el acuerdo judicial logrado entre las partes no contraviene la normatividad, al ser presentado oportunamente, no estar caducada la acción contractual, ser suscrito por personas con capacidad para representar a las partes, estar autorizado por el Comité de Conciliación de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, y no ser lesivo para el patrimonio público.

2.12. El acuerdo conciliatorio tiene congruencia con las pretensiones de la demanda

El Tribunal constata que el Acuerdo conciliatorio tiene congruencia con lo pedido en la demanda y con las excepciones propuestas por la Agencia convocada, lo cual se evidencia en la Cláusula Séptima del Acuerdo Conciliatorio de fecha 6 de febrero de 2015¹⁰², en virtud de la cual (i) la sociedad convocante, DEVINAR S.A. desiste de todas las pretensiones no relacionadas con la terminación anticipada, excepto las pretensiones décima primera, décima segunda y décima quinta, (ii) las partes desisten parcialmente de la pretensión décima séptima y de su excepción respectivamente, y (iii) la ANI retira la totalidad de sus excepciones, salvo aquellas de oposición a las pretensiones décima primera, décima segunda y décima quinta.

3. El tema vinculado con los Estudios y Diseños

Observa el Tribunal que el Acuerdo Conciliatorio sometido a su aprobación en el Considerando 36, al presentar el Cálculo de Liquidación Parcial Fórmula P2, le atribuye en pesos corrientes a noviembre de 2014 un valor de \$25.413.074.830 al concepto Inversiones en Estudios y Diseños

¹⁰² Cuaderno Principal No. 3, Folio 562 vuelto y 663.

(Iconsi)¹⁰³, empero en el punto 5.2 del clausulado Quinto del aparte correspondiente al Capítulo II “Acuerdos”, determina que en el laudo se resolverá, entre otras, la pretensión de determinar el valor de la compensación por terminación anticipada del Contrato de Concesión No. 003 de 2006 celebrado entre el INCO –hoy ANI- y la sociedad DESARROLLO VIAL DE NARIÑO S.A. - DEVINAR S.A., previa la resolución de cinco (5) divergencias, siendo una de ellas el aspecto referente a *“Interpretación acerca de la inclusión y determinación del costo de los Estudios y Diseños en la valoración de la compensación por la terminación anticipada de mutuo acuerdo del Contrato en la etapa de construcción”*, considerando y cláusula que evidencian una contradicción del Acuerdo plurimencionado al incluir el primero¹⁰⁴ los Estudios y Diseños como parte de la Fórmula de cálculo de la compensación por concepto de la terminación anticipada del Contrato por mutuo acuerdo -P2-, y el segundo¹⁰⁵, deferir al Tribunal que en el Laudo se determine dicho concepto se incluye en la valoración de la compensación por la terminación anticipada de mutuo acuerdo del Contrato.

La antinomia anterior plasmada en el documento conciliatorio por las partes, hace necesario que el Tribunal interprete el Acuerdo para efectos de otorgarle validez al mismo y darle plenos efectos a la intención y voluntad de las partes. En el sentido resulta evidente que las partes no se pusieron de acuerdo sobre el tema de los Estudios y Diseños, lo que lógicamente significa que no hubo conciliación sobre este punto en particular. Por consiguiente, el Tribunal no podrá pronunciarse sobre este punto en particular, aprobándolo o improbandolo. Por lo tanto será necesario restar de la cifra del aparte (i) del clausulado Sexto del Acuerdo Conciliatorio - COMPENSACIONES A FAVOR DEL CONCESIONARIO CAUSADAS POR LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DE MUTUO ACUERDO DEL CONTRATO EN LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN- equivalente a \$155.729'207.241, la suma de \$25.413.074.830 de las Inversiones en Estudios y Diseños (Iconsi), y que en el laudo se decida sobre la inclusión o no de dicho costo en la valoración de la compensación, de conformidad con lo establecido en la Cláusula Quinta del Acuerdo conciliatorio.

Lo anterior significa que al valor que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA se obliga a girar a la Subcuenta Principal del Patrimonio Autónomo Rumichaca – Pasto, de la Fiduciaria Bancolombia S.A., es de \$130.316'132.411.

¹⁰³ Cuaderno Principal No. 3, Folio 546 y 546 vuelto.

¹⁰⁴ Considerando 36 del Acuerdo Conciliatorio.

¹⁰⁵ Cláusula Quinta, numeral 5.2. del Acuerdo Conciliatorio.

El Tribunal encuentra que si la cifra de \$25.413.074.830 por Inversiones en Estudios y Diseños (Iconsi) se incluye dentro de la suma determinada en el clausulado sexto del Acuerdo, estaría decidiendo desde ya que el mismo se incluye en la valoración de la compensación por la terminación anticipada de mutuo acuerdo del Contrato en etapa de construcción, aspecto que las partes estipularon en el numeral 5.1. del Acuerdo Conciliatorio,¹⁰⁶ debe ser definido por el Tribunal en el laudo.

Finalmente, se reitera que la decisión que en esta providencia se adopta, no constituye prejuzgamiento, toda vez que se restringe a la revisión del acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes el 6 de febrero de 2015.

4. Conclusión

En virtud de lo anteriormente expuesto, encuentra el Tribunal que, salvo por la consideración sobre el tema de los Estudios y Diseños, el Acuerdo Conciliatorio de fecha 6 de febrero de 2015 cumple con los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico y por la jurisprudencia contenciosa administrativo, por ser presentado oportunamente, no existir caducidad de la acción, recaer sobre derechos de contenido económicos y particulares objeto de disposición, ser celebrado por partes con capacidad para suscribirlo, estar aprobado por el Comité de Conciliación de la entidad pública interviniente, no ser lesivo para el patrimonio público, estar sustentado en medios de prueba, no ser abusivo del particular, ser congruente con las pretensiones de la demanda, y haber participado el Ministerio Público en la audiencia de conciliación, quien dio concepto favorable.

A su vez, las pruebas que fueron consideradas fueron aportadas de común acuerdo por las partes, la experticia en que se apoyaron fue aceptada por el concesionario y la entidad pública concedente y ambas pusieron de presente que habían revisado las cifras y las encontraban correctas, las cuales, a su vez, fueron auditadas por contador público de la Fiduciaria Bancolombia y certificadas por éste, y por el representante legal y por el Gerente de Concesiones de la misma entidad

¹⁰⁶ Cuaderno Principal 3, Folio 561 vuelto y 562.

VI. CAPÍTULO DECISIÓN

Por lo anterior, dado que se encuentran reunidos los requisitos legales para aprobar el acuerdo conciliatorio, el Tribunal

RESUELVE

Primero. Aprobar la conciliación celebrada entre DESARROLLO VIAL DE NARIÑO S.A. – DEVINAR S.A. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, antes INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia, en el sentido de que el valor a pagar por parte de la segunda a la primera con motivo del acuerdo asciende a \$130.316.132.411 y no a los \$\$155.729.207.241; suma que la convocada girará a la Subcuenta Principal del Patrimonio Autónomo Rumichaca – Pasto de la Fiduciaria Bancolombia S.A. en el plazo acordado, será incluida en la liquidación del Contrato para determinar el valor final de la compensación por terminación anticipada del contrato de mutuo acuerdo en la etapa de construcción y causará los intereses pactados.

Segundo. Advertir que, salvo las pretensiones décima primera, décimo segunda décimo quinta y décimo séptima, todas las pretensiones y sus correspondientes excepciones han quedado conciliadas y se entienden desistidas y renunciadas, respectivamente.

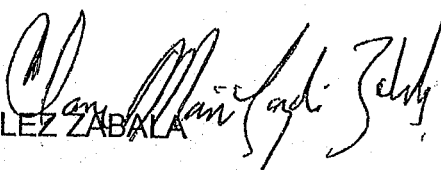
Tercero. Precisar que respecto a la pretensión décima séptima, el desistimiento es parcial e implica por parte del Tribunal definir en el laudo:

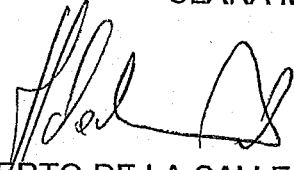
DECIMA SEPTIMA. *Si como consecuencia de las anteriores pretensiones, existe un valor a favor de DEVINAR por concepto de la compensación por la terminación anticipada del CONTRATO de mutuo acuerdo en etapa de construcción, se ordenará a la ANI efectuar tal pago a favor de DEVINAR, en los términos que establezca el TRIBUNAL.*

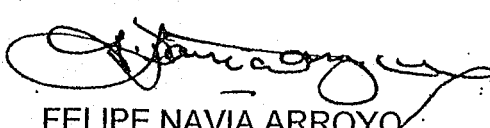
Cuarto. Disponer que las partes reestructuren los cuestionarios sometidos al perito técnico y que la parte convocada reestructure las solicitudes de aclaración y complementación del dictamen contable – financiero, en función de la conciliación aprobada, para lo cual se les otorga como plazo hasta el 1 de abril de 2015.

Quinto. Para resolver lo que en derecho corresponda se señala el día 6 de abril de 2015 a las 9:30 a.m.

La providencia anterior quedó notificada en estrados.


CLARA MARÍA GONZÁLEZ ZABALA
Presidente


HUMBERTO DE LA CALLE LOMBANA
Árbitro
(Con salvamento de voto)


FELIPE NAVIA ARROYO
Árbitro

El texto del salvamento de voto del árbitro Humberto De La Calle se consigna a continuación:

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto, me aparto de la posición mayoritaria del Tribunal Arbitral en el presente Auto, en relación con la aprobación del Acuerdo Conciliatorio de fecha 6 de febrero de 2015.

A diferencia de la mayoría, estimo que el Acuerdo Conciliatorio debe ser improbadado y fundamento mi salvamento de voto en las siguientes consideraciones:

1. En el Capítulo V "CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL" se hace un estudio de legalidad del Acuerdo Conciliatorio sometido a su aprobación, y siguiendo las pautas de la jurisprudencia de lo contencioso administrativa sobre la conciliación judicial realizada por las entidades públicas, presenta los requisitos que ésta debe cumplir para efectos de ser aprobada.

El Tribunal al analizar si el Acuerdo Conciliatorio judicial presentado por las partes - sociedad DESARROLLO VIAL DE NARIÑO S.A. DEVINAR S.A. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI- el 9 de febrero de 2015, satisface exigencias para que se imparta su aprobación, constata el cumplimiento de doce (12) requisitos, a saber:

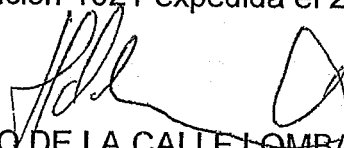
- “(i) que sea presentado oportunamente,
- (ii) que la acción ejercida por la parte convocante admite la conciliación,
- (iii) que no haya operado el fenómeno de la caducidad de la acción,
- (iv) que las partes estén debidamente representadas, tengan capacidad para conciliar y que se encuentre acreditada su legitimación en la causa,
- (v) que por ser la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA una entidad pública, la conciliación debe ser previamente aprobada por el Comité de Conciliación de la entidad estatal,
- (vi) que se cumpla con la intervención del Ministerio Público,
- (vii) que el acuerdo recaiga sobre derechos de contenido económico y de carácter particular,
- (viii) que el Acuerdo no lesione el patrimonio público,
- (ix) el Acuerdo Conciliatorio debe contar con las pruebas necesarias,
- (x) el Acuerdo Conciliatorio no puede implicar un abuso contra el particular, (xi) el acuerdo conciliatorio no puede violar la ley, y
- (xii) el acuerdo conciliatorio debe tener congruencia con las pretensiones de la demanda”.

Después de verificar cada uno de los requisitos enumerados anteriormente, el Tribunal encuentra que todos se satisfacen y en consecuencia imparte aprobación al Acuerdo Conciliatorio, conclusión de la cual disiento, al considerar que si bien se cumplen once (11) de ellos, existe uno, el referente a que el Acuerdo no lesione el patrimonio público, el cual no está presente en el caso sub examine.

2. El Tribunal al desarrollar el presupuesto “Que el Acuerdo Conciliatorio no lesione el patrimonio público” considera que éste cumple con lo establecido en el último inciso del artículo 65A de la Ley 23 de 1991, modificado por el 73 de la ley 446 de 1998, el cual preceptúa *“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”*, y fundamenta su decisión en tres razones: (i) La Cláusula 61 del Contrato de Concesión celebrado entre la sociedad DEVINAR S.A. y el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES -INCO – hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, la cual estipula la compensación por terminación anticipada a cargo del INCO – hoy ANI y a favor de la sociedad concesionaria DEVINAR S.A., en sus tres variantes P1, P2, y P3, en relación con la etapa en que se encuentre el Contrato de Concesión, (ii) el cálculo del GAOMI que presenta el Acuerdo Conciliatorio Judicial se realizó aplicando el factor de ingreso generado mensual, y no el factor de ingreso general acumulado, que si se hubiera aplicado la cifra del GAOMI sería mayor, y (iii) en el desistimiento por parte de la sociedad convocante de las Pretensiones relacionadas con el

desequilibrio económico del Contrato de Concesión No. 003 de 2006, desequilibrio generado a su juicio en la Resolución 1521 expedida el 22 de abril de 2008 por el Ministerio de Transporte, y cuantificado por el dictamen pericial en la suma de 120.950'.000.000, valor que amerita aprobar el Acuerdo Conciliatorio.

Advierto que el Acuerdo Conciliatorio es lesivo para el erario público dado que no se incluyó en el mismo el valor de los aportes girados por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI a la sociedad Concesionaria DEVINAR S.A., de acuerdo con el Acta de Pago Parcial del Desequilibrio Económico suscrita por el INCO y DEVINAR S.A. el 30 de noviembre de 2010, cifra que equivale a la suma de \$30.613.281.383,14, según la certificación aportada por las partes en el Acuerdo Conciliatorio y correspondiente a la Certificación No. C303700200-2576 de fecha 16 de enero de 2015 expedida por el representante legal suplente de la Fiduciaria BANCOLOMBIA, que obra en los folios 601 a 603 del Cuaderno Principal No. 4, valor que ha debido ser tenido en cuenta en el Acuerdo Conciliatorio, teniendo en cuenta que la demanda presentada por la parte convocante contiene pretensiones declarativas y de condena relativas al desequilibrio económico del Contrato por la expedición de la Resolución 1521 expedida el 22 de abril de 2008 por el Ministerio de Transporte.



HUMBERTO DE LA CALLE LOMBANA
Árbitro

Leída la providencia la apoderada de la parte convocante y el representante legal de Devinar S.A., doctor Juan Carlos María, manifestaron que se plegaban a lo resuelto por el Tribunal y que dicha sociedad haría los esfuerzos que fueran necesarios para cumplir con sus obligaciones a pesar del recorte en el valor convenido. No obstante, a manera de constancia, se refirieron al salvamento de voto en los términos que quedaron consignados en la grabación que al efecto se efectuó y que se incorpora como anexo.

El apoderado de la parte convocada intervino para manifestar que acoge la decisión del Tribunal y para dejar una constancia sobre el salvamento de voto, en los términos que también constan en la grabación efectuada, que también se incorpora como anexo.

En uso de la palabra los apoderados de las partes en forma conjunta solicitaron la suspensión del proceso entre el 20 de marzo y el 5 de abril de 2015, ambas fechas incluidas.

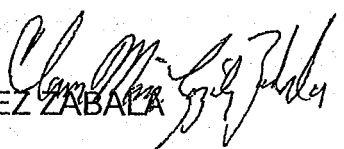
AUTO No. 46

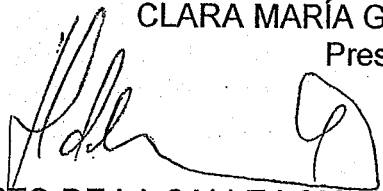
Atendiendo la anterior petición se decreta la suspensión del proceso entre el 20 de marzo y el 5 de abril de 2015, ambas fechas incluidas.

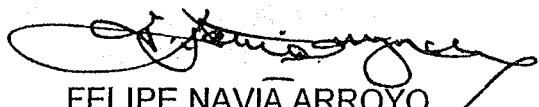
Para resolver lo que en derecho corresponda se señala audiencia para el día 6 de abril de 2015 a las 9:30 a.m.

La providencia anterior quedó notificada en estrados.

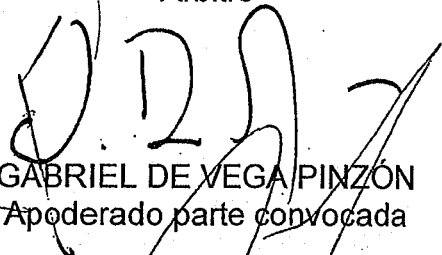
No siendo otro el objeto de la presente audiencia se dio por terminada y se suscribió esta acta por quienes en ella intervinieron.

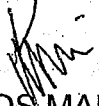

CLARA MARÍA GONZÁLEZ ZABALA
Presidente


HUMBERTO DE LA CALLE LOMBANA
Árbitro

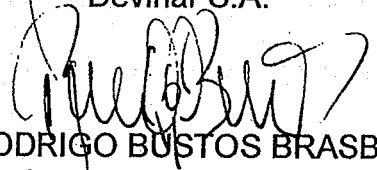

FELIPE NAVIA ARROYO
Árbitro

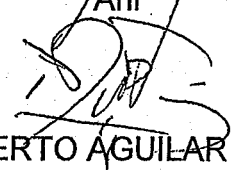

ANA MARÍA RUAN PERDOMO
Apoderada parte convocante


GABRIEL DE VEGA PINZÓN
Apoderado parte convocada


JUAN CARLOS MARÍA C.
Devinar S.A.


GERMÁN CÓRDOBA ORDÓÑEZ
Ani


RODRIGO BUSTOS BRASBI
Procurador 51 Judicial II para Asuntos
Administrativos


ROBERTO AGUILAR DIAZ
Secretario