

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.

contra

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

LAUDO ARBITRAL

Árbitros: **Fernando Álvarez Rojas**
 Jorge Pinzón Sánchez
 Eduardo Silva Romero

Secretaria: **Eugenia Barraquer Sourdis**

Bogotá, 23 de junio de 2020

TABLA DE CONTENIDO

CAPÍTULO I ANTECEDENTES

1. LAS PARTES
2. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA Y EL PACTO ARBITRAL
3. EL TRÁMITE
4. EL CONFLICTO SOMETIDO A CONSIDERACIÓN DEL TRIBUNAL
5. LAS PRUEBAS
 - 5.1. PRUEBAS DECRETADAS POR SOLICITUD DE LA CONCESIÓN
 - 5.2. PRUEBAS DECRETADAS POR SOLICITUD DE LA ANI
 - 5.3. PRUEBAS DECRETADAS POR SOLICITUD DE LAS DOS PARTES.
6. DESARROLLO DE LA FASE PROBATORIA
7. ALEGATOS
8. LEY PROCESAL APLICABLE
9. PRESUPUESTOS PROCESALES

CAPÍTULO II CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. SOBRE LA PRUEBA PRACTICADA
 - 1.1. PRUEBAS EN RELACIÓN CON COSTOS Y SUMAS NO DESISTIDAS
 - 1.2. CONTROVERSIA REFERIDA A LAS SUMAS NO RECONOCIDAS AL CONCESIONARIO PARA EL COMPONENTE AR_h
 - 1.2.1. PRIMAS DE SEGUROS Y COMISIONES
 - 1.2.2. COSTOS DE ESTRUCTURACIÓN
 - 1.2.3. GESTIÓN SOCIAL
 - 1.2.4. INTERVENCIONES EJECUTADAS
 - 1.2.4.1. Gestión predial

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

- 1.2.4.2. Gestión ambiental
 - 1.2.4.3. Prospección arqueológica
 - 1.2.4.4. Intervenciones
 - 1.2.5. OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO, GASTOS DE ADMINISTRACIÓN E IMPUESTOS
 - 1.2.5.1. Fondos rotatorios
 - 1.2.5.1.1. Varios
 - 1.2.5.1.2. Consulta Previa
 - 1.2.5.2. Gastos, honorarios, viajes, herramientas, equipos de oficina, mantenimiento, otros
 - 1.3. PRUEBAS REFERIDAS A LA APLICACIÓN DE LOS COMPONENTES DE LA FORMULA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO EN FASE DE CONSTRUCCION
 - 1.4. PRUEBAS EN RELACIÓN CON LOS COSTOS DE ESTRUCTURACIÓN
2. LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN
- 2.1. EL ALCANCE DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL Y LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA DIRIMIR ESTE ASUNTO
 - 2.1.1. POSICIONES DE LAS PARTES
 - 2.1.1.1. Posición de la Convocante
 - 2.1.1.2. Posición de la ANI
 - 2.1.2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL
 - 2.1.2.1. El alcance del Acta de Liquidación Bilateral
 - 2.1.2.2. La competencia del Tribunal
 - 2.2. LA INTERPRETACIÓN DE LOS CRITERIOS *h* Y *l* EN LA FÓRMULA DE LIQUIDACION
 - 2.2.1. POSICIONES DE LAS PARTES
 - 2.2.1.1. La Variable *h*
 - 2.2.1.2. La Variable *l*
 - 2.2.1.3. El alcance de las renunciaciones estipuladas en el Acta de Liquidación Bilateral

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

- 2.2.2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL
 - 2.2.2.1. La Variable h
 - 2.2.2.2. La Variable l

- 3. EL RECONOCIMIENTO DEL VALOR EN CONTROVERSIA (ARh)
 - 3.1. POSICIONES DE LAS PARTES
 - 3.1.1. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE
 - 3.1.2. POSICIÓN DE LA ANI
 - 3.1.3. POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO
 - 3.2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL
 - 3.2.1. LAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES PARA CERTIFICAR EL ARH
 - 3.2.2. LA ACREDITACIÓN DEL VALOR EN CONTROVERSIA (ARH)
 - 3.2.3. PRIMAS DE SEGUROS Y COMISIONES
 - 3.2.4. COSTOS DE GESTIÓN SOCIAL Y AMBIENTAL
 - 3.2.5. INTERVENCIONES EJECUTADAS
 - 3.2.6. COSTOS DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO
 - 3.2.6.1. Gastos generales de administración, operación y mantenimiento
 - 3.2.6.2. Los 67 Fondos Rotatorios
 - 3.2.6.3. Construcciones el Cóndor S.A: el Contrato No. 26 y otros

- 4. RECONOCIMIENTO DE LOS COSTOS DE ESTRUCTURACIÓN AL ORIGINADOR.
 - 4.1. HECHOS RELEVANTES Y PROBADOS EN ESTE PROCESO:
 - 4.1.1. ETAPA PREPARATORIA (O PRECONTRACTUAL)
 - 4.1.2. ETAPA CONTRACTUAL
 - 4.1.3. PRINCIPALES ESTIPULACIONES CONTRACTUALES A DESTACAR.
 - 4.2. LA CONTROVERSIA ENTRE LAS PARTES
 - 4.2.1. ARGUMENTACIÓN Y PRETENSIONES DE LA CONVOCANTE
 - 4.2.1.1. Costos de estructuración y proyectos App.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

- 4.2.1.2. La estructuración del proyecto y la selección de la Asociación Público Privada No. VJ-VE-APP-IPV-003-2015
- 4.2.1.3. Del clausulado contractual y las modificaciones al Contrato No. 006 de 2015
- 4.2.1.4. La conducta de las partes y la referencia a una compensación.
- 4.2.1.5. La lógica financiera de la operación efectuada entre la Concesión Cesar Guajira y Construcciones El Cóndor.
- 4.2.2. ARGUMENTOS Y EXCEPCIONES DE LA CONVOCADA.
 - 4.2.2.1. Respecto de las pretensiones declarativas acerca del reconocimiento de los costos de estructuración.
- 4.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO (Procuraduría 147 Judicial II Administrativa de Bogotá).
 - 4.3.1. ASPECTOS GENERALES DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS
 - 4.3.2. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO Y CONCLUSIÓN.
- 4.4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.
 - 4.4.1. EL MARCO LEGAL APLICABLE
 - 4.4.1.1. Las normas legales societarias.
 - 4.4.1.2. Ley 1508 de 2012 (Ley APP) y principios y normas sobre contratación estatal y privada.
 - 4.4.2. CONSIDERACIONES
- 5. CONCLUSIONES
 - 5.1. DECLARATIVAS ACERCA DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 006 DE 2015
 - 5.2. DECLARATIVAS ACERCA DEL RECONOCIMIENTO DE LOS COSTOS DE ESTRUCTURACIÓN.
 - 5.3. PRETENSIONES CONDENATORIAS
 - 5.3.1. VALOR BRUTO DEL COMPONENTE ARH EN CONTROVERSIA
 - 5.3.2. APLICACIÓN DE LA FÓRMULA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO 006 DE

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

2015 A LAS CIFRAS RECONOCIDAS, TANTO POR LA ANI EN EL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL, COMO POR EL TRIBUNAL ARBITRAL EN EL PRESENTE LAUDO

5.3.2.1. En relación con las cifras reconocidas en el Acta de Liquidación Bilateral por parte de la ANI, en cuantía de \$85.235.649.395:

5.3.2.2. En relación con las cifras que el panel encontró probadas a través del presente Laudo en cuantía de \$34.573.471.932,00:

6. JURAMENTO ESTIMATORIO

7. COSTAS, GASTOS Y AGENCIAS EN DERECHO

CAPÍTULO III DECISIÓN

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

LAUDO ARBITRAL

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONCESIÓN CÉSAR-GUAJIRA S.A.S.
contra
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

Bogotá, veintitrés (23) de junio de dos mil veinte (2020)

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la ley para este efecto, procede el Tribunal de Arbitramento integrado por los Árbitros **Fernando Álvarez Rojas – Presidente, Jorge Pinzón Sánchez** y **Eduardo Silva Romero**, con la secretaría de **Eugenia Barraquer Sourdis**, a dictar el Laudo que pone fin al proceso y que resuelve las diferencias surgidas entre **CONCESIÓN CÉSAR-GUAJIRA S.A.S.** parte convocante y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, parte convocada.

El presente Laudo se profiere en derecho.

CAPITULO I
ANTECEDENTES

1. LAS PARTES

Actúa como parte demandante **CONCESIÓN CÉSAR-GUAJIRA S.A.S.**, sociedad colombiana, con NIT 832.006.599-5, en adelante la CONCESIÓN

Actúa como parte demandada la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte, en adelante la ANI.

2. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA Y EL PACTO ARBITRAL

La cláusula compromisoria, es la contenida en la cláusula 15.2 de la Parte General del Contrato de Concesión que es del siguiente tenor:

"15.2 Arbitraje Nacional

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

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

c) Dentro de los quince (15) Días Hábiles siguientes a la suscripción del Contrato de Concesión, el Concesionario de la informar a la ANI el centro arbitraje y conciliación que realizara las funciones delegadas por las Partes respecto de sorteos y recusaciones de los Árbitros designados y que servirá de sede de la arbitramento. Si vencido este plazo, el Concesionario no ha notificado la designación, la ANI realizará dicha elección. El centro escogido -por el Concesionario por la ANI, según corresponda- deberá corresponder a uno de los siguientes: i) el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, o ii) el Centro Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición del Sector Infraestructura y Transporte.

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

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

e) Los árbitros decidirán en derecho.

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

	Rango Inferior		Rango Superior	Tarifa
Hasta			\$6.160.000,00	40,00 SMMLV
De	\$6.160.001,00	A	\$108.416.000,00	13,00%
De	\$108.416.001,00	A	\$325.864.000,00	9,00%
De	\$325.864.001,00	A	\$543.312.000,00	8,00%
De	\$543.312.001,00	A	\$1.086.624.000,00	7,00%
Más de \$1.086.624.001,00				500 SMMLV

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

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

i) El término del proceso arbitral así como las suspensiones del término del proceso

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

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

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

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

A su turno, el 3 de octubre de 2018, las partes suscribieron pacto arbitral con el fin de sustraer del conocimiento del Amigable Componedor cualquier diferencia o controversia relacionada con la liquidación del contrato y en su lugar someter las mismas al Tribunal Arbitral en los siguientes términos:

"II. PACTO ARBITRAL.

Las Partes acuerdan someter a arbitraje todas las controversias existentes o que pudieran presentarse con posterioridad al presente pacto, relativas o relacionadas con lo dispuesto en el Capítulo XVIII de la Parte General del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, y en general conocerá de cualquier diferencia o controversia relacionada con la liquidación del referido Contrato. El Tribunal de Arbitramento sesionará en la sede del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y el funcionamiento e integración del Tribunal se someterá a lo previsto en los literales (d), (e), (f), (g), (h), (i), (j) y (k) de la Sección 15.2 de la Parte General del Contrato de Concesión, y de ninguna manera el presente acuerdo se entiende como una derogatoria de dicha Sección"

3. EL TRÁMITE

El 24 de noviembre de 2017, la Convocante, mediante apoderada judicial, presentó en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la demanda que dio origen a este trámite arbitral.

El 19 de diciembre de 2017, por sorteo, fueron designados como Árbitros los doctores Fernando Álvarez Rojas y Eduardo Silva Romero. El Árbitro doctor Jorge Pinzón Sánchez fue designado de común acuerdo por las partes el 22 de febrero de 2018. Los árbitros oportunamente aceptaron su designación y cumplieron con el deber de información, por lo que está debidamente integrado el Tribunal.

El 17 de abril de 2018 se realizó la Audiencia de Instalación en donde se inadmitió la demanda, la cual fue oportunamente subsanada mediante escrito presentado el 23 de abril de 2018.

En Auto N° 4 del 24 de mayo de 2018, el Tribunal profirió el Auto Admisorio de la demanda. La entidad demandada fue notificada en los términos del artículo 199 del CPACA el 28 de mayo de 2018. El Ministerio Público y la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, fueron notificados el 14 y 15 de junio de 2018, respectivamente.

Estando en tiempo, el 23 de agosto de 2018 de forma electrónica y el 29 de agosto de 2018 de forma física, la Convocada presentó escrito de contestación de la demanda, en la que formuló excepciones de mérito. Mediante Auto N° 5 del 28 de agosto de 2018 se corrió el traslado para solicitar pruebas adicionales relacionadas con los hechos en que se fundan las excepciones de mérito. Oportunamente, la apoderada de la Convocante presentó escrito descorriendo el traslado.

El 4 de octubre de 2018 la Convocante presentó escrito de reforma de la demanda, que fue admitido por el Tribunal en Auto N° 9 del 11 de octubre de 2018. Dicho auto fue notificado el 12 de octubre de 2018.

El 4 de diciembre de 2018, de forma oportuna (considerando que el proceso había estado suspendido por voluntad de las partes), el apoderado de la Convocada presentó escrito de contestación de la reforma de la demanda, del cual se corrió

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

traslado mediante Auto N° 10 del 7 de diciembre de 2018. Oportunamente, la apoderada de la Convocante presentó escrito descorriendo el traslado.

El 5 de marzo de 2019, la apoderada de la Convocante presentó memorial de desistimiento parcial. A este respecto, el Tribunal, en Auto N° 15 del 6 de marzo de 2019, la requirió para que indicara inequívocamente cuáles eran las pretensiones que se estaban desistiendo, lo que se cumplió mediante escritos radicados el 14 de marzo de 2019.

En memorial del 5 de abril de 2019, la parte Convocada refiriéndose al desistimiento presentado, expresamente solicitó al Tribunal no condenar en costas a la parte que desistió.

En audiencia llevada a cabo los días 5 de abril y 21 de junio de 2019, se adelantó la oportunidad conciliatoria prevista en la ley. Dentro de esta oportunidad las partes presentaron un acuerdo conciliatorio respecto del cual el Tribunal, en Auto N° 23 del 21 de junio dispuso "Declararse no competente para aprobar o improbar los acuerdos a que llegaron las partes con ocasión de la liquidación bilateral del contrato y en consecuencia declararse no competente para aprobar o improbar el acuerdo conciliatorio presentado."

En Auto N° 25 del 3 de julio de 2019, el Tribunal, en los términos y con los efectos dispuestos en la ley, aceptó, sin condena en costas, el desistimiento parcial del presente proceso y dispuso que el mismo continuara respecto de las pretensiones no comprendidas en el desistimiento.

En esa misma fecha se profirió el Auto N° 26 mediante el cual el Tribunal resolvió respecto de las sumas por concepto de honorarios y gastos. Los dineros correspondientes a las sumas decretadas se consignaron en su totalidad por la parte Convocante.

El 13 de agosto de 2019 se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite en la que el Tribunal profirió el Auto mediante el cual se declaró competente para conocer de las pretensiones propuestas, así como de las excepciones de mérito formuladas y dictó el auto de decreto de pruebas.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En Auto N° 41 del 3 de diciembre de 2019 se requirió a las partes para que dieran unas explicaciones respecto de lo conciliado, las cuales fueron cumplidas mediante escrito radicado el 9 de diciembre de 2019.

En Auto N° 42 del 10 de diciembre de 2019, el Tribunal aprobó el "ACUERDO CONCILIATORIO CONTRATO DE CONCESIÓN No. 006 DE 2015 – PROYECTO CESAR GUAJIRA CELEBRADO ENTRE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA Y LA CONCESIÓN CESAR GUAJIRA S.A.S. de fecha 25 de noviembre de 2019" y dispuso seguir adelante con el proceso respecto de las pretensiones no conciliadas.

El 31 de enero de 2020, la apoderada de la Convocante presentó memorial de desistimiento parcial, respecto del cual el apoderado de la Convocada solicitó aprobar sin condena en costas.

En Auto N° 45 del 4 de febrero de 2020, el Tribunal, en los términos y con los efectos dispuestos en la ley, aceptó, sin condena en costas, el desistimiento parcial del presente proceso y dispuso que el mismo continuara respecto de las pretensiones no comprendidas en el desistimiento.

En el proceso se hizo parte el Ministerio Público representado a través del doctor FABRICIO PINZÓN BARRETO, Procurador II Judicial 147 Administrativo. No hubo intervención de la ANDJE.

Durante el trámite del proceso el Tribunal sesionó en 41 audiencias. Agotada la instrucción, en la audiencia del 14 de febrero de 2020 el Tribunal oyó a los apoderados de las partes en sus alegatos de conclusión y al señor Agente del Ministerio Público en su concepto final.

Por no haber estipulado las partes el término de duración del proceso, de conformidad con lo establecido en el Decreto 491 de 2020, este término es de ocho (8) meses contados a partir de la fecha de finalización de la Primera Audiencia de Trámite. En consideración a que dicho término fue suspendido por voluntad de las partes en tres oportunidades, el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir Laudo.

4. EL CONFLICTO SOMETIDO A CONSIDERACIÓN DEL TRIBUNAL

En su demanda reformada la CONCESIÓN formuló las pretensiones visibles a folios 350 a 361 del Cuaderno Principal N° 1, las cuales fundamenta en los hechos que relaciona, visibles a folios 361 a 401 del Cuaderno Principal N° 1.

La ANI se pronunció expresamente frente a las pretensiones y hechos de la demanda reformada (folios 9 a 85 del Cuaderno Principal N° 2) y formuló las excepciones de mérito visibles a folios 88 a 101 del Cuaderno Principal N° 2.

Atendiendo al hecho que la liquidación de común acuerdo con salvedades (visible a folios 231 a 261 del Cuaderno Principal N° 2) y el acuerdo conciliatorio que fue aprobado (visible a folios 29 a 37 del Cuaderno Principal N° 3) impactan las pretensiones y los hechos, el Tribunal, en Auto N° 44 del 31 de enero de 2020 requirió a las partes para que precisaran las pretensiones y hechos que siguen en controversia y que serían respecto de los cuales deberá pronunciarse el Laudo que ponga fin a este proceso. Estos memoriales reposan en el expediente a folios 94 a 102 del Cuaderno Principal N° 3.

5. LAS PRUEBAS.

Con base en las pruebas oportunamente solicitadas por las partes, y en la facultad oficiosa prevista en la ley, el Tribunal decretó las siguientes:

5.1. PRUEBAS DECRETADAS POR SOLICITUD DE LA CONCESIÓN

Todas las documentales aportadas que obran en el expediente.

Los testimonios de Jackeline Torres Ángel, Andrés Figueredo Serpa, José Leonidas Narváez Morales, Alberto Augusto Rodríguez Ortiz, Faby Natalia Caicedo, Carlos Andrés Bravo, Gabriel Eduardo Del Toro Benavides, Mario Andrés Rodríguez Toledo, María Edilma Gaviria Correa, Juan Pablo Ramírez Campos, Jina Paola Piraguta J, Fernando Ortiz Sierra, Juan Carlos Tamayo, Alejandro Correa Restrepo, Camilo Andrés Marín, Isabel Cristina Vásquez Acosta, Andrés Ovidio Restrepo, Gustavo Adolfo Arboleda Mejía, Beatriz Elena Villegas De Bedout y Felipe Pérez David.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

El dictamen pericial de parte de carácter financiero, emitido por el doctor Enrique Villota, "respecto del pago de costos de estructuración y de la terminación anticipada del contrato de concesión No. 006 de 2015."

El oficio a Fiduciaria Bancolombia para que remitiera "La totalidad de los informes radicados en la Agencia Nacional de Infraestructura, en cumplimiento del contrato de fiducia mercantil 8127 suscrito entre la Concesión Cesar-Guajira S.A.S. y la Fiduciaria Bancolombia S.A."

5.2. PRUEBAS DECRETADAS POR SOLICITUD DE LA ANI

Todas las documentales que obran en el expediente.

Los testimonios de Andrés Augusto Becerra Moscoso y Alfredo Coral Triviño.

La declaración del perito Enrique Villota Leguizamón.

Un dictamen pericial de parte de contradicción al suscrito por el Enrique Villota.

La exhibición de documentos por parte de la firma interventora Consorcio CJE Planes y por parte de Concesión Cesar-Guajira S.A.S.

5.3. PRUEBAS DECRETADAS POR SOLICITUD DE LAS DOS PARTES.

Los testimonios de Gabriel Vélez Calderón, Natalia Angélica Campos Salcedo, Diana Ximena Corredor Reyes, Camilo Andrés Jaramillo Berrocal, Juan José Aguilar Higuera, Martín Fernando Parrado Ortiz y Maritza Cubillos Prada.

6. DESARROLLO DE LA FASE PROBATORIA

La fase probatoria se inició el 10 de septiembre de 2019.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Se incorporaron al expediente todos los documentos oportunamente aportados, el dictamen pericial acompañado con la demanda, los recibidos en respuesta a los oficios tramitados, los presentados en desarrollo de la exhibición ordenada y los requeridos a algunos testigos.

El dictamen pericial de contradicción anunciado por la Convocada fue desistido, así como la solicitud de exhibición por parte del Consorcio CJE Planes.

Para efecto de la contradicción del dictamen, el perito Villota asistió a la audiencia de interrogatorio.

Respecto de los testimonios, se recibieron los de los señores Maritza Cubillos, Diana Ximena Corredor, Alfredo Coral Triviño, Juan Carlos Tamayo y María Edilma Gaviria.

Fueron desistidos los de Jackeline Torres Ángel, Andrés Figueredo Serpa, José Leónidas Narváez Morales, Alberto Augusto Rodríguez Ortiz, Faby Natalia Caicedo, Carlos Andrés Bravo, Gabriel Eduardo Del Toro Benavides, Mario Andrés Rodríguez Toledo, Juan Pablo Ramírez Campos, Jina Paola Piraguta J., Alejandro Correa Restrepo, Gustavo Adolfo Arboleda Mejía, Beatriz Elena Villegas de Bedout, Felipe Pérez David, Luis Eduardo Gutiérrez Díaz, Andrés Augusto Becerra Moscoso, Gabriel Vélez Calderón, Natalia Angélica Campos Salcedo, Camilo Andrés Jaramillo Berrocal, Juan José Aguilar Higuera, Martín Parrado, Isabel Vásquez, Andrés Restrepo, Fernando Ortiz y Camilo Andrés Marín.

7. ALEGATOS

En la audiencia llevada a cabo el 14 de febrero de 2020, los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión de los cuales entregaron resúmenes escritos que fueron incorporados al expediente. En la misma audiencia se recibió el concepto final del señor Agente del Ministerio Público.

8. LEY PROCESAL APLICABLE

Analizado el pacto arbitral, y en atención a la fecha de presentación de la demanda, este proceso se rigió por las disposiciones de la Ley 1563 de 2012 y en lo no previsto en

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

ellas por las normas del Código de Procedimiento Civil y el Código General del Proceso.

9. PRESUPUESTOS PROCESALES

El Tribunal de Arbitramento se declaró competente para conocer de las cuestiones sometidas a decisión arbitral; la demanda se ajustó a lo dispuesto por las normas que regulan la materia y no se observa causal de nulidad alguna; las partes son personas jurídicas, cuya existencia y representación están debidamente acreditadas; comparecen al proceso apoderadas por abogados inscritos cuyos documentos de mandato han sido examinados, encontrándose correctos en todo sentido; tienen capacidad jurídica para transigir y las cuestiones sometidas a la decisión del Tribunal son susceptibles de transacción; está debidamente acreditada la existencia de la cláusula compromisoria y del pacto arbitral de 3 de octubre de 2018, y en su momento se cumplió debidamente el trámite para la designación de los Árbitros, quienes aceptaron oportunamente y asumieron sus cargos en legal forma; se cumplieron debidamente todos los trámites del proceso arbitral y se cumplió debidamente con el control de legalidad.

Así las cosas, el Tribunal se encuentra plenamente habilitado para entrar a resolver sobre el fondo de la controversia, como a continuación pasa a hacerlo.

CAPÍTULO II **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Con el fin de decidir en derecho la controversia y visto que el Tribunal encuentra cumplidos los presupuestos procesales y no advierte causal alguna de nulidad, procede a efectuar el estudio de las pretensiones y excepciones de mérito de las partes a la luz de las normas jurídicas aplicables y de las pruebas aportadas al proceso y a dictar el laudo.

Así, el Tribunal determinará la suerte de la demanda arbitral, en atención a los hechos, pretensiones y excepciones del caso, teniendo en cuenta la liquidación de común acuerdo con salvedades, los desistimientos aceptados y la conciliación aprobada, y

según las pruebas y demás elementos de juicio aplicables al presente proceso arbitral. Todo con fundamento en las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la materia.

1. SOBRE LA PRUEBA PRACTICADA

El Tribunal procede a la selección de las pruebas que en su criterio acreditan los supuestos fácticos con que Convocante y Convocada sostienen, respectivamente, sus posiciones litigiosas.

El abundante material probatorio, el Tribunal lo clasifica en relación con los hechos que tienen que ver con los costos de estructuración y los demás costos que componen el ARh en controversia (primas de seguros y comisiones, gestión social, intervenciones ejecutadas y el rubro de operación y mantenimiento, gastos de administración e impuestos).

En lo siguiente, se desarrolla de manera distinguida los diferentes temas, que luego, al entrar al resolver las pretensiones, serán objeto de mención específica en lo que tiene que ver con la convicción que generar en el Tribunal, a fin de configurar la premisa fáctica que sirve de soporte para la aplicación del derecho que corresponde.

1.1. PRUEBAS EN RELACIÓN CON COSTOS Y SUMAS NO DESISTIDAS

Cuando la Concesión presentó escrito mediante el cual reformó la demanda¹ (4 de octubre de 2018) e inclusive, cuando se contestó la referida reforma de la demanda² por parte de la ANI (4 de diciembre de 2018) no se había liquidado bilateralmente el contrato No. 006 de 2015.

En la audiencia celebrada el 5 de abril de 2019 dentro del presente trámite arbitral, la cual tenía por propósito agotar la etapa de conciliación arbitral, las partes aportaron, entre otros documentos:

- Acta de Liquidación Bilateral del contrato 006 de 2015 con salvedades suscrita

¹ Folios 347 – 429 del cuaderno principal No. 1.

² Folios 9 – 106 del cuaderno principal No. 2.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

el 26 de diciembre de 2018 (folios 231 a 260 del cuaderno principal No. 2).

- Fe de erratas al Acta de Liquidación Bilateral suscrita el 6 de marzo de 2019 (folio 261 del cuaderno principal No. 2) y
- 1 CD que obra a folio 69 del mismo cuaderno principal No. 2 en que se aportaron algunos de los anexos del Acta de Liquidación Bilateral con salvedades.

De allí que la controversia inicialmente planteada por las partes ante el Tribunal, haya variado considerablemente en atención a la suscripción del acta bilateral a través del cual se liquidó el contrato.

Dentro de los antecedentes relevantes citados por las partes en el **Acta de Liquidación Bilateral suscrita el 26 de diciembre de 2018**, se destacan los siguientes que obran en el reverso del folio 231 del cuaderno principal No. 2:

*"De acuerdo con la Sección 1.5 de la Parte General del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, el Acta de Liquidación del Contrato **"es el documento que suscribirán el Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI o quien haga sus veces, el Supervisor de la ANI, el Interventor y el Concesionario de acuerdo con lo señalado en este Contrato, en especial en el Capítulo XVIII de esta Parte General, para los efectos previstos en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 (modificado por el artículo 217 del Decreto 19 de 2012) y en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, o las normas que lo modifiquen, complementen o sustituyan.***

(...)

El día 18 de febrero de 2018 fue suscrita el Acta de Reversión y Terminación Anticipada del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, la cual hace parte integrante de la presente Acta por contener una relación de las obligaciones cumplidas y los documentos soporte de las mismas. De acuerdo con lo dispuesto en la Sección 18.1 de la Parte General del Contrato, éste se liquidaría en un término máximo de ciento ochenta (180) Días contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de Reversión, los cuales vencieron el pasado 17 de agosto de 2018.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Teniendo en cuenta los tiempos tomados por la Fiduciaria Bancolombia, el Concesionario, la Interventoría y la ANI para la entrega y/o revisión de información correspondiente a la liquidación -de los cuales da cuenta la correspondencia cruzada entre dichas partes y que integra los argumentos del Concesionario y la Agencia dentro del proceso arbitral en curso-, así como la reforma de demanda arbitral presentada por el Concesionario el día 4 de octubre de 2018 en cuyas pretensiones se incluyó la liquidación del Contrato, y considerando que de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007³ es posible concertar una liquidación bilateral con salvedades, al paso que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han confirmado que es posible su firma durante el desarrollo del proceso arbitral⁴, los suscritos proceden a sentar la presente Acta de Liquidación: (...)"

En el numeral I.XV.V "Consolidación de valores de la referida acta de liquidación (reverso del folio 252 del cuaderno principal No. 2) se incorpora una tabla que consolida la posición económica tanto del concesionario, como de la Interventoría y la ANI frente a cada uno de los conceptos del componente AR_h así:

¹ "ARTÍCULO 11. DEL PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. (...) En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo"

⁴ "Una vez instaurada la demanda (ordinaria o arbitral) y dentro del trámite judicial respectivo, existe la posibilidad legal de que las partes lleguen a un acuerdo y desistan del pleito (Art. 342 C.P.C) (Art. 314 del C.G.P), o de que se celebre una conciliación entre ellos (Arts. 1013 y 104 Ley 446/98) [Artículo 66 del Estatuto de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos], ante el juez de conocimiento y de esta forma se de por terminado el proceso y, más aún, de que las partes celebren un contrato de transacción (Art. 2496 C.C. y 340 C.P.C) [Art. 312 del C.G.P], y de esta manera pongan fin a las diferencias que son motivo del juicio. Por ello, es claro que durante el trámite del proceso, si bien la administración en forma unilateral no puede proceder a la liquidación del contrato por cuanto la competencia fue trasladada por determinación legal en virtud de la demanda instaurada y admitida al juez de conocimiento, por el contrario si resulta procedente la liquidación bilateral o por mutuo acuerdo, bajo cualquiera de las modalidades antes enunciadas". (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Susana Montes de Echeverri, Consulta del Ministro del Interior No. 1417, 25/04/2002, aparte citado en Sentencia de Unificación SU - 174 de 2007, MP. Manuel José Cepeda, nota de pie de página No. 369.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

<i>"I.XV.V Consolidación de valores:</i>			
<i>Concepto</i>	<i>Pretensión Final del Concesionario (Rad. 20184091043182 del 08/10/2018)</i>	<i>Valor Final Validado por el Interventor (Rad.20184091133392 del 30/10/2018, sustentada en Rad. 20184091173792 del 09/11/2018 ajustado mediante Rad. 20184091191102 del 15/11/2018)</i>	<i>Valor Final reconocido por la ANI (Rads. Citados en el núm I.XIV.IV)</i>
<i>Primas de seguros y comisiones</i>	<i>\$2.275.038.817</i>	<i>\$2.265.849.255</i>	<i>\$2.265.849.255</i>
<i>Valor aportes realizados</i>	<i>\$20.253.150.948</i>	<i>\$20.253.150.948</i>	<i>\$20.253.150.948</i>
<i>Costos de Estructuración</i>	<i>\$20.331.109.059</i>	<i>\$4.083.976.899</i>	<i>\$4.083.976.899</i>
<i>Estudios de Trazado y Diseño Geométrico y</i>	<i>\$10.337.850.115</i>	<i>\$10.337.850.115</i>	<i>\$10.337.850.115</i>
<i>Costos de Gestión Social y Ambiental</i>	<i>\$818.700.407</i>	<i>\$818.390.518</i>	<i>\$810.490.518</i>
<i>Costos de Gestión Predial</i>	<i>\$0</i>	<i>\$0</i>	<i>\$0</i>
<i>Valor Intervenciones</i>	<i>\$45.373.172.126</i>	<i>\$10.563.677.630</i>	<i>\$10.453.226.874</i>
<i>Costos de Operación y Mantenimiento, gastos de</i>	<i>\$47.661.538.881</i>	<i>\$37.517.856.408</i>	<i>\$37.031.104.786</i>
<i>Comisiones y otros pagos</i>	<i>\$0</i>	<i>\$0</i>	<i>\$0</i>
<i>Arh</i>	<i>\$147.050.560.353</i>	<i>\$85.840.751.773</i>	<i>\$85.235.649.395"</i>

A su turno, en el numeral XII VALOR COMPONENTE Arh que hace parte del capítulo II LIQUIDACIÓN obrante a folios 253 y 254 del cuaderno principal No. 2, las partes consignaron con mayor detalle las cifras que quedaban en controversia, derivadas de

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

las diferencias entre los valores solicitados por el Concesionario y el reconocimiento efectuado por la Agencia Nacional de Infraestructura así:

CONCEPTO		VALOR SOLICITADO CONCESIONARIO	VALOR A RECONOCER ANI	VALOR EN CONTROVERSA -VER CLAUSULA DÉCIMO NOVENA-	
<i>Se relacionan valores de la variable ARh sin aplicación de la fórmula</i>					
Primas de seguros y comisiones		\$2.275.038.817	\$2.265.849.255	\$9.189.562	
Aportes realizados		\$20.253.150.948	\$20.253.150.948	\$0	
Costos de estructuración. Nota: Se reconocen los previstos en la Sección 3.7 (b) de la Parte Especial correspondiente al contrato interadministrativo con Estudios de trazado y Diseño geométrico y Estudios de detalle		\$20.331.109.059	\$4.083.976.899	\$16.247.132.160	
Gestión Social y Ambiental	Social	Consulta Previa	\$210.342.222	\$210.342.222	\$0
		Gestión Social	\$393.646.153	\$393.336.264	\$309.889
		Ambiental. Nota: Los \$7.900.000 de diferencia entre las dos casillas, correspondientes a la OP 1279, se reconocen en el componente de Operación y Mantenimiento, razón por la cual sobre este monto el Concesionario no hará reclamación.	\$206.812.032 ⁵	\$206.812.032	
	Costos Gestión Predial		\$0	\$0	\$0
Intervenciones Ejecutadas	Gestión Ambiental		\$45.373.172.126	\$981.234.754	\$34.919.945.252
	Prospección Arqueológica			\$38.550.570	

⁵ El valor consignado en esta casilla que obra en el reverso del folio 253 del cuaderno principal No. 2 fue de \$214.712.032, la fe de erratas del folio 261 del mismo cuaderno precisa que el valor correcto es de \$206.812.032.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

		Gestión Predial		\$101.661.495	
		Intervenciones		\$9.331.780.055	
Operación y Mantenimiento, gastos de administración e impuestos	Fondos Rotatorios		\$15.250.564.905		\$3.266.556.275
		Varios		\$11.671.831.795	
		Consulta Previa		\$312.176.835	
		Gastos Honorarios, viajes, herramientas, equipos de oficina, mantenimiento, otros	\$16.053.155.299 ⁶	\$13.042.315.814	\$3.010.839.485 ⁷
		Construcciones El	\$13.450.182.874	\$9.430.470.660	\$4.019.712.214
		Leasing	\$2.432.451.320	\$2.303.664.078	\$128.787.242
		GMF	\$483.084.483	\$270.645.604	\$212.438.879
Comisiones y otros pagos			\$		
TOTAL			\$147.050.560.353	\$85.235.649.395	\$61.814.910.958 ⁸

Mientras que en el parágrafo del mismo numeral XII VALOR COMPONENTE ARh que se verifica a folio 254 del cuaderno se señala:

“PARÁGRAFO: Teniendo en cuenta lo indicado en el numeral I.XIII.III, las Partes convienen que el pago del valor que excede los recursos que se desembolsen en aplicación de la cláusula décimo quinta como abono al VL, no queda definido con la presente Acta de Liquidación, sino que se discutirá en la audiencia de conciliación que se convoque por el Tribunal de Arbitramento.”

⁶ Aunque el valor consignado en esta casilla en el reverso del folio 253 del cuaderno principal No. 2 fue de \$16.045.255.299, la fe de erratas del folio 261 del mismo cuaderno precisa que el valor correcto es de \$16.053.155.299.

⁷ En el mismo sentido, si bien en el reverso del folio 253 del cuaderno principal el valor consignado en esta casilla era de \$3.002.939.485, la citada fe de erratas precisa que este valor asciende a \$3.010.839.485

⁸ Así mismo, aunque el valor consignado a folio 254 del cuaderno principal No. 2 en esta casilla fue de \$77.134.957.144, se introduce el valor de \$61.814.910.958 precisado en la fe de erratas de 6 de marzo de 2019 a folio 261 del mismo cuaderno.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Así las cosas, conforme a los valores consignados en las tablas que anteceden y que, como se ha dicho, hacen parte de los numerales I.XIV.V y XII del Acta de Liquidación Bilateral (el reverso del folio 252 hasta el folio 254 del cuaderno principal No. 2), se evidencia que **en relación con el valor AR_h reclamado por el Concesionario por \$147.050.560.363, las partes llegaron a un acuerdo sobre el monto de \$85.235.649.395, mientras que el valor que no ha sido desistido y que continua en controversia corresponde a la suma de \$61.814.910.958**, siendo uno de los conceptos que integran la referida suma, aquel que corresponde al valor de los costos de estructuración del proyecto que fueron pagados por el Concesionario al originador y adjudicatario del proyecto, esto es a Constructores el Cóndor S.A.

De otra parte, para efectos del pago de la totalidad de la suma de \$85.235.649.395 reconocidos por la ANI como componente del AR_h , con ocasión de lo precisado en el Acta de Liquidación Bilateral, quedaba pendiente definir el pago del valor de los recursos que exceden a los que se encontraban en el patrimonio autónomo.

Adicional a lo anterior, el acta consigna que **las partes continúan en controversia respecto de la aplicación de los componentes de la fórmula de liquidación en el capítulo XIII del acta**, según se evidencia a folios 254 y siguientes del cuaderno principal No. 2 así:

“XIII. CONTROVERSIA EN LA APLICACIÓN DE LOS COMPONENTES DE LA FÓRMULA DE LIQUIDACIÓN

Aunque en el proceso arbitral que hoy en día cursa ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, las Partes han brindado y continuarán fortaleciendo los argumentos que sustentan la controversia existente entre ellas, brevemente se dejará constancia de la misma respecto de la aplicación de los componentes de la fórmula de liquidación que corresponden a $\left(\frac{IPC_{m+l}}{IPC_h}\right) y (1 + TE)^{(m+l-h)}$, de la siguiente manera:

-Para el Concesionario el Mes h aplicable a las variables AR_h , IPC y TE y que determina la fecha de inicio de aplicación de la fórmula de liquidación prevista en la Sección 18.3 (e) de la Parte General del Contrato, corresponde a la fecha en que se haya registrado cada una de las facturas en el Patrimonio Autónomo es decir al momento de su causación, al paso que la ANI y el Interventor consideran que corresponde a la fecha en que se hizo el pago efectivo de cada

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

una de las mismas.

-Para el Concesionario el Mes l aplicable a las variables IPC y TE descritos dentro del Δ de la fórmula de liquidación prevista en la Sección 18.3 (e) de la Parte General del Contrato, debe aplicarse hasta el Mes en que efectivamente se suscriba el Acta de Liquidación, al paso que la ANI considera que dicha fórmula debe aplicarse hasta el Mes de agosto de 2018, mes en que se pactó la suscripción del Acta de Liquidación bilateral y, desde septiembre de 2018 en adelante, únicamente se debe reconocer IPC.

-Dada la controversia de las Partes en el entendimiento de la aplicación de los componentes $\left(\frac{IPC_{m+l}}{IPC_h}\right)y(1 + TE)^{(m+l-h)}$, esta se dirimirá en el marco del proceso arbitral en curso, por lo cual la ANI sólo reconocerá el valor del componente ARh de la fórmula prevista en la Sección 18.3 (e), de acuerdo con a lo previsto en el numeral II.II - VALOR COMPONENTE ARh."

En esa medida, **en relación con la controversia referida a la aplicación de la fórmula de liquidación en lo que tiene que ver con el valor reconocido por la ANI equivalente a \$85.235.649.395, se precisó en ese mismo capítulo XIII del acta:**

-Con relación al valor del componente ARh reconocido por la ANI a favor del Concesionario, éste último manifiesta que renuncia a la aplicación de la fórmula de liquidación prevista en la Sección 18.3 (e) de la Parte General del Contrato, a partir de la fecha de suscripción de la presente Acta de Liquidación. Lo anterior se tendrá en cuenta también para los fines de la cláusula vigésima. Por lo tanto, el Concesionario solo pretenderá, y así lo manifestará ante el Tribunal de Arbitramento, que los componentes $\left(\frac{IPC_{m+l}}{IPC_h}\right)y(1 + TE)^{(m+l-h)}$ se apliquen únicamente hasta la fecha en que se suscriba la presente acta.

(...)

Igualmente, el Concesionario manifiesta que renuncia a la aplicación de la sección 18.4 (b) de la parte general del Contrato de Concesión, en relación con la DTP + 9 puntos efectivo anual, respecto al valor que en la presente acta se reconoce y que excede los recursos disponibles en el Patrimonio Autónomo. Acepta el Concesionario que esta disposición aplicará una vez dicha cifra y sus

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

condiciones de pago sean conciliadas por las partes en el marco del proceso arbitral y cuente con la aprobación respectiva del mismo."

Es así como en la cláusula decima cuarta del acta obrante a folio 255 del cuaderno principal No. 2 se precisa:

"Si Δ es menor a cero (0), entonces $\Delta =$ cero (0)

$$V_{(pc)} = \Delta - (0 + 0) + 0$$

$$\Delta = \sum_{h=1}^{m+l} \left[\$85.235.649.395 - 0 \right] * \left(\frac{IPC_{m+l}}{IPC_h} \right) * (1 + TE)^{(m+l-h)}$$

*De acuerdo con lo expuesto en el numeral II.III de la presente Acta, los componentes $\left(\frac{IPC_{m+l}}{IPC_h} \right) * (1 + TE)^{(m+l-h)}$ quedan en controversia a ser resuelta en el Tribunal de Arbitramento descrito en el numeral I.V de la presente Acta, por lo cual para estos efectos el cálculo del ARh no se verá afectado por valor alguno de estos componentes.*

De acuerdo con lo expuesto

$$VL_{(pc)} = \$85.235.649.395$$

Por lo anterior, el valor de la liquidación del Contrato de Concesión No. 006 de 2015 y reconocido por la ANI a favor del CONCESIONARIO corresponde a la suma de \$ 85.235.649.395 (OCHENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS M/CTE)

PARÁGRAFO PRIMERO. En consideración a la Sección 18.3 (b), las Partes aceptan que, dentro del monto que resultó de la aplicación de la fórmula de liquidación y únicamente en relación con los valores reconocidos por la ANI a favor del Concesionario para el componente ARh -los cuales corresponden a una fracción de la pretensión que este último tiene sobre el referido componente-, se entienden incluidas las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la Terminación Anticipada del Contrato, incluyendo pero sin limitarse

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

al daño emergente, lucro cesante, perjuicios directos e indirectos, presentes y futuros, pérdidas o interrupciones en los negocios, y otros similares. Respecto de los valores y conceptos en los que las Partes no lograron acuerdo y cuyas salvedades se indican en la cláusula decimonovena del presente documento, no aplica lo dispuesto precedentemente.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Se reconoce para pago, como abono al VL, actualmente⁹ \$71.084.597.729,03, de acuerdo con el literal (b) y el parágrafo del numeral de la cláusula quinta ¹⁰ de la presente acta.”

Mientras que, **en relación con la controversia referida a la aplicación de la fórmula de liquidación al valor ARh que las partes determinaron que continuaba en controversia ante el Tribunal Arbitral equivalente a \$61.814.910.958**, en el precitado capítulo XIII del acta las partes afirmaron:

“Lo anteriormente pactado, no aplica respecto del valor del componente ARh no reconocido en la presenta acta, valor sobre el cual en principio se aplicará la fórmula según lo determine el Tribunal de Arbitramento, sin perjuicio del acuerdo conciliatorio que puedan alcanzar las Partes ante el referido Tribunal y/o los recursos de ley que decidan invocar frente a las decisiones que aquél adopte.”

Como consecuencia de los acuerdos a que llegaron las partes en la liquidación, así como los aspectos que se determinaron que continuaban en controversia ante el Tribunal Arbitral, en las clausulas décimo novena y vigésima del Acta de Liquidación Bilateral consignadas en el reverso del folio 256 y en el folio 257 del cuaderno principal No. 2, las partes sostuvieron:

“DÉCIMO NOVENA. CONTROVERSIAS, RECLAMACIONES PENDIENTES Y SALVEDADES: Teniendo en cuenta que respecto del valor previsto en la Sección 3.7 (a) de la Parte Especial actualmente existe una controversia que se está dirimiendo dentro del proceso arbitral descrito en el numeral I.V de la presente Acta, no se efectuará su reconocimiento en ésta Acta de Liquidación, y las Partes

⁹ Originalmente la palabra consignada en este parágrafo segundo era únicamente, no obstante se modifica a actualmente conforme a lo precisado en la fe de erratas de 6 de marzo de 2019 a folio 261 del mismo cuaderno.

¹⁰ En el mismo sentido, originalmente en este parágrafo se referenciaba el numeral XII pero se modifica al literal (b) y el parágrafo del numeral de la cláusula décima quinta, toda vez que el referido parágrafo hacía referencia a los recursos que certificó la Fiduciaria al 20 de diciembre de 2018 conforme a la referida fe de erratas de 6 de marzo de 2019 a folio 261 del mismo cuaderno.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

continuarán dirimiendo su controversia en el referido proceso.

Adicionalmente, teniendo en cuenta el pronunciamiento negativo de la Interventoría para la validación de los conceptos y/o valores que a continuación se enuncian, por los motivos expuestos en el Informe Final de Liquidación entregado por la Interventoría en Rad. 20184091173792 del 9 noviembre y ajustada mediante Rad. 20184091191102 del 15 de noviembre de 2018 -cuya justificación detallada tanto en su contenido como en el disco duro de dichos Informes, se anexa a la presente Acta-, y considerando también los valores en controversia en relación con el componente ARh descrito en el numeral II.II VALOR COMPONENTE ARh, así como los conceptos descritos en el núm I.XIV.IV en lo que atañe con los valores en controversia, las Partes continuarán dirimiendo en el marco del citado Tribunal de Arbitramento las controversias aquí establecidas, las cuales incluyen lo indicado en el numeral II.III - CONTROVERSIA EN LA APLICACIÓN DE LOS COMPONENTES DE LA FÓRMULA DE LIQUIDACIÓN, así como el valor en controversia descrito en la última columna de la Tabla dispuesta en el núm II.II - VALOR COMPONENTE ARh de la presente Acta.

VIGÉSIMA. DESISTIMIENTO EN EL PROCESO ARBITRAL: El Concesionario, dentro de los cinco (5) Días Hábiles siguientes a la suscripción de la presente Acta de Liquidación y en todo caso, antes de la celebración de la Audiencia de Conciliación dentro del proceso arbitral descrito en el numeral I.V de la presente Acta, pondrá en conocimiento de los árbitros la suscripción de la presente Acta con la manifestación expresa de desistir de las pretensiones asociadas al valor que efectivamente desembolse la Fiduciaria el cual se constituirá automáticamente en un abono al VL(c) y que corresponde al componente ARh, incluyendo el desistimiento a la aplicación de la fórmula de liquidación prevista en la Sección 18.3 (e) de la Parte General del Contrato a partir de la fecha de suscripción de la presente Acta de Liquidación, con relación al valor del componente ARh reconocido por la ANI a favor del Concesionario. El citado proceso arbitral solo continuará sobre los asuntos expuestos en las salvedades descritas en la cláusula DECIMO NOVENA de la presente Acta. La ANI coadyuvará el desistimiento del CONCESIONARIO y conjuntamente solicitarán al tribunal de arbitramento abstenerse de condenar en costas o de imponer cualquier otra sanción procesal o pecuniaria derivada del desistimiento.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Igualmente, dentro del mismo término el Concesionario deberá dejar expreso desistimiento en el proceso arbitral sobre la aplicación de la sección 18.4 (b) de la parte general del Contrato de Concesión, en relación con la DTF + 9 puntos efectivo anual, respecto al valor que en la presente acta se reconocería, pero que excede los recursos efectivamente desembolsados por la Fiduciaria que se constituyeron en un abono al VL(c). Lo aquí descrito no aplicará una vez dicha cifra sea aprobada por el Tribunal de Arbitramento que actualmente cursa en la Cámara de Comercio de Bogotá, momento a partir del cual se aplicará lo dispuesto en la sección 18.4 (b) de la parte general del Contrato de Concesión.”

Adicionalmente, la cláusula vigésima tercera consignada en el acta, que se evidencia en el reverso del folio 259 del cuaderno principal No. 2 estableció:

“VIGÉSIMA TERCERA. DECLARACIONES FINALES: La presente Acta de Liquidación produce efectos jurídicos definitivos únicamente en relación con los valores reconocidos por la ANI a favor del Concesionario en la presente acta, respecto de los cuales, la CONCESIÓN CESAR GUAJIRA S.A.S y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA se declaran a paz y salvo por todo concepto derivado de la celebración, ejecución, reversión, terminación y liquidación del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, a excepción de las controversias, reclamaciones pendientes y salvedades descritas en la cláusula décimo novena, las cuales continuarán en el proceso arbitral descrito en el numeral IV de la presente acta, sin perjuicio de conservarse en su integridad lo dispuesto en la cláusula vigésima de esta Acta.

PARÁGRAFO. La liquidación del Contrato de Concesión No. 006 de 2018 fue expuesta ante el Comité de Contratación de la ANI en sesión llevada a cabo el día 26 de noviembre de 2018, Comité que recomendó su suscripción según consta en el Acta correspondiente.”

Ahora bien, **el 25 de noviembre de 2019 las partes suscribieron un acuerdo conciliatorio que obra en los folios 3 a 11 del cuaderno principal No. 3**, en que se consigna:

30 *“Que en el Acta de Liquidación con salvedades en su numeral I.XIII.III, las Partes dejaron claridad que no existió acuerdo sobre el número de cuotas y fechas de pago efectivo en relación con el valor que excede los recursos que se desembolsen sobre el valor reconocido por la ANI al Concesionario; esta*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

misma precisión se hizo en el párrafo del numeral XII "Valor Componente ARh" del Acta de Liquidación, y en el numeral XIII "Controversia en la aplicación de los componentes de la fórmula de Liquidación", dejando claro las Partes que el tema sería resuelto a instancias de la audiencia de conciliación del Tribunal de Arbitramento.

(...)

34. *Que acorde con las previsiones contenidas en la cláusula XIII del Acta de Liquidación, las Partes conservaron como parte de la controversia lo referente al pago del valor que excede los recursos que fueron efectivamente desembolsados sobre el valor reconocido por la ANI al Concesionario, así como la aplicación de los elementos de la fórmula de liquidación y la liquidación de los intereses pactados en el contrato a una tarifa del DTF más nueve puntos porcentuales sobre dicho valor. La controversia sobre este punto únicamente sería excluida y desistida por el Concesionario en el evento en el cual el Tribunal de Arbitramento impartiera su aprobación al acuerdo conciliatorio.*

(...)

36. *Que en la cláusula vigésima "Desistimiento en el Proceso Arbitral" de la mencionada Acta de liquidación, las Partes acordaron:*

"El Concesionario, dentro de los cinco (5) Días Hábiles siguientes a la suscripción de la presente Acta de Liquidación y en todo caso, antes de la celebración de la Audiencia de Conciliación dentro del proceso arbitral descrito en el numeral I. V de la presente Acta, pondrá en conocimiento de los árbitros la suscripción de la presente Acta con la manifestación expresa de desistir de las pretensiones asociadas al valor que efectivamente desembolse la Fiduciaria el cual se constituirá automáticamente en un abono al VL(c) y que corresponde al componente Arh, incluyendo el desistimiento a la aplicación de la fórmula de liquidación prevista en la Sección 18.3 (e) de la Parte General del Contrato a partir de la fecha de suscripción de la presente Acta de Liquidación, con relación al valor del componente Arh reconocido por la ANI a favor del Concesionario.. El citado proceso arbitral solo continuará sobre los asuntos expuestos en las salvedades descritas en la cláusula DECIMO

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

NOVENA de la presente Acta. La ANI coadyuvará el desistimiento del CONCESIONARIO y conjuntamente solicitarán al tribunal de arbitramento abstenerse de condenar en costas o de imponer cualquier otra sanción procesal o pecuniaria derivada del desistimiento".

- 37. Que los días 27 y 28 de diciembre de 2018, la Fiduciaria, en cumplimiento de lo dispuesto en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, giró a favor del Concesionario la suma de \$70.113.783.646,88, dicho giro lo hizo con los excedentes de las subcuentas de la Cuenta ANI y las Subcuentas de Predios, Compensaciones Ambientales y Redes tal y como lo informó a la Agencia Nacional de Infraestructura mediante comunicación No. 2019-409-000504-2 del 3 de enero de 2019.*
- 38. Que el día 8 de enero de 2019, la Fiduciaria, en cumplimiento de lo dispuesto en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, giró a favor del Concesionario la suma de \$4.260.807,39, tal y como lo informó a la Agencia Nacional de Infraestructura mediante comunicación No. 2019-409-004391-2 del 16 de enero de 2019.*
- 39. Que el día 14 de enero de 2019, la Fiduciaria, en cumplimiento de lo dispuesto en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, giró a favor del Concesionario la suma de \$461.996.308, tal y como lo informó a la Agencia Nacional de Infraestructura mediante comunicación No. 2019-409-004393-2 del 16 de enero de 2019, por concepto de excedentes de la Cuenta Proyecto que son de propiedad del Concesionario y los cuales, de conformidad con lo dispuesto en el literal (a) numeral 1 de la cláusula décima quinta del acta de liquidación, no se consideran como saldo disponible para efectos de la aplicación de la Sección 18.4(b) de la Parte General del Contrato de Concesión, de manera que esta cifra no suma al valor reconocido por el factor Arh de la fórmula de liquidación*
- 40. Que el valor total girado por la Fiduciaria a la Concesión Cesar Guajira ascendió a la suma de \$70.696.101.133,95.*
- 41. Que en cumplimiento de la cláusula vigésima del Acta de Liquidación con salvedades, la apoderada del Convocante (Concesión Cesar-Guajira S.A.S) mediante memorando del 5 de marzo de 2019, presentó escrito de*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

desistimiento, precisando que se desistía de las cifras efectivamente desembolsadas por Fiduciaria Bancolombia a la Concesión Cesar - Guajira S.A.S., igualmente se desistió de la aplicación de la fórmula de liquidación prevista en la Sección 18.3 (e) de la Parte General del Contrato a partir del 26 de diciembre de 2018, solo en relación al valor del componente ARh reconocido por la ANI a favor del Concesionario, valor que corresponde a la suma de \$ 85.235.649.395, quedando como parte de la controversia la aplicación de los componentes de la fórmula por la cifra indicada hasta el 26 de diciembre, incluido. Finalmente, se desistió de la aplicación de la Sección 18.4 (b) de la Parte General del Contrato de Concesión, en relación con la DTF + 9 pímíos efectivo anual, respecto al valor pendiente de pago de la suma reconocida en el Acta de Liquidación del 26 de diciembre de 2018, siempre y cuando sobre dicha cifra las Partes alcancen un acuerdo conciliatorio al respecto y éste sea aprobado por el Tribunal de Arbitramento.

42. *Que a la fecha las Partes no han alcanzado un acuerdo conciliatorio en relación con el pago del valor que excede los recursos que fueron efectivamente desembolsados sobre el valor reconocido por la ANI al Concesionario, razón por la cual dicha cifra continua en controversia en el Tribunal de Arbitramento, la cual no solo impacta el valor efectivamente reconocido y aún pendiente de pago, sino que este afecta el reconocimiento de los demás componentes de la fórmula de liquidación, así como la causación de los intereses pactados en la Sección 18.4(b) de la Parte General del Contrato (DTF + 9%), los cuales son igualmente parte de la controversia que se discute en el Tribunal de Arbitramento.*
43. *Que de conformidad con lo previsto en las disposiciones legales sobre presupuesto de rentas y recursos de capital y de apropiaciones es viable efectuar el pago de las obligaciones correspondientes a Contratos de Concesión a cargo de la Agencia contenidas en sentencias y conciliaciones, a través de bonos y títulos de deuda pública: "(...) La Nación podrá reconocer como deuda pública las obligaciones a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura y del Instituto Nacional de Vías, surgidas de los contratos de concesión por concepto de (...) sentencias, conciliaciones (...); en estos casos serán reconocidas mediante la emisión de bonos u otros títulos de deuda pública en condiciones de mercado, para lo cual deberá surtirse el procedimiento previsto en el artículo 29 de la Ley 344 de 1996 y sus normas*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

reglamentarias, en lo pertinente".

44. *Que conforme al artículo 29 de la Ley 1940 de 2018, la representación legal y la ordenación del gasto del servicio de la deuda están a cargo del Ministro de Hacienda y Crédito Público o de quien este delegue, según las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto. Adicionalmente, según el artículo 29 de la Ley 344 de 1996 "El Ministro de Hacienda podrá reconocer como deuda pública las sentencias y conciliaciones judiciales. Cuando las reconozca, las podrá sustituir y atender, si cuenta con la aceptación del beneficiario, mediante la emisión de bonos en las condiciones de mercado que el gobierno establezca y en los términos del Estatuto Orgánico del presupuesto".*
45. *Que de acuerdo con el Acta de Liquidación suscrita por las Partes el 26 de diciembre de 2018, sobre el componente de Operación y mantenimiento, gastos de administración e impuestos, se dejaron varias salvedades en relación con los costos no reconocidos entre los cuales se encuentran el gravamen al movimiento financiero (GMF) por valor de \$212.438.879.*

(...)

2. ACUERDO CONCILIATORIO

CLÁUSULA PRIMERA: Las partes, en cumplimiento de lo establecido en el numeral XIII del Acta de Liquidación con Salvedades suscrita el 26 de diciembre de 2018, y en consideración a lo expuesto en las consideraciones del presente acuerdo en especial a lo consignado en los numerales 27, 34, 36, 43 y 44 anteriores, acuerdan conciliar parcialmente el monto de la suma sometida a conocimiento del Tribunal de Arbitramento a través de la demanda radicada el 24 de Noviembre de 2017 y reformada el 4 de Octubre de 2018, para lo cual la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA cancelará a la CONCESIÓN CESAR GUAJIRA S.A.S. la suma de CATORCE MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y UN PESOS CON CINCO CENTAVOS M/CTE (\$14.539.548.261,05).

CLÁUSULA SEGUNDA: Para efectos de lo anterior, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA pagará a la CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S, la suma de CATORCE MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

OCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y UN PESOS CON CINCO CENTAVOS M/CTE (\$14.539.548.261,05) correspondiente a la variable ARh del Contrato de Concesión sin aplicación de fórmula para lo cual hará uso de títulos de tesorería TES; la CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S. autoriza mediante el presente documento a la Agencia Nacional de Infraestructura, a proceder con dicha modalidad de pago y, atendiendo la solicitud expresada por el Concesionario, los citados títulos se transferirán a CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. como titular del endoso.

CLÁUSULA TERCERA: El CONCESIONARIO, con la ejecutoria del auto del TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO mediante el cual se aprueba el Acuerdo Conciliatorio, radicará un escrito mediante el cual desiste de la aplicación de lo dispuesto en la Sección 18.4 (b) de la Parte General del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, en relación con la DTF + 9 puntos efectivo anual únicamente respecto de la suma señalada en la cláusula primera de este acuerdo.

CLÁUSULA CUARTA: El CONCESIONARIO desiste en el Tribunal de Arbitramento que cursa en la Cámara de Comercio de Bogotá bajo el radicado 5504 del cobro de la suma asociada al Gravamen de Movimiento Financiero en los términos reservados en el Acta de Liquidación del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, suscrita por las Partes el 26 de diciembre de 2018, que corresponde a la cifra de DOSCIENTOS DOCE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS (\$212.438.879).

CLÁUSULA QUINTA: Las demás controversias sometidas a conocimiento del Tribunal de Arbitramento continuarán sometidas a la decisión de los árbitros y no se afectan por el Acuerdo aquí suscrito."

Mediante auto No. 41 de 3 de diciembre de 2019 consignado a folios 43 y 44 del cuaderno principal No. 3, se solicitó a las partes que aclaran las razones y demás aspectos relevantes relacionados con el acuerdo conciliatorio de 25 de noviembre de 2019, razón por la cual, a folios 69 a 73 del referido cuaderno principal No. 3 se allegó **escrito de 9 de diciembre de 2019 suscrito por los apoderados de ambas partes, en que se precisó al Tribunal:**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

“En cumplimiento de lo dispuesto en el Acta de Liquidación, Fiduciaria Bancolombia procedió a trasladar a la Concesión Cesar Guajira S.A.S., pagos¹¹ por valor de \$70.696.101.133,95, tal y como se consignó en el numeral 40 del Acuerdo Conciliatorio presentado para aprobación del honorable Tribunal de Arbitramento.

De acuerdo con todo lo expuesto se concluye entonces que la diferencia del valor reconocido y el efectivamente pagado por Fiduciaria Bancolombia y que corresponde a la suma de \$14.539.548.261,05, se encuentra en controversia, dado que las Partes en el Acta de Liquidación Bilateral con salvedades reconocieron expresamente que no alcanzaron acuerdo sobre el número de cuota y la forma de pago, adicionalmente que la forma de pago de dicho valor no quedó definida en la citada Acta de Liquidación; adicionalmente, hace parte de las pretensiones del Concesionario el reconocimiento efectivo y pago de todos los costos y gastos incurridos en la ejecución del Proyecto; por lo cual el pago de este valor sigue siendo objeto de la controversia arbitral, hace parte de las pretensiones formuladas en la reforma de la demanda presentada el 4 de octubre de 2019, y en consecuencia es susceptible de ser conciliado tal y cómo se hizo en el Acuerdo Conciliatorio presentado al Tribunal de Arbitramento.

2. Cómo se llega a esos valores

Como se explicó en el numeral anterior, la cifra de \$14.539.548.261,05 se obtiene de la diferencia entre el valor efectivamente reconocido a favor de la Concesión Cesar Guajira S.A.S., en el Acta de Liquidación Bilateral con salvedades por valor de \$85,235.649.395, y el valor efectivamente pagado por Fiduciaria Bancolombia, en cumplimiento de dicha Acta de Liquidación, en el cual de acuerdo con los Valores acumulados, tal y como se detalla en los numerales 37,38 y 39 del Acuerdo Conciliatorio suscrito por las Partes y presentado al Tribunal de Arbitramento, ascendieron a la cifra \$70.696.101.133,95.

Hecha la operación de resta de los valores indicador, arroja la cifra de \$14.539.548.261,05 como valor pendiente de pago, y aun en controversia en relación con el número de cuota, fechas de pago y pago, conforme se dispuso en los numerales I.XIII.III y Parágrafo del numeral XII del Acta de Liquidación

¹¹ Favor remitirse a los numerales 37, 38 y 39 del Acuerdo Conciliatorio suscrito por las Partes y presentado al Tribunal de Arbitramento.

Bilateral con Salvedades.

Por lo anterior, se determinó que el valor sujeto a conciliación entre las partes asciende a la suma de \$14.539.548.261,05.

3. Qué rubros comprenden estos valores

Los rubros que comprenden estos valores hacen parte de los costos efectivamente reconocidos por la Interventoría y la ANI en el Acta de Liquidación, tal y como se detallan todas las Ordenes de Operación que se anexan al Acta de Liquidación Bilateral con Salvedades que obra en el proceso aportada por las partes en audiencia del 5 de 2019 (sic)

*Dado que la cifra de \$14.539.548.261,05, es producto de la resta entre el valor reconocido y el efectivamente pagado por Fiduciaria Bancolombia, no es posible determinar al Tribunal de Arbitramento cuales son las Ordenes de Operación que comprenden dicho valor, sin embargo es claro, que este valor hace parte de las Ordenes de Operación reconocidas por la Interventoría y la ANI, pero que no fueron pagadas con los recursos disponibles en el Patrimonio Autónomo como ya se explicó, pero que **Se** conservan en controversia en relación con la forma de pago tal y como se consignó en los numerales I.XIII.III y Parágrafo del numeral XII del Acta de Liquidación Bilateral con Salvedades.*

(...)

5. Si con ese valor conciliado, no queda diferencia pendiente de resolver a cargo del Tribunal sobre excedentes, limitándose el tema litigioso al Valor de estructuración. En caso negativo qué queda pendiente frente a la pretensión, sus conceptos y valores.

El presente Acuerdo Conciliatorio solo comprende lo relacionado con la forma de pago de los \$14.539.548.261,05, que corresponden al valor pendiente de pago de lo ya reconocido en el Acta de Liquidación pero en el cual no se logró consenso sobre el número de cuotas y la forma de pago tal y como se consignó en los numerales I.XIII.III y Parágrafo del numeral XII del Acta de Liquidación Bilateral con Salvedades.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Adicionalmente, el Concesionario desistirá de la aplicación de lo dispuesto en la Sección 18.4(b) de la Parte General, el cual se refiere al reconocimiento que debe hacer la ANI de intereses remuneratorios a la tasa del DTF + 9 puntos efectivos anuales sobre el valor pendiente de pago.

Se suma a los desistimientos del Concesionario, condicionado a la aprobación del presente Acuerdo Conciliatorio el valor pretendido en la reforma de la demanda por concepto de Gravamen de Movimiento Financiero en los términos reservados en el Acta de Liquidación con salvedades y que ascienden a la cifra de \$212.438.879 pesos.

Una vez aprobado el Acuerdo Conciliatorio, el Concesionario continuará con su pretensión de reconocimiento de todos los demás Componentes de la reforma de la Demanda presentada el 4 de octubre de 2018, dicha pretensión desde luego involucra las salvedades plasmadas en el acta de liquidación - cláusula décimo novena.

De igual manera, no sobra precisar que de aprobarse el Acuerdo Conciliatorio presentado al Tribunal de Arbitramento, se presenta un beneficio para la ANI de \$1.964.686.346 por concepto del desistimiento del DTF + 9 sobre el valor pendiente de pago del Acta de Liquidación Bilateral de acuerdo con lo establecido en la cláusula TERCERA del Acuerdo Conciliatorio, adicionalmente de \$212.438.879 pesos por concepto del desistimiento al Gravamen de Movimiento Financiero en los términos del acuerdo CUARTO, ello suma un beneficio total para la ANI por concepto de desistimiento de ser aprobado el Acuerdo Conciliatorio de \$2.177.125.228."

De allí que mediante auto No. 42 de 10 de diciembre de 2019 que obra a folios 78 a 79 del cuaderno principal No. 3, este Panel Arbitral haya resuelto:

"Estudiado el ACUERDO CONCILIATORIO CONTRATO DE CONCESIÓN No. 006 DE 2015 - PROYECTO CESAR GUAJIRA CELEBRADO ENTRE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA Y LA CONCESIÓN CESAR GUAJIRA S.A.S., de fecha 25 de noviembre de 2019, leído el memorial con que las partes responden a los interrogantes planteados por el Tribunal en relación con el mismo y, conocida la posición del Ministerio Público sobre el particular, se puede concluir que:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

1. - Que el valor que se concilio está avalado por la Interventoría.
2. - Que el valor corresponde a una suma que la ANI reconoce deber en el Acta de Liquidación de Común Acuerdo con Salvedades.
3. - Que la razón por la cual mantiene su situación litigiosa es porque los recursos existentes en la fiducia no alcanzaron a cubrir el importe del valor reconocido, quedando un saldo insoluto sobre el que no existió acuerdo previo a esta conciliación respecto del número de cuotas y forma de pago de la obligación reconocida.
4. - Conforme a lo previsto en el contrato fuente de las obligaciones que se concillan, existe la obligación de reconocer y pagar intereses a cargo del deudor, para el evento origen de la conciliación, del DTF + 9.

Enmarcado en esas consideraciones se presenta el acuerdo conciliatorio, y la razón por la cual se expone a consideración y aprobación del Tribunal es que por ser un tema litigioso, existe competencia arbitral para pronunciarse sobre el mismo que, parcialmente, cierra un tema sometido a controversia.

Adicionalmente, está probado que la ANI sometió a consideración del Comité de Conciliación y Defensa Jurídica la conciliación sobre la que le corresponde decidir al Tribunal, obteniendo la aquiescencia del Comité a los términos de la conciliación.

En estas condiciones, el Tribunal considera que puede proceder a aprobar al acuerdo conciliatorio teniendo en cuenta que no se trata de una obligación de existencia discutida, sino de pago pendiente.

Efectivamente el recaudo de la obligación podría haberse hecho mediante el medio de control correspondiente, sin embargo, la parte convocante lo mantiene como tema litigioso, por lo cual el Tribunal tiene competencia para pronunciarse sobre la conciliación propuesta.

La conciliación no entraña un análisis de conceptos de origen de la obligación, pues dicho estudio fue realizado por la interventoría sin que medie reparo sobre

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

la existencia y valoración de la obligación, así que, quedando simplemente pendiente el pago de la obligación reconocida en el Acta de Liquidación de Común Acuerdo con Salvedades, lo que las partes exponen ante el Tribunal es una forma de pagar la obligación.

El acuerdo representa un indudable beneficio para la parte pública convocada ante el Tribunal, pues se ahorra el interés causado lo que representa un costo evitado al erario público.

Por último, el Tribunal precisa que por tratarse de un acuerdo parcial, el proceso habrá de seguir respecto de las pretensiones no conciliadas.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal de Arbitramento instalado para resolver las diferencias existentes entre CONCESIÓN CESAR - GUAJIRA S.A.S., como parte convocante y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI como parte convocada, por medio del presente

RESUELVE:

Primero.- Aprobar el ACUERDO CONCILIATORIO CONTRATO DE CONCESIÓN No. 006 DE 2015 - PROYECTO CESAR GUAJIRA CELEBRADO ENTRE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA Y LA CONCESIÓN CESAR GUAJIRA S.A.S. de fecha 25 de noviembre de 2019.

Segundo.- Seguir adelante con el presente proceso respecto de las pretensiones no conciliadas."

En esa medida, con ocasión del desistimiento de algunas pretensiones y en atención a la voluntad de partes expresadas ante el Tribunal, en los términos de las pretensiones y excepciones invocadas **la controversia se centra en resolver:**

1. Si debe reconocerse al concesionario las sumas objeto de reclamación pendientes de reconocer del componente AR_h de la fórmula de liquidación anticipada del contrato, dentro de la cual se incluye el valor de los costos de estructuración.

Teniendo en cuenta para efecto de resolver las pretensiones referidas al componente AR_h, el Tribunal debe restar a la pretensión primera condenatoria, los

valores expresados en el memorial de aclaración del desistimiento en que las cifras se refieren a lo reconocido en el Acta de Liquidación Bilateral y la suma de \$212.438.879, esto es el valor consignado en la cláusula cuarta del acuerdo conciliatorio de 25 de noviembre de 2019, que el Concesionario manifestó que era objeto de desistimiento.

2. **La aplicación de los componentes de la fórmula de liquidación por la existencia de posiciones contrapuestas consignadas en el capítulo XIII del Acta de Liquidación Bilateral**, respecto de lo cual debe diferenciarse:

- a. **La aplicación de los componentes de la fórmula respecto de las sumas que fueron reconocidas por la ANI** en el Acta de Liquidación Bilateral en relación con el componente AR_h en valor de \$85.235.649.395.

Siendo importante tener en cuenta que en relación con la cifra de **\$14.539.548.261,05 que se obtiene** de la diferencia entre el valor efectivamente reconocido a favor de la Concesión Cesar Guajira S.A.S., que como arriba se manifestó hace parte de la aclaración al desistimiento en referencia al de Liquidación Bilateral con salvedades por valor de \$85,235.649.395, y el valor efectivamente pagado por Fiduciaria Bancolombia, conforme se determinó en el acuerdo de conciliación de 25 de noviembre de 2019, sobre el cual no debe aplicarse la DTP+9 puntos efectivo anual.

- b. La aplicación de los componentes de la fórmula a las sumas del componente AR_h que NO fueron objeto de desistimiento.

Acotado lo anterior pasa el Tribunal a referirse a las pruebas a tenerse en cuenta para resolver la controversia previamente fijada:

1.2. CONTROVERSIA REFERIDA A LAS SUMAS NO RECONOCIDAS AL CONCESIONARIO PARA EL COMPONENTE AR_h

A folios 476 a 512 del cuaderno de pruebas No. 1 obra el **“ACTA DE OCURRENCIA DE UNA CAUSAL DE TERMINACIÓN ANTICIPADA E INICIO DE ETAPA DE REVERSIÓN CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 006 DE 2015 “PROYECTO**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

CESAR – GUAJIRA” CELEBRADO ENTRE LA ANI Y CONCESIÓN CESAR – GUAJIRA S.A.S.”
suscrita el 10 de julio de 2017 en cuyo considerando 5 a folio 477 se estipula:

“5. El Proyecto actualmente se encuentra en Fase de Construcción y, considerando que de acuerdo con el Plan de Obras y la ejecución adelantada hasta el momento, no se ha suscrito ninguna Acta de Terminación de Unidad Funcional, el cien por ciento (100%) del Recaudo de Peaje de las Estaciones de Rincón Hondo, San Diego y Río Seco fondea la Subcuenta Autónoma de Soporte, tal como así lo prevé la Sección 3.15 (h) (v) de la de la Parte General modificada por el Otrosí No. 9. De conformidad con la misma Sección, numeral (2), los recursos de la Subcuenta Autónoma de Soporte se destinan conforme a lo establecido en la Sección 3.2 para atender los riesgos compartidos en la porción a cargo de la ANI o asignados en su totalidad a la ANI.”

A su turno, el capítulo III.V Oportunidad para Declarar la Causal de Terminación e iniciar la Etapa de Reversión, de los considerandos de la misma acta, a folio 508 se precisa:

“Conforme a lo anterior, también debe entenderse que el inicio de la Etapa de Reversión previsto en las Secciones 1.60 y 2.5 (a) (iii) de la Parte General, comienza a partir de que se declare la ocurrencia de una causal de Terminación Anticipada.

En este sentido, la presente Acta no constituye la declaratoria de Terminación Anticipada del Contrato, pues esta se entenderá ocurrida cuando finalice la Etapa de Reversión de conformidad con las Secciones precedentemente citadas. Este entendimiento también será recogido con más detalle en el Otrosí No. 10 del Contrato”

Mientras que en el capítulo III.VI del acta, obrante a folio 511 se concluye:

*“III.VI Conclusión respecto del Análisis de suficiencia de los
Mecanismos para la Compensación del Riesgo*

En consideración a la materialización del riesgo de no recaudo en la Estación de Peaje de Río Seco, habiendo transcurrido más de noventa (90) Días desde el día 16 de febrero de 2017 sin que se operara dicha Estación, en los términos de la Sección 3.4 (g) (i) de la Parte General, el Acta de Entendimiento de 9 de marzo

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

de 2017, con un VPRP superior al 30% sobre el VPIP original regulado en la Sección 3.4 (h) (iv) y (v), y considerando los escenarios evaluados en la presente Acta, se concluye que los Mecanismos para la Compensación por Riesgo establecidos en la Sección 3.2 de la Parte General son insuficientes para compensar los riesgos activados en el Proyecto, de manera que en el marco de los tiempos regulados en las Secciones 17.1, 1.129, 1.146 y 9.7(a) y (e) de la Parte General, y dando aplicación a la Sección 17.2 (b) (iii) y (iv) de la misma Parte, es procedente la declaratoria de ocurrencia de una causal de Terminación Anticipada del Contrato y consecuentemente el inicio de la Etapa de Reversión.

V. Por su relevancia, la presente Acta se presentó ante el Comité de Contratación de la ANI en sesión llevada a cabo el día diez (10) de Julio de 2017, Comité que recomendó su suscripción según consta en el Acta correspondiente".

Consecuencia de lo cual, el capítulo IV de declaraciones de dicha acta a folios 512 y 513 es del siguiente tenor:

“PRIMERO. Las Partes aceptan la ocurrencia de la causal de Terminación Anticipada del Contrato prevista en la Sección 17.2 (b) (iii) y (iv), consistente en la ocurrencia del evento previsto en la Sección 3,4 (g) (i) por un término superior al establecido en la Sección 3.4 (h) (iii), considerando que no fue posible la operación de la Estación de Peaje de Río Seco desde el día 16 de febrero de 2017, materializándose un riesgo a cargo de la ANI que no puede ser compensado mediante los Mecanismos para la Compensación del Riesgo establecidos en la Sección 3.2 de la Parte General, toda vez que se comprobó la insuficiencia de estos.

SEGUNDO. Se da inicio a la Etapa de Reversión y de conformidad con lo dispuesto en la Sección 9,7 de la Parte General, a partir de la fecha de suscripción de la presente Acta el Concesionario y el Interventor dan inicio a la verificación final del Proyecto con el fin de proceder a la Reversión y a la Terminación Anticipada del Contrato.

*TERCERO. Considerando que el Proyecto finalizará con base en la ocurrencia de una causal de Terminación Anticipada, en el marco de la verificación de que trata la declaración anterior, las Partes **celebrarán un Otrosí, en el cual se recojan***

modificaciones o aclaraciones contractuales necesarias para la Etapa de Reversión, la Terminación Anticipada y/o la Liquidación del Contrato.

CUARTO: De conformidad con lo previsto en el literal (f) de la Sección 12.3 del Contrato Parte General en concordancia con la notificación de que trata el art. 1060 del Código de Comercio, el Concesionario presentará dentro de un término no superior a diez Días una certificación expedida por las compañías aseguradoras en la que conste que conocen y aceptan la presente Acta."

JUAN CARLOS TAMAYO SIERRA quien fungió como **Director técnico de Concesión Cesar – Guajira del Contrato No. 006 de 2015** y actualmente trabaja para Construcciones el Cóndor, refirió en su declaración rendida el 9 de octubre 2019 las razones que dieron lugar a la terminación anticipada del contrato y la fase en que se encontraba el mismo:

"DRA. MIER: ¿Sabe usted las razones o puede ilustrar al Tribunal sobre las razones que llevaron a las partes a terminar anticipadamente este contrato?"

SR. TAMAYO: Sí, nosotros durante el proceso de ejecución del contrato, digamos él llevaba un ciclo normal, se hizo la etapa de estudios y diseños, se inició la etapa de construcción de la Unidad Funcional I, se inició la construcción y operación de los peajes tanto del peaje que ya estaba actualmente que era el peaje San Juan como de los peajes nuevos, se montaron las estaciones de recaudo provisionales, pero lamentablemente hacia el departamento de la Guajira no se presentó una acogida por parte de las comunidades y el sector transportador y desde la región, lo cual llevó a manifestaciones de paros, bloqueos, esto incurrió en acciones de solicitudes de requerimientos, tutelas y dentro de estos procesos también vincularon por la no operación de los peajes de Cuestesitas y en especial el peaje de Río Seco vincularon a los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada y a una comunidad afro que se llama, se me fue el nombre ya, los aticos, Camilo... la comunidad afro.

Iniciando pues los procesos con la comunidad afro, nosotros hicimos el proceso de consulta, se llegó a cierre sin acuerdos pero con las comunidades indígenas no se pudo ni iniciar el proceso porque ellos no estaban interesados en que la Concesión estuviera y mucho menos en el mantenimiento; y, adicional el gremio transportador y el gremio digamos de apolíticos al proceso de la Concesión Cesar

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

– Guajira en la Guajira no permitió pues el desarrollo de las actividades, eso significaba que, se perdía el equilibrio del contrato por la no operación de la totalidad de los peajes teniendo en cuenta que el contrato... ya había tenido que dejar o abandonar dos peajes que era el peaje de Urumita y el peaje de Cuestecitas durante el proceso pues de la etapa de construcción y operación.

Pero, el último peaje que era Río Seco, si finalmente no se podía llevar a su operación perdía el equilibrio el contrato y eso nos llevó pues a la causal de terminación del contrato como tal.

DRA. MIER: Sólo para que ubiquemos al Tribunal temporalmente, entiendo que usted está vinculado a la Concesionaria desde el inicio del contrato.

SR. TAMAYO: Sí.

DRA. MIER: ¿En tiempos, eso cómo ocurrió?, el contrato se inició, hicieron diseños, qué sucedió, como para que ubiquemos al Tribunal temporalmente en cómo fueron las afectaciones.

SR. TAMAYO: Las etapas del contrato era, el inicio, durante ese primer año se hacían los estudios y diseños, y la operación y mantenimiento del corredor vial; una vez concluidos los primeros estudios y diseños que hacían parte de la primera unidad funcional el contrato permitió establecer el acta de inicio de la etapa de construcción de la primera unidad funcional una vez cumplido todos los requerimientos de los estudios y diseños.

Una vez se empezaba a ejecutar la etapa de construcción, la primera unidad funcional paralelamente se seguía ejecutando la totalidad de los estudios y diseños y obviamente venían los procesos de cerrar consultas previas para obtener las licencias ambientales de las unidades funcionales restantes, si mal no recuerdo, la unidad funcional 4 se llamaba esa; pero, pues eso significó también que paralelamente como estamos en operación y mantenimiento, la no operación del peaje generaba el desequilibrio del contrato.

DRA. MIER: Es decir, ¿estábamos en etapa de construcción cuando el contrato terminó?

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

SR. TAMAYO: Sí.

(...)

DRA. MIER: *Quiere informar al Tribunal y yo quiero que sea muy preciso, ¿cuándo se dieron cuenta las partes de que no podían seguir ejecutando el contrato y cómo llegaron a ello? ¿Qué tuvieron que hacer? ¿hubo mesas de trabajo? ¿quién le preguntó a quién? ¿cómo hizo esa concertación para poder llegar a la terminación del contrato?*

SR. TAMAYO: *El contrato establecía unos tiempos pactados y dentro de esos tiempos pactados se deberían suplir cada uno de los requerimientos que se tenían pues para llegar a feliz término y el inicio de cada una de las unidades funcionales y de la operación de los peajes, teniendo en cuenta eso llegó un momento donde en una primera parte la no operación de los peajes de Cuestecita y Urumita llevó a que las partes se tuvieran que sentar, llamo las partes interventoría, ANI y concesionario, a revisar cómo se podía sacar el proyecto sin embargo a flote y eso llevó también a establecer unos requerimientos mínimos porque se tuvo que hacer una modelación nueva durante el proceso y dentro de esa modelación lo que se evidenciaba era que si dos de los peajes estaban afectando el cierre financiero del proyecto, no tener otro peaje dentro de la operación afectaba totalmente el cierre financiero y no había justificación alguna sobre todo económica para poder continuar con el proyecto y lamentablemente pues así se dio.*

Fue tanta la presión de las comunidades y la falta de apoyo político, y lo digo explícitamente, algunas concertaciones que hizo también la ANI que llevó a que el contrato fracasara totalmente porque, digamos, que la ANI tuvo también sentarse con unas comunidades en Fonseca Guajira, si mal no recuerdo, donde finalmente se dieron casi que las pretensiones que tenían esas comunidades y ya eso llevó a que no pudiéramos operar el peaje porque nosotros hicimos todo lo necesario, tuvimos apoyo de la fuerza pública, tratamos de hacer lo que medianamente ya más no podíamos para operar el peaje, pero lamentablemente pues hasta ahí llegamos.

DRA. MIER: *Una vez tomada esa decisión, ¿cómo se surtió el proceso de entrega de las obras hasta llegar a firmar el acta de terminación?, si es que la hubo.*

SR. TAMAYO: *Nosotros igual siempre estuvimos documentando todo lo que nos estaba sucediendo, como concesionario le informábamos a la ANI y le informábamos a la interventoría cada uno de los pasos que estaban sucediendo, y adicional la ANI y la interventoría también nos acompañaban, caso de las reuniones que teníamos con las comunidades indígenas, con las comunidades afro ellos siempre estuvieron presentes y teniendo en cuenta toda esta serie de documentaciones que fuimos entregando y que se fueron soportando y que al final llevaron al no cierre financiero del proyecto y a que no se pudiera llevar la operación ni la construcción de la Concesión César Guajira, pues se determinó mediante un acta que se pactó entre todas las partes.*

DRA. MIER: *¿Terminar el contrato?*

SR. TAMAYO: *Exactamente, el acta tenía un nombre largo, acta de causal de terminación anticipada."*

Ante la ocurrencia de una causal de terminación anticipada del contrato, cabe citar lo previsto a folio 289 **del cuaderno de pruebas No. 1 en que obra el contrato parte general**, que precisa:

"CAPÍTULO XVII TERMINACIÓN DEL CONTRATO

17.1 Ocurrencia

El presente Contrato terminará cuando finalice la Etapa de Reversión, lo cual ocurrirá a más tardar al vencimiento del Plazo Máximo de la Etapa de Reversión.

17.2 Causales de Terminación Anticipada del Contrato

El presente Contrato terminará de manera anticipada en los siguientes casos:

(...)

(b) Por las siguientes causas no imputables a ninguna de las Partes, en cualquiera de las Etapas del Contrato:

(...)

(iii) Por solicitud de cualquiera de las Partes ante la ocurrencia del evento previsto en las Secciones 3.4(g), 3.4(i), 3.17, 7.2 (e) 7.4, 8.1 (f) 8.2(j)8.3 y 14.2 (h) de esta Parte General, siempre y cuando los Mecanismos para la Compensación por Riesgos de que trata la Sección 3.2(b) resulten insuficientes para compensar el valor de los riesgos materializados.

(iv) En caso de la materialización de un riesgo a cargo de la ANI que no pueda ser compensado mediante los mecanismos establecidos en la sección 3.2 de esta Parte General."

A folios 291 del cuaderno de pruebas No. 1, el Contrato Parte General contiene el capítulo XVIII de liquidación del contrato, en cuyo numeral 18.1 señala:

"CAPÍTULO XVIII LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

18.1 Término

El Contrato se liquidará en un término máximo de ciento ochenta (180) Días contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de Reversión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 60 de la ley 80 de 1993 (modificado por el artículo 217 del Decreto 19 de 2012)."

De otra parte, el numeral 18.2 del contrato parte general a folio 291 del cuaderno de pruebas No. 2 se refieren las obligaciones de la fiduciaria en la etapa de liquidación del contrato:

18.2 Obligaciones de la Fiduciaria en la Liquidación

Para determinar la destinación de los recursos de las cuentas y subcuentas del Patrimonio Autónomo, se aplicarán las siguientes reglas:

(a) Cuando la ANI envíe Notificación a la Fiduciaria sobre la ocurrencia de la terminación del Contrato, al finalizar la Etapa de Reversión, la Fiduciaria, de manera inmediata, se abstendrá de realizar pagos o traslados con cargo a cualquiera de las cuentas y subcuentas del Patrimonio Autónomo, con las únicas

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

excepciones que se consignan a continuación, siempre que, en cada caso, obtenga la autorización expresa y escrita de la ANI:

(i) Con recursos de la Cuenta Proyecto, exceptuando los recursos de las Subcuenta Predios, Subcuenta Compensaciones Ambientales y Subcuenta Redes de podrán realizar, pagos a terceros distintos de i) el Concesionario, ii) sus socios, iii) los Beneficiarios Reales del Concesionario, o iv) cualquier otra persona en la cual el Concesionario, sus socios o los Beneficiarios Reales del Concesionario, tengan cualquier participación o compartan de cualquier manera los resultados de su actividad económica. Para la realización de estos pagos se deberá verificar que la obligación de pago respectiva se haya causado con anterioridad a la fecha de la Reversión y relacionados de manera directa con la ejecución del Proyecto.

(ii) Con recursos de la Subcuenta Predios, Subcuenta Compensaciones Ambientales, Subcuenta Redes y Subcuenta Soporte Contractual, pagos a terceros distintos de i) el Concesionario, ii) sus socios, iii) los Beneficiarios Reales del Concesionario, o iv) cualquier otra persona en la cual el Concesionario, sus socios o los Beneficiarios Reales del Concesionario, tengan cualquier participación o compartan de cualquier manera los resultados de su actividad económica). Para la realización de estos pagos se deberá verificar que la obligación de pago respectiva se haya causados con anterioridad a la fecha de la Reversión y que tengan estricta y directa relación con las finalidades de esas Subcuentas, según se define en este Contrato.

(iii) Con recursos de la Subcuenta Interventoría y Supervisión y la SubcuentaMASC, pagos al Interventor y Supervisor del Contrato o a los miembros del Amigable Componedor, según corresponda, ordenados por la ANI.

(b) Dentro de los noventa (90) Días siguientes a la suscripción del Acta de Reversión la Fiduciaria deberá proporcionar a la ANI un informe detallado acerca del estado de cada una de las cuentas y subcuentas del Patrimonio Autónomo; incluyendo un informe de recaudo por Departamento de la Subcuenta Autónoma de Soporte; este informe será utilizado por las Partes para la liquidación del Contrato.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

(c) Los excedentes de las Subcuentas del Patrimonio Autónomo tendrán la siguiente destinación:

(i) Los excedentes de la Cuenta Proyecto, exceptuando los recursos de la Subcuenta Predios, Subcuenta Compensaciones Ambientales y Subcuenta Redes, serán entregados al Concesionario, salvo cuando se presente el supuesto previsto en la Sección 18.4(d) siguiente, caso en el cual dichos excedentes serán transferidos a la ANI hasta concurrencia del monto que el Concesionario deba pagar a la ANI. El excedente, de existir, será puesto a disposición del Concesionario. En caso que así lo hayan acordado el Concesionario con sus Prestamistas, estos recursos (o hasta el monto acordado entre ellos) serán entregados a los Prestamistas. La Fiduciaria tiene el deber de vigilar que esta destinación se cumpla, siempre que haya verificado la existencia del acuerdo entre el Concesionario y los Prestamistas.

(ii) Los excedentes de la Cuenta ANI, con todas sus subcuentas, serán entregados a la ANI, salvo cuando se presente el supuesto previsto en la Sección 18.4(b) siguiente, caso en el cual dichos excedentes serán transferidos al Concesionario hasta concurrencia del monto que la ANI deba pagar al Concesionario. El excedente, de existir, será entregado a la ANI.

(d) Una vez se haya realizado la liquidación bilateral o unilateral del Contrato, de conformidad con lo señalado en los artículos 60 de la Ley 80 de 1993 (modificado por el artículo 217 del decreto 019 de 2012) y 11 de la Ley 1150 de 2007, la ANI (sic) a enviara a la Fiduciaria, copia del Acta de Liquidación del Contrato, en la cual se señalará la destinación que la Fiduciaria deberá dar a los recursos disponibles en el Patrimonio Autónomo. La Fiduciaria deberá cumplir a cabalidad con lo dispuesto en el Acta de Liquidación del Contrato dentro de un término no mayor a noventa (90) Días contados desde la fecha de recibo del Acta de Liquidación del Contrato correspondiente.

(e) Una vez la Fiduciaria haya realizado la totalidad de los pagos señalados en el Acta de Liquidación del Contrato, ésta deberá remitir a la ANI un informe del estado de cuentas debidamente soportado con copia al Interventor, quien deberá remitirlo a la ANI en un término no mayor a treinta (30) Días contados desde su recibo, debidamente aprobado o señalando sus observaciones. Cuando este informe haya sido aprobado por la ANI, podrá procederse a liquidar

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

el Patrimonio Autónomo. El informe se entenderá aprobado si la ANI no formula observaciones al mismo dentro de los sesenta (60) Días siguientes a la entrega del informe que le haya hecho la Fiduciaria.

Detenidos en las obligaciones que corresponden a la fiduciaria en la etapa de liquidación del contrato, fuerza referir la definición de Patrimonio Autónomo del **Contrato Parte General** contenida en el folio 111 del cuaderno de pruebas No. 1 en que se precisa:

"1.117 "Patrimonio Autónomo"

Es el patrimonio autónomo que deberá constituir el Concesionario mediante la celebración del Contrato de Fiducia Mercantil con la Fiduciaria. El Patrimonio Autónomo será el centro de imputación contable del Proyecto y por lo tanto todos los hechos económicos del Proyecto serán contabilizados en dicho Patrimonio incluyendo pero sin limitarse a todos los ingresos y gastos del Proyecto.

En los folios 115 y 116 del mismo cuaderno, se define:

"1.140 "Recursos de Patrimonio"

Son los recursos destinados al Proyecto aportados por los socios del Concesionario. Los Recursos de Patrimonio serán entregados al Patrimonio Autónomo (Cuenta Proyecto) cumpliendo con los Giros de Equity mínimos definidos en este Contrato. Estos recursos podrán constituir deuda subordinada de los accionistas (no del Concesionario); en este caso, hasta que no se paguen en su totalidad los endeudamientos que dan origen a los Recursos de Deuda no se podrán utilizar los recursos disponibles de la Cuenta Proyecto para pagar la deuda subordinada de los accionistas del Concesionario, excepto si media acuerdo expreso en contrario de los Prestamistas. En ningún caso se entenderá por deuda subordinada de socios, deuda bancaria del Concesionario respaldada por los socios. Para que se cumpla con la obligación de aportar Recursos de Patrimonio, el aporte deberá contabilizarse exclusivamente como i) aporte al capital social (suscripción de acciones, cuotas de capital o partes de interés) de los accionistas, ii) prima en colocación de acciones y/o iii) deuda de los accionistas a la sociedad. Cualquier remuneración de los Recursos de Patrimonio (incluido el pago de intereses y del principal de la deuda subordinada,

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

así como el reparto de utilidades que arroje la operación del Concesionario), estará subordinada al pago de todos los costos y gastos del Proyecto y a la remuneración de los Recursos de Deuda y solamente podrá efectuarse en la Etapa de Operación y Mantenimiento, excepto si media acuerdo expreso en contrario de los Prestamistas."

Dentro de las declaraciones del Concesionario A folio 129 se evidencia:

"(x) El Concesionario declara y garantiza que todos y cada uno de los recursos que se manejen en el Proyecto, serán administrados y estarán registrados en el Patrimonio Autónomo. Asimismo, que contará con la información disponible veraz y oportuna que soporte todos y cada uno de dichos recursos y de los hechos económicos que los afecten, los cuales podrán ser consultados, en cualquier momento, por parte del Interventor y/o de la ANI ya sea que dicha información se encuentre bajo el control del Concesionario o del Patrimonio Autónomo.

(xi) Usos de los recursos: el concesionario declara y garantiza que durante la ejecución del Contrato, los usos que le dará a la Retribución y demás recursos provenientes de los Giros de Equity y Recursos de Deuda regulados en el Contrato serán única y exclusivamente para la ejecución de las obligaciones previstas en el presente Contrato. De la misma manera, el Concesionario declara y garantiza que siempre contará con la información disponible veraz y oportuna que soporte todos y cada uno de los pagos que haga a terceros, la cual será fácilmente consultable, en cualquier momento, por parte del Interventor y/o de la ANI ya sea que dicha información se encuentre bajo el control del Concesionario o del Patrimonio Autónomo.

Es del caso precisar que en el **Contrato Parte General a folios 182 a 186 del cuaderno de pruebas No. 1** se verifica:

"3.16 Términos y condiciones de obligatoria inclusión en el Contrato de Fiducia Mercantil

(...)

(d) Comité Fiduciario: El Contrato de Fiducia deberá prever y regular la integración y funciones del Comité Fiduciario. La ANI asistirá a todas y cada una

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

de las sesiones que efectuó el Comité Fiduciario con voz, pero sin voto en la toma de decisiones que allí se sometían a consideración. Para fines de claridad, se precisa que la asistencia de la ANI a las sesiones de Comité Fiduciario, no podrá considerarse como una aceptación o aprobación de la ANI de las decisiones que se tomen en el marco de cada sesión del Comité, ni se entenderán notificadas las disposiciones que en dichas sesiones se presenten o se adopten por los miembros del Comité Fiduciario.

(...)

(i) Auditoría: La ANI y/o el Interventor llevarán a cabo un control permanente sobre el Patrimonio Autónomo, sus cuentas y subcuentas, para lo cual deberá pactarse en el Contrato de Fiducia Mercantil que la Fiduciaria prestará todo el apoyo necesario a la ANI y/o al Interventor para que pueda cumplir su labor de auditoría, en los términos exigidos por la ANI. Para el cumplimiento de este derecho la ANI y/o el Interventor podrán solicitar a la Fiduciaria toda la información que se considere oportuna, todos los soportes de pagos efectuados por el Patrimonio Autónomo; la Fiduciaria deberá atender las inquietudes de la ANI y/o del Interventor a través del gerente que administre el Patrimonio Autónomo y las demás personas que a juicio del gerente sean competentes para absolver las inquietudes de la ANI. El derecho de auditar el Patrimonio Autónomo no podrá ser limitado por el Concesionario ni por la Fiduciaria. La ANI y/o el Interventor podrán ejercer el derecho de visita para efectos de auditoría en cualquier momento, sin previo aviso a la Fiduciaria o al Concesionario. La Fiduciaria deberá disponer de un lugar adecuado y con las herramientas necesarias para la realización de la auditoría.

(...)

(l) Información: Independientemente del derecho de auditoría que tienen la ANI y el Interventor y del derecho a solicitar directamente a la Fiduciaria información, reportes y certificaciones en la forma, formatos, protocolos y tiempos que defina la ANI para cada caso, la Fiduciaria deberá presentar al menos la información que se especifica a continuación, en la forma, plazos y los formatos que para cada caso disponga la ANI:

(i) En los plazos señalados en el Contrato, deberá reportar a la ANI y al

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Interventor el ingreso de los Giros de Equity del Concesionario, así como el cumplimiento periódico de los aportes que el Concesionario debe hacer conforme al cronograma de Giros de Equity.

- (ii) En los plazos señalados en el Contrato, deberá reportar a la ANI y al Interventor el ingreso de los recursos señalados en el Contrato a todas las Subcuentas de la Cuenta ANI, así como a la Subcuentas Predios, Compensaciones Ambientales y Redes.*
- (iii) Mensualmente, dentro de los primeros diez (10) Días de cada mes, repollar los ingresos y egresos (incluyendo destinación específica) de la Cuenta ANI y sus Subcuentas.*
- (iv) Mensualmente, durante la Etapa Preoperativa, dentro de los primeros diez (10) Días de cada mes, reportar los ingresos y egresos (incluyendo destinación específica) de la Subcuenta Predios, especificando entre otros, identificación del Predio, beneficiario, concepto, valor, fecha de pago, saldos, etc.*
- (v) Mensualmente, durante la Etapa Preoperativa, dentro de los primeros diez (10) Días de cada mes, reportar los ingresos y egresos (incluyendo destinación específica) de la Subcuenta Redes y de la Subcuenta Compensaciones Ambientales.*
- (vi) Certificar a la ANI los valores correspondientes al Recaudo de Peaje, Porcentaje Compensación por Riesgos, Ingresos por Explotación Comercial, inversiones efectuadas por el Concesionario o cualquier tipo de información que se requiera. Esta certificación deberá entregarse dentro de los cinco (5) Días siguientes a la fecha de Notificación de la solicitud.*
- (vii) Dentro de los cinco (5) Días siguientes, reportar a la ANI y al Interventor el ingreso de los Recursos de Deuda y de los Recursos de Patrimonio, en cada ocasión en que se presentaren las transacciones respectivas.*
- (viii) Dentro de los noventa (90) Días siguientes a la fecha de suscripción del Acta de Reversión, la Fiduciaria deberá presentar a la ANI un informe detallado del estado a dicha fecha del Patrimonio Autónomo. Este informe servirá de base para la liquidación del Contrato.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

- (ix) Mensualmente dentro de los primeros quince (15) Días de cada Mes presentar un informe general sobre la operación del Patrimonio Autónomo.
- (x) Mensualmente dentro de los primeros quince (15) Días de cada Mes presentar un informe sobre los costos y gastos del Concesionario, debidamente discriminado por actividades de operación y mantenimiento e inversión.
- (xi) Sin perjuicio de lo dispuesto por la Superintendencia Financiera de Colombia, entregar a la ANI los estados financieros auditados del Patrimonio Autónomo, con cortes a 31 de diciembre y 30 de junio de cada año. La auditoría deberá estar efectuada por un auditor externo que preste sus servicios a nivel internacional es decir que preste sus servicios de Auditoría en por lo menos dos (2) países diferentes a Colombia. Esta documentación deberá entregarse dentro de los primeros diez (10) Días de los Meses de septiembre y marzo de cada año."

En concordancia con lo anterior, **el Contrato No. 8127 de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos** celebrado entre la CONCESIÓN y FIDUCIARIA BANCOLOMBIA precisa en el parágrafo de la cláusula decima a folio 54 del cuaderno de pruebas No. 1 lo siguiente

"PARAGRAFO.- La AGENCIA asistirá a todas y cada una de las sesiones que efectuó el COMITE FIDUCIARIO con voz, pero sin voto en la toma de decisiones que allí se sometan a consideración. Para fines de claridad, se precisa que la asistencia de la AGENCIA a las sesiones de COMITÉ FIDUCIARIO, no podrá considerarse como una aceptación o aprobación de la AGENCIA de las decisiones que se tomen en el marco de cada sesión del comité, ni se entenderán notificadas las disposiciones que en dichas sesiones se presenten o se adopten por los miembros del COMITÉ FIDUCIARIO. La no asistencia de la AGENCIA a las sesiones del COMITÉ FIDUCIARIO a las que haya sido oportunamente citada, no será motivo de invalidez de la reunión ni de las decisiones que se tomen en el mismo."

En la misma línea de la información que debe reportar la fiduciaria conforme al aparte del Contrato Parte General antes transcrito, la cláusula decima primera del contrato

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

de fiducia señala los informes periódicos que debe efectuar la Fiduciaria, sin perjuicio del derecho de auditoria que tienen la AGENCIA y el interventor.

En relación con los informes fiduciarios de rendición de cuentas, el referido Contrato No. 8127 de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos celebrado entre la CONCESIÓN y FIDUCIARIA BANCOLOMBIA, en la cláusula sexta que se evidencia a folio 48 del cuaderno de pruebas No. 1 se precisa:

“SEXTA.- OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA: Además de las obligaciones legales previstas en el artículo 1234 del Código de Comercio y de aquellas consagradas en otras cláusulas del presente contrato, son obligaciones de la FIDUCIARIA:

(...)

PARAGRAFO SEGUNDO.- RENDICIÓN DE CUENTAS. La FIDUCIARIA se obliga a rendir cuentas comprobadas de su gestión al FIDEICOMITENTE y a la AGENCIA de acuerdo con lo establecido en la Circular Externa No. 029 de 2014 expedida por la Superintendencia Financiera y con las normas que la sustituyan, modifiquen o adiciónen, las cuales serán presentadas semestralmente dentro de los quince (15) primeros Días Hábiles del primer mes del siguiente semestral.

El FIDEICOMITENTE, la AGENCIA y la INTERVENTORA contarán con sesenta (60) días hábiles a partir del día siguiente al envío de la rendición de cuentas para que formulen sus observaciones. Transcurrido tal término sin que se reciba pronunciamiento alguno se entenderá que aquellos han aceptado en su totalidad el contenido de la rendición de cuentas, sin perjuicio de las facultades que tienen las autoridades de vigilancia y control para examinar estas cuentas y en general el desarrollo y ejecución de este CONTRATO DE FIDUCIA.”

En esta rendición de cuentas, la FIDUCIARIA deberá indicar como mínimo lo siguiente:

- a. Detalle de los RECURSOS recibidos y sus conceptos.*
- b. Detalle de los rendimientos generados en cada una de las Subcuentas y la destinación dada a los mismos.*
- b. Monto de los RECURSOS disponibles en cada Subcuenta.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

- d. *Actividades específicas desarrolladas en ejecución del presente contrato, indicando las inversiones temporales realizadas, la rentabilidad obtenida, los desembolsos y/o pagos efectuados, los BENEFICIARIOS, la fecha y el título al que fueron entregados, con indicación de la subcuenta a la que los mismos se refieren.*
- e. *Memoria descriptiva del comportamiento contable y financiero de las inversiones efectuadas en desarrollo del presente contrato y repone de la situación financiera del Fideicomiso.*
- f. *Evolución del negocio y gestiones realizadas por la FIDUCIARIA”*

PARÁGRAFO TERCERO.- ESTADOS FINANCIEROS DEL FIDEICOMISO. LA FIDUCIARIA deberá remitir al FIDEICOMITENTE, a la AGENCIA y a la INTERVENTORIA los estados financieros auditados del FIDEICOMISO, con corte a 31 de Diciembre y 30 de junio de cada año, Dentro de los treinta (30) días calendario siguientes al corte del respectivo periodo La auditoría deberá estar efectuada por un auditor independiente que cumpla con lo exigido en el Contrato de Concesión, Igualmente la FIDUCIARIA remitirá al FIDEICOMITENTE estados financieros mensuales.”

La testigo **MARÍA EDILMA GAVIRIA como profesional de la fiduciaria**, refirió en su testimonio rendido en audiencia de 16 de septiembre de 2019 lo siguiente frente a la contabilidad del patrimonio autónomo:

“DRA. MIER: (...) cuando usted habla que el patrimonio autónomo maneja o constituye, si le entendí bien y si no le entendí bien corrijame, un centro de imputación contable, ¿a qué se está refiriendo?

SRA. GAVIRIA: Es que la fiduciaria se refleja la realidad de negocio, del proyecto. ¿Qué quiere decir? Que todos los costos y todos los gastos en que incurra el proyecto se van a ver reflejados en la contabilidad del fideicomiso.

(...)

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

DRA. MIER: Doctora, usted, sólo para precisar y siguiendo la línea interrogatorio del panel, usted dice que los estados financieros y el patrimonio autónomo son dictaminados y auditados, ¿le entendí bien?

SRA. GAVIRIA: Son auditados y certificados. ¿Cuál es la diferencia? Dictaminados, certificados y auditados, certificados son los que remitimos mensualmente que firma la contadora y representante legal; auditados son los que se remiten anualmente, que se hacen por una firma auditora, que puede ser Price o Deloitte...(interpelado)

DRA. MIER: ¿En este caso quién es?

SRA. GAVIRIA: Price. Pues antes era Deloitte, hoy en día es Price. Y dictaminados se hacen en el caso que la superintendencia financiera nos exija que sean dictaminados. La superintendencia financiera cada año me remite un listado de los fideicomisos que requieren que sean dictaminados. En este caso no, este no lo ha pedido dictaminado.

DRA. MIER: O sea que este es auditado y certificado.

SRA. GAVIRIA: Exactamente.

DRA. MIER: Muy bien. ¿La objeción si uno pudiera, o la manifestación, o la solicitud más bien de la ANI, afecta de alguna manera la validez de los estados financieros del patrimonio autónomo?

SRA. GAVIRIA: No, porque nosotros tenemos los soportes que evidencian la realidad del negocio.

(...)

DR. GALLEGO: En alguna de las respuestas que usted le dio a las preguntas de la doctora usted hablaba de la razonabilidad de los registros en desarrollo de su actividad como administradora del patrimonio, ¿usted hablaba de la realidad del negocio, podría un poco ilustrarnos más sobre qué es la realidad del negocio a la que usted se refería en esa respuesta?

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

SRA. GAVIRIA: Cuando yo me refiero a la realidad de negocio es que, si ustedes ven un registro contablemente tiene su debido soporte, pueden ir a mirar qué originó este registro y están todos los soportes, esa es como la realidad negocio. Entonces también con los informes auditados y certificados por el contador avalan de que ese negocio, los registros contables corresponden a la dinámica del negocio. Que por una carretera no estoy registrando productos de panadería, por ejemplo, que es coherente la realidad con la operatividad del negocio.

DR. J. PINZÓN: Le hago una pregunta con la avenida la doctora Patricia, si al patrimonio llegaba una factura de compra de cemento, 150 bultos de cemento, ¿para usted eso tiene razonabilidad con el negocio?

SRA. GAVIRIA: Sí, como le digo, el área de nosotros de causación y pagos hacen la debida verificación,

DR. GALLEGO: ¿Independientemente de que ese cemento sea para esa obra para otra? Cómo verifica usted... (interpelado)

SRA. GAVIRIA: Porque la factura viene a nombre del proyecto de Cesar Guajira, no viene a nombre del proyecto XYZ."

A su turno a folio 293 del mismo cuaderno, se contempla el numeral 18.3 referido a las fórmulas de liquidación del contrato, que en lo pertinente señaló:

"18.3 Fórmulas de Liquidación del Contrato

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

(b) Las Partes aceptan que dentro de los montos que resulten de la aplicación de las fórmulas incluidas en las Secciones 18.3(d), 18.3(e), 18.3(f) y 18.3(g) siguientes,

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

se entienden incluidas las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la Terminación Anticipada del Contrato, incluyendo pero sin limitarse a daño emergente, lucro cesante, perjuicios directos e indirectos, presentes y futuros, pérdidas o interrupciones en los negocios, y otros similares.

(c) Para efectos de calcular el valor de la liquidación del presente Contrato las fórmulas incluidas en la presente Sección 18.3 podrán calcularse por Unidad Funcional, evento en el cual deberán emplearse las variables correspondientes para cada una de las Unidades Funcionales del presente Contrato. La fiducia certificara los costos en que incurrió el Concesionario distribuidos por Unidad Funcional. De no ser posible identificar la vinculación de un costo a una unidad funcional, los mismos se distribuirán en las mismas proporciones con que se distribuye el ingreso de acuerdo con la parte especial del presente contrato."

Dado que el contrato se encontraba en fase de construcción, la fórmula de liquidación del contrato aplicable al caso es la prevista en el literal e) del precitado capítulo 18.3 a folio 296 del cuaderno de pruebas No. 1:

"(e) Terminación Anticipada en Fase de Construcción

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

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

Siendo

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

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

Siendo del caso precisar, el contenido del Componente AR_h así

<i>AR_h</i>	<p>Componente modificado por la cláusula décima tercera del Otrosí No. 10 al Contrato de Concesión suscrito el 10 de julio de 2017 según se refiere en el pacto arbitral suscrito por las partes el 3 de octubre de 2018 como uno de los anexos de la reforma de la demanda que obra a folios 425 y 426 del cuaderno principal No. 1, así como en los informes de interventoría que sirvieron de insumo para la liquidación y en el acta de liquidación bilateral del contrato en el capítulo I.XII FORMULA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO folios 245 y 246 del cuaderno principal No. 2., en los cuales se indica que el componente AR_h corresponde a:</p> <p>CLAUSULA DÉCIMA TERCERA. TERMINACIÓN ANTICIPADA EN FASE DE CONSTRUCCIÓN. <i>El componente AR_h de la Tabla de la sección 18.3 (e) de la Parte General, el cual queda así:</i></p> <p><i>Costos durante el Mes h (siempre que se traten de costos realizados hasta la terminación de la Etapa de Reversión), asociados con las actividades que haya realizado el Concesionario con anterioridad al inicio de la Etapa de Operación y Mantenimiento y que hayan sido reconocidos por ANI, en Pesos corrientes.</i></p> <p><i>Las actividades reconocidas incluyen exclusivamente aquellas relacionadas con las obligaciones del Concesionario durante la Etapa Preoperativa y hasta la terminación de la Etapa de Reversión.</i></p> <p><i>Para los Meses h posteriores a la Fecha de Inicio se reconocerán exclusivamente los costos asociados con las siguientes actividades:</i></p> <ul style="list-style-type: none">• <i>Valor efectivamente desembolsado por concepto de primas de seguros y comisiones para la obtención y el mantenimiento de i) la Garantía Única de Cumplimiento, ii) la póliza de responsabilidad extracontractual a que se refiere la Sección 12.7 de esta Parte General, y iii) el seguro de daños contra todo riesgo a que se refiere la Sección 12.8 de esta Parte General, en el Mes h.</i>• <i>Valor de los aportes que haya realizado el Concesionario a las Subcuentas de la Cuenta ANI, así como la Subcuenta Predios, Subcuenta Compensaciones Ambientales y Subcuenta Redes, en el Mes h.</i>
-----------------------	--

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

	<ul style="list-style-type: none">• Valor de los Costos de Estructuración al que se refiere la Sección 2.3 (b) (vi), de haberse efectivamente pagado dicho valor, en el Mes h, en los términos establecidos en la Parte Especial.• Valor de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico y los Estudios de Detalle, en el Mes h.• Costos de la Gestión Social y Ambiental (exceptuando los hechos contra la Subcuenta Compensaciones Ambientales), en el Mes h.• Costos de la Gestión Predial (exceptuando los hechos contra la Subcuenta Predios), en el Mes h.• Valor de las Intervenciones ejecutadas por el Concesionario y verificadas por el Interventor, en el Mes h.• Costos de Operación y Mantenimiento, gastos de administración e impuestos, en el Mes h.• Comisiones y otros pagos a los Prestamistas, distintos del servicio de la deuda (intereses y principal), en el Mes h. <p>En todos los Meses h anteriores a la Fecha de Inicio se reconocerán exclusivamente los siguientes costos:</p> <ul style="list-style-type: none">• Valor efectivamente desembolsado por concepto de primas de seguros y comisiones para la obtención de i) la Garantía Única de Cumplimiento, ii) la póliza de responsabilidad extracontractual a que se refiere la Sección 12.7 de esta Parte General, y iii) el seguro de daños contra todo riesgo a que se refiere la Sección 12.8 de esta Parte General, en el Mes h.• Valor de los aportes que haya realizado el Concesionario a las Subcuentas de la Cuenta ANI, así como la Subcuenta Predios, Subcuenta Compensaciones Ambientales y Subcuenta Redes, en el Mes h.• Valor de los Costos de Estructuración efectivamente desembolsados en el Mes h, en los términos establecidos en la Parte Especial. <p>El valor reconocido por estas actividades se definirá con base en los valores brutos (sin incluir depreciaciones, amortizaciones o valorizaciones) que corresponderán exclusivamente a los costos directos asociados con estas actividades y será establecido por las Partes de mutuo acuerdo o, en su defecto, por el Amigable Componedor, pero en todo caso su valor no podrá ser superior al</p>
--	--

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

	<i>consignado en los registros contables del Patrimonio Autónomo para estos rubros, registrados en los estados financieros y certificados por el Interventor."</i>
--	--

En atención a las disposiciones contractuales previamente citadas, y habida cuenta de la terminación anticipada del contrato, las partes se vieron en la necesidad de iniciar los trámites para la liquidación del contrato.

DIANA XIMENA CORREDOR REYES, quien rindió testimonio ante el Tribunal el día 16 de septiembre de 2019 (**gerente financiera de la vicepresidencia de gestión contractual de la ANI**), describió las actividades que se adelantaron para efectos de procurar la liquidación del contrato:

“DR. ÁLVAREZ: (...) ¿Nos podría usted describir el flujo general de una liquidación, es decir, cómo se alimenta el proceso liquidatorio para que nosotros, el panel, tenga conciencia y conocimiento de cómo, cuándo intervenía usted, cómo eran las comunicaciones los diálogos, etcétera?”

SRA. CORREDOR: Digamos que lo que estaba establecido en el contrato de concesión es que existía un tiempo para que la fiduciaria entregara como el informe donde se certificaban todos los movimientos y registros del patrimonio autónomo. Después de la entrega de ese informe, la interventoría verificaba cada uno de los movimientos y digamos que certificaba o no los valores que estaban en la liquidación. Después de eso, de que la interventoría certifica, pues viene la ANI para que nosotros revisemos y vemos demos la no objeción de todas las cifras de la liquidación para ya posteriormente tener un documento cerrado con el acta de liquidación final del contrato. Así como a manera general, ese es como el proceso que se adelanta.

DR. ÁLVAREZ: Entonces ¿los reprocesos son las objeciones que ustedes como ANI le presentaban al interventor para que el interventor a su vez las tramitara con la fiduciaria?”

SRA. CORREDOR: No necesariamente las de la ANI, porque la ANI está, como le comentaba, en la última parte del proceso. Inicialmente están las primeras solicitudes en la revisión de la información de la interventoría cuando empiezan a no encontrar soportes o soportes de algunos pagos, se empieza a pedir

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

información a la fiduciaria y al concesionario. El concesionario y la fiduciaria dan alcance a sus comunicaciones entregando digamos nuevos valores o nuevas cifras sobre la información.

DR. J. PINZÓN: ¿A usted por qué le consta o dónde está el registro de lo que decía la interventoría a la fiduciaria?

SRA. CORREDOR: De eso se generaban comunicaciones formales de la interventoría a la fiduciaria, correos electrónicos, bueno, en algunos casos creo que fueron hasta llamadas telefónicas. Se hicieron muchas mesas de trabajo entre el concesionario, la interventoría, en la ANI. En algunas de esas yo participé, no en todas estuve, pero por lo menos yo estaba enterada de que estaban digamos en la reunión en tal sala revisando el tema. Aunque yo no estuviera presente, sabía o conozco que ellos se sentaban a revisar el detalle de la información.

(...)

Para nosotros y para la interventoría que era el que hacía en principio las solicitudes, sí era necesaria la información, teniendo en cuenta que nosotros tenemos que verificar que realmente los pagos que se estuvieran reconociendo tuvieran una relación de causalidad directa con el objeto del contrato de concesión.

Teniendo en cuenta muchos hallazgos de contraloría que se han presentado, nosotros conocimos como todas las actuaciones Fiscales que adelantó la contraloría general de la república para el proceso de liquidación de Navelena, entonces la interventoría se basó mucho en lo que la contraloría indicó para ese proceso, y pues en ese proceso digamos que la contraloría encontró inconformidades, no conformidades, creo que ellos lo llaman de esa manera, en donde indicaban que la interventoría no verificó de manera adecuada cada uno de los pagos que se le reconocieron al concesionario.

Entonces por esa razón la interventoría en este caso lo que decidió fue empezar a pedir toda la información, porque encontraba facturas globales, facturas para un contrato de un pago de algo, pero no tenía el detalle de cuál había sido la obra, si había sido por mantenimiento, había sido por ejecución de capex, pues

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

entonces digamos que esa falta de información fue lo que generó que se pidiera la información y en ese momento el concesionario manifestó que no entregaba más la información."

La testigo **Maritza Cubillos Prada (profesional financiera de la Interventoría)**, en su declaración rendida en la audiencia de 8 de octubre de 2019 también aludió a los trámites para efectos de lograr la liquidación del contrato:

"Entonces, frente a esos componentes de la variable AR empezamos a surtir el trámite de revisión por cada uno de sus componentes. Lo que recibimos por parte del concesionario y la fiduciaria cuando empezamos a abordar la metodología o el mecanismo para poder llegar a validar y a certificar esos costos y gastos como lo dispone el contrato, básicamente hacía referencia a que se fueran clasificando de esta manera: entonces, la primera premisa aquí es sumamente importante y es, cuando empezamos a solicitar la información tampoco existía mucha claridad frente a cómo íbamos a abordar la revisión de cada uno estos componentes. Frente a eso digamos que creamos y consolidamos una metodología para abordar cómo hacer la revisión.

La fiduciaria nos iba a certificar cada uno de estos rubros, y estos rubros iban a traer con ellos, a través de la certificación, los pagos que se habían realizado por cada uno. Si bien es cierto, y es un aspecto que a mí me parece importante, que además lo hemos venido trabajando en la etapa de liquidación, es que el contrato dice que deben certificarse todos aquellos costos que están directamente asociados al proyecto y que no pueden exceder lo que esté en los registros financieros o en los estados financieros. Y quiero hacer la precisión porque una de las muchas seguramente diferencias y discusiones que se dan es qué se entiende por estados financieros, y los estados financieros uno puede entenderlos como el balance general, el estado de resultados, el flujo de... y el movimiento de efectivo.

Es decir, y por eso hago la aclaración ahí, los estados financieros no solamente son ni el balance general ni el estado de resultados, sino que es el resultado de esos elementos que componen como tal los movimientos de ingresos y egresos dentro del patrimonio. A partir de eso entonces, ...(interpelado)

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

DR. ÁLVAREZ: Una pregunta, la contabilidad que llevaba la fiduciaria estaba separada por esos ítems que usted ha mencionado o era una contabilidad, es decir, esta metodología es propia?

SRA. CUBILLOS: No, la metodología más que propia, la metodología surge a partir de los requerimientos de los componentes de la fórmula de liquidación que están dispuestos en el capítulo 18 del contrato. Es decir, lo que dice el contrato de concesión es que cuando se tenga una liquidación anticipada deben certificarse todos los costos y gastos asociados por cada uno de estos componentes. La fiduciaria o el registro contable de la fiduciaria, si bien es cierto cuando uno, y esto es un poco más de conocimiento, de la misma experiencia más porque la hayamos vivido haciendo la gestión contractual, aunque si bien es cierto en los primeros comités de fiducia lo abordamos, es cómo se iba a ser la causación o el registro de estos pagos. Es decir, los pagos y el formato mismo en la fiduciaria tiene una asignación presupuestal, que más que para efectos de control, es para ver por qué cuenta van.

Y es que básicamente, no sé si quieren que lo pinte, la estructura del contrato está dada por una cuenta principal y unas subcuentas especiales que son importantes dentro de este rubro que son los fondeos. Entonces, cuando vemos la estructura, entonces voy a pintarla, hay una cuenta principal de donde van todos los gastos del patrimonio que están asociados al proyecto que tengan que pagarse de la cuenta proyecto. Sin embargo hay unos gastos particulares, la voy a llamar cuentas especiales y son aquellas obligaciones que además están contenidas en el contrato, que tienen o que deben ser pagadas desde unas cuentas específicas, cómo cuáles? La cuenta de predios, hay una subcuenta predial que está orientada a hacer los pagos de las compensaciones ambientales, de las compensaciones prediales, etcétera.

Entonces hay unos pagos que tienen que ser descargados de unas cuentas especiales. La cuenta la interventoría tiene una subcuenta especial que es la cuenta de interventoría y supervisión, de ahí se hacen todos los pagos tanto de interventoría como del equipo de supervisión de la ANI, y así tenemos como varios elementos. Entonces, ya abordando un poco y haciendo como la recopilación muy general, porque no he ido a las particularidades sino como a los más importante, voy a entrar a contar cómo se abordó cada uno y qué de esos quedaron de repente sin certificar."

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En la misma línea, en la declaración rendida el 21 de octubre de 2019 por **el testigo Alfredo Coral Triviño (director jurídico de la Interventoría)** refirió en relación con las actividades conjuntas para la liquidación del contrato, lo siguiente:

“SR. CORAL: Sí señor. Bueno, como miembro de la interventoría de este proyecto Cesar Guajira y el componente legal me correspondió acompañar a la interventoría, a la entidad y en general a las partes en esa dura etapa de la liquidación en este contrato, un contrato que como muy seguramente ustedes ya saben se terminó anticipadamente y en consecuencia fue necesario dar aplicación a la cláusula y al procedimiento de liquidación anticipada contemplada en el contrato en la cláusula 18.3 del mismo.

Esa cláusula tenía un procedimiento muy detallado para proceder a la liquidación del contrato, donde fundamentalmente la esencia de la liquidación de este contrato, que se termina anticipadamente, se encuentra en la determinación de los costos directos asociados al proyecto AR_i , o AR_h que aparece en otros contratos.

Esa AR_i eran los costos directos asociados, ese era en la etapa de liquidación la parte más completa y por qué compleja, porque la fórmula señalaba que la interventoría debía certificar los costos directos asociados al proyecto que pudiera verificar a partir y que tuviera en cuenta la información que reposaba o que entregara la fiduciaria sobre los costos del proyecto.

Me explico, como ustedes también saben los contratos de concesión de esta naturaleza tienen una fiducia normalmente de administración y pagos de donde sale todos los pagos al concesionario bien sea el epecista, a los subcontratistas del concesionario, todos los pagos es fuente de pago y entonces en esa fiduciaria obran todos los soportes de pago que se hacen dentro de la concesión.

Allí estaban todos los soportes, esos soportes los agrupaba, los consolidaba mejor la fiduciaria y tenía un plazo para hacerlo al final en esta etapa y posteriormente se la entregaba a la interventoría para que ella hiciera la verificación y la validación respectiva, y verificara de esas facturas que estaban registradas en esa contabilidad de la fiduciaria cuáles correspondían a costos directos asociados.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Entonces, lo que hicimos como interventoría, lo que pude acompañar como director legal es que se cogieron todos registros contables, cada uno de ellos por parte de un equipo contable y financiero de la interventoría y se empezó a mirar cada uno si correspondía al proyecto, si tenía una relación directa con el proyecto y empezamos hacer unas mesas de trabajo con el concesionario, con la ANI para empezar a revisar esa información.

Nosotros nos enviaba el concesionario un grupo de información, nosotros le decíamos frente a estas facturas están muy bien, okey, corresponden al proyecto claramente, estas tenemos unas dudas, preséntenos soportes suficientes que acrediten el nexo de causalidad de esa factura con el proyecto para determinar que efectivamente es un costo directo asociado, el concesionario muchas veces nos envió información, con esa información nosotros decíamos ese soporte por decir algo un contrato de prestación de servicios, un contrato de suministro de baños que recuerdo que habían unos baños portátiles para saber que esos baños portátiles eran de este proyecto y no de otro, le pedimos el contrato con su subcontratista proveedor de baños no lo allego y chuleado.

Había otros que no nos envió y, en consecuencia que cogíamos esa información y decíamos finalmente logramos constatar que un valor aproximadamente a \$80 mil millones de pesos estaba certificado o tenía lo suficiente soportes como para que la interventoría lo certificara y otro valor adicional no lo tenía."

En el curso de la declaración, el citado testigo refirió que la exigencia documental de la interventoría para efectos de la revisión detallada de los soportes del proyecto, también era producto de lo exigido en el Otrosí No. 2 del contrato suscrito entre la ANI y la interventoría:

"DR. GALLEGO: Usted hizo mención aquí casualmente al otrosí No. 2 del contrato de interventoría, usted recuerda lo que establecía ese contrato en el numeral 5.3.4.4?

(...)

DR. GALLEGO: Gracias Presidente. Me refiero a 5.3.4.4 del otrosí No. 2, podría usted leerlo para el Tribunal.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

SR. CORAL: Sí señor. “La interventoría deberá realizar en la etapa de liquidación todas aquellas actividades encaminadas a la verificación de las obligaciones contractuales del concesionario para esta etapa, especificadas en el contrato de concesión, otrosíes y apéndices técnicos.

Al respecto, la interventoría desarrollará las actividades que sean aplicables del numeral 5.3.3 del anexo 4 y adicionalmente las siguientes:

Realizar la revisión del informe que sea presentado por la fiduciaría en atención al numeral 18.2 literal b de la parte general del contrato de concesión, así como los soportes que haya tenido en cuenta para emitir y emitir su concepto al respecto.

Revisar los registros contables del patrimonio autónomo del contrato de concesión registrado en los estados financieros y certificar los mismos emitiendo las observaciones que sean pertinentes.

Verificar que el concesionario y la fiduciaria realicen la entrega de la información requerida para la valoración de los costos incurridos en desarrollo del contrato de concesión, así mismo se deberá revisar dicha información y en caso de encontrar alguna inconsistencia solicitar las respectivas aclaraciones al concesionario y/o a la fiduciaria, en caso de que se generen controversias entre el concesionario y la ANI apoyar, conceptuar y asesorar a la Agencia durante el proceso.

Verificar entre las diferentes áreas, técnica, predial, social, ambiental, jurídica, financiera, administrativas que las inversiones presentadas por el concesionario y que sean objeto de reconocimiento correspondan a la realidad del contrato de concesión a lo efectivamente ejecutado y en todo caso considerando los precios del mercado.

Finalmente, revisar la liquidación y/o reclamación económica que presente el concesionario ante la ANI o ante la instancia que compete en aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos para su reconocimiento y otorgar su valoración y concepto respectivo.”

DR. ÁLVAREZ: Perdón, ese otrosí en qué momento de la ejecución del contrato de concesión se da?

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

SR. CORAL: *Sí señor, este otrosí es a final del contrato cuando cambian los perfiles para efectos de reversión y liquidación y tiene fecha de 31 de julio de 2017, vale recordar, de esa fecha en adelante seguramente ocurrió toda la reversión y solamente hasta el 2018, más o menos en abril en adelante se da etapa de liquidación.*

DR. ÁLVAREZ: *O sea, ¿ya se sabía que el contrato estaba en una causal de terminación por mutuo?*

SR. CORAL: *Sí señor, seguramente sí porque aquí incluye este otrosí fundamentalmente, es para incluir las nuevas obligaciones de la interventoría en esas etapas.*

DR. ÁLVAREZ: *¿Usted conoce si el concesionario conoció de ese otrosí?*

SR. CORAL: *No señor, no tengo conocimiento."*

(...)

Seguidamente, el testigo reitero el papel que asumió la interventoría en la verificación de los conceptos para efectos de liquidación del contrato:

"DR. GALLEGO: Según otras de sus respuestas usted como interventoría, usted no en particular sino la interventoría, tenía un rol de verificación, ese rol de verificación si el contrato se desarrollaba normalmente qué alcances tiene distintos a si se desarrollaba o se terminaba anormalmente, ¿podría explicar eso al Tribunal por favor?

SR. CORAL: Sí señor, tal vez lo mencionaba en la introducción de mi presentación, normalmente en un contrato de concesión la interventoría es una interventoría integral, técnica, legal, financiera, contable, ambiental, social y predial, es decir, es absolutamente integral y acompaña al concesionario, supervisa las actividades del concesionario de manera general, mira que se estén haciendo los pagos de la fiduciaria, mira que el proyecto se esté cumpliendo dentro de la etapa preoperativa o en la etapa de preconstrucción, en la etapa de

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

construcción, en la etapa de operación, que se esté realizando conforme a los indicadores que tiene ese contrato.

Normalmente estos contratos lo que verifican muy fuertemente la interventoría es el índice de servicio, algún indicador que permita verificar si el concesionario está cumpliendo con el índice que ofreció y el índice de servicio pues está atado a una carretera a la calidad o el servicio que presta o el estado del asfalto, a unas condiciones técnicas que permanentemente está verificando la interventoría.

No entra al detalle a mirar las cantidades porque, por ejemplo, un concesionario puede tener una muy buena capa de rodadura, pero en su modelo decidir cambiar cada 3 años, otro puede decidir cambiarla cada 5 años, dependiendo siempre y cuando esté cumpliendo el indicador, entonces las cantidades de obra no son un referente en un contrato de concesión ni la interventoría hace una interventoría de esta naturaleza, es un seguimiento permanente de todas las actividades.

En la gestión predial igual, el concesionario hace la gestión predial y la interventoría verifica que se haya agotado toda la metodología para la adquisición de un predio, que se haga de conformidad a la ley pero no interviene más allá de esa actividad, así ocurre en lo social, en lo ambiental, verificar que se haya licenciado el proyecto, eso es lo que normalmente se hace, en este caso en particular que en el contrato podemos encontrar más detalladamente las actividades pero de manera general esa sería la utilidad.

(...)

DRA. PRADA: Okey. Otra pregunta, la interacción de la interventoría para todo este tema de la liquidación como era, es decir, según veo en el otrosí No. 2 que acaban de allegar al expediente, la labor principalmente era verificar todo el tema de soportes de la fiducia y requerir la información a ella pues que no le fuera suficiente para acreditar a ustedes los costos, quiero preguntarle: ¿ustedes requirieron a la fiduciaria durante la etapa de liquidación para que diera soportes adicionales?

SR. CORAL: Sí señora, en repetidas oportunidades lo hicimos, es más, nos metimos en las oficinas de la fiduciaria a suplicarles soportes y a tratar de organizar lo que

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

tenían allá para que nos lo pudieran entregar, sí, y nos entregaron lo que pudieron, lo que tenían y sí le hicimos, la respuesta es sí lo hicimos.

Me había preguntado antes la interacción, con el concesionario era muy fluida como le digo, teníamos reuniones, si no eran diarias eran semanales, ellos a pesar de que estaban en Medellín estaban todo el día pendientes, mucha discusión, obviamente había mucho desgaste en la discusión de que por qué me pide soportes, que esto está a nombre de pedir soportes pero aparte de eso era diaria.

Y, como le digo, había un comité y, sino estoy mal, eran los viernes en la ANI porque yo asistí a un par de ellos donde proyectábamos la sábana y empezábamos de la tanda de facturas que hemos revisado porque era un volumen gigantesco de facturas, entonces de la tanda de esta semana que hemos revisado 500, esta no, está no y por qué no, el concesionario iba con todo su equipo, financiero, legal, todo, tomaban nota y lo mandaban esa semana, entonces la siguiente semana se daba reporte de lo que él había actualizado más lo que habíamos revisado y así sucesivamente hasta que ya se cansaron, hasta julio."

En concordancia con los testimonios expuestos, la prueba documental allegada al proceso evidencia la conducta de las partes tendientes a la liquidación del contrato y la información allegada para estos fines así:

Mediante **Comunicación 20184090171082 del 19 de febrero de 2018 que obra en el archivo digital No. 17** del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI y **comunicación 20184090183182 del 22 de febrero de 2018 aportada en la carpeta digital No. 38** de las pruebas de la reforma de la demanda mediante USB que obra en el folio 2 del mismo cuaderno, **el Concesionario** le solicita a la ANI la liquidación parcial del contrato de concesión 006 de 2015. Dentro de los anexos relacionados con la última comunicación, se evidencia que el concesionario allega con su solicitud:

"Anexos:

- Documento Excel que contiene cifras y aplicación de la fórmula de liquidación, acompañada con archivo digital en USB.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

- Certificado Fiduciaria Bancolombia de 13 de febrero de 2018 en relación con Pagos de Primas de las Pólizas 1334052 y 2021650-5 (ambas Póliza de Cumplimiento), 361508-8 (Responsabilidad Civil Extracontractual), 0046735-3 (Obras Civiles Terminadas y todo riesgo en construcción) y 1017045-1 (Sección II)
- Certificación Fiduciaria Bancolombia de 14 de febrero de 2018 en relación con los aportes de las Subcuentas de la Cuenta ANI, así como la Subcuenta Predios, Subcuenta Compensaciones ambientales y Subcuentas Redes
- Certificación Fiduciaria Bancolombia de 12 de febrero de 2018 en relación con los Costos de Estructuración ANI.
- Radicado ANI 2017300018782-1 del 20 de junio de 2017
- Certificación Fiduciaria Bancolombia de 12 de febrero de 2018, en relación con los pagos de Estudios de Trazado y Diseño Geométrico y los Estudios de Detalle del Contrato EPC celebrado con Construcciones El Cóndor S.A., discriminados por facturas, se anexa copia del Contrato EPC descrito y sus modificaciones (4 modificaciones), Contrato de estudio de tráfico 004-2015 con STEER DAVIES & GLEAVE LIMITED SUCURSAL COLOMBIA, Contrato de prestación de servicios 016-2016 con Consultoría y Perforación Ltda., Contrato de consultoría No. 29 de 2016 con INDRA COLOMBIA LTDA., Contrato de consultoría No. 032 de 2016 con FQ TECNOLOGÍA S.A.S., Contrato actualización estudio de tráfico No. 033 de 2017 con STEER DAVIES & GLEAVE LIMITED SUCURSAL COLOMBIA, Conteo vehiculares diarios detallados con DIANA LUZ CONSUEGRA ORTEGA.
- Certificación Fiduciaria Bancolombia 17 de febrero de 2018, en relación con los pagos efectuados en la consulta previa.
- Certificación Fiduciaria Bancolombia de 15 de febrero de 2018, en relación con los pagos de los Contratos: Pavimentos y Construcciones El Dorado S.A.S., Contrato 05 de 7 de septiembre de 2015, y la Macuira Inversiones y Construcciones S.A., contrato 06 del 7 de septiembre de 2015.
- Certificaciones Fiduciaria Bancolombia de 17 febrero 2018, en relación con los pagos al contratista Seguridad Móvil de Colombia en los siguientes Contratos: Contrato de Vigilancia en la modalidad de transporte de valores y actividades

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

conexas Estación de Peaje de San Juan No. 20 de 2016, Rincón Hondo No. 21 de 2016, San Diego No. 22 de 2016 y Río Seco No. 23 de 2016; Contrato de servicios de vigilancia y seguridad privada No. 015 de 2016 con sus 4 otrosíes con SERACSYS LTDA; Contrato ambulancias No. 003 de 2015 con SISMÉDICA LTDA.

- Certificación Fiduciaria Bancolombia 16 de febrero de 2018 en relación con la adquisición de los siguientes vehículos, adquiridos en función del Convenio con la Policía de Carreteras y trasladados al Invias descritos con las siguientes placas ZWR32D, ZWR33D, ZWR34D, ZWR35D, ZWR36D, ZWR37D, ZWR38D y ZWR39D, INO151, INO142 y INO001.

- Certificación Fiduciaria Bancolombia de 14 de febrero de 2018, en relación con los pagos de GMF

- Certificación Fiduciaria Bancolombia de 14 de febrero de 2018, en relación con el pago del impuesto de los vehículos objeto de reversión que corresponde a las placas ZWR32D, ZWR33D, ZWR34D, ZWR35D, ZWR36D, ZWR37D, ZWR38D y ZWR39D."

Mediante **Comunicación 20183000083781 del 16 de marzo de 2018 que obra en el archivo digital No. 6** del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI, **la ANI** da respuesta al Concesionario sobre las comunicaciones con radicado ANI No. 20184090171082 del 19 de febrero de 2018 y 20184090183182 del 22 de febrero de 2018, con respecto a la solicitud de liquidación Parcial del Contrato y hace las siguientes anotaciones:

(...)

"... es claro que debido a las salvedades y puntos en disputa que se consignan en el Acta de Liquidación Bilateral, ésta no será la liquidación definitiva, sino que se hará necesario una instancia adicional en la que se resuelva aquello que no fue objeto de acuerdo.

Es en los anteriores términos que se entiende el Concesionario ha hecho alusión a un Acta de Liquidación Parcial, sin perjuicio de que aquél exponga un entendimiento contractual, normativo y jurisprudencial adicional en una nueva

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

comunicación, lo cual evidentemente será analizado por parte del Interventor y la Agencia.

II. Información de la Fiduciaria y Conceptos del interventor previos para liquidar:

En la Sección 3.16 (I) (viii) de la Parte General se establece el deber de la Fiduciaria por presentar un informe detallado del estado del Patrimonio Autónomo para efectos de la liquidación:

"Dentro de los noventa (90) Días siguientes a la fecha de suscripción del Acta de Reversión, la Fiduciaria deberá presentar a la ANI un informe detallado del estado a dicha fecha del Patrimonio Autónomo. Este informe servirá de base para la liquidación del Contrato".

La Sección 18.2 (b) de la Parte General reitera lo anterior, y añade que debe incluir un informe del recaudo en la Subcuenta Autónoma de Soporte, también para efectos de la liquidación:

"Dentro de los noventa (90) días siguientes a la suscripción del Acta de Reversión la Fiduciaria deberá proporcionar a la ANI un informe detallado acerca del estado de cada una de las cuentas y subcuentas del Patrimonio Autónomo; incluyendo un informe de recaudo por Departamento de la Subcuenta Autónoma de Soporte; este informe será utilizado por las Partes para la liquidación del Contrato".

Dichos informes revisten de una importancia considerable, si se tiene en cuenta que para el pago respectivo debe establecerse en cuál plazo o condición se efectuará, y ello depende, entre otros aspectos, del reporte de la Fiducia sobre cuánto se debe transferir y cuánto se tiene disponible para pagar.

Por ejemplo, según la Sección 18.2 (c) (i) de la Parte General, se requiere conocer a cuánto ascienden "Los excedentes de la Cuenta Proyecto; exceptuando los recursos de la Subcuenta Predios, Subcuenta Compensaciones Ambientales y Subcuenta Redes" pues estos "serán entregados al Concesionario...". Asimismo, conforme a la Sección 18.2 (c) (ii) de la misma Parte se requiere el monto de "Los excedentes de la Cuenta ANI, con todas sus subcuentas", pues en el supuesto de la Sección 18.4 (b), estos se entregarán al Concesionario en unos tiempos y plazos definidos: "Cuando de las fórmulas establecidas en la Sección 18.3 anterior surja la obligación de algún reconocimiento económico a cargo de la ANI y a favor

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

del Concesionario, la ANI cancelará esta obligación con los saldos disponibles en las cuentas y subcuentas a las que se refiere la Sección 18.2 (c) (ii) de esta Parte General. Si estos recursos no fueren suficientes, la ANI contará con un plazo de mil ochocientos (1800) Días contados desde el Día Hábil siguiente a la fecha en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato para el pago del saldo..." (Sección 18.4 (b) de la Parte General).

Ahora bien, de acuerdo con la Sección 18.3 (e) de la misma Parte, la fórmula prevista para la liquidación Implica, entre otros, reconocer valores efectivamente desembolsados o aportados, valores que Implican que la Fiduciaria y la Interventora los hayan constatado, pues de acuerdo con la fila denominada ARh de la Tabla prevista en la Sección 18.3 "el valor reconocido...no podrá ser superior al consignado en los registros contables del Patrimonio Autónomo para estos rubros, registrados en los estados financieros y certificados por el interventor".

Como se advierte de lo anterior, es indispensable que la ANI tenga una información completa como la que se desprende del Informe de la Fiduciaria para, entre otros, estructurar los pagos que correspondan. Adicionalmente, en el marco de la labor de seguimiento que le compete legal y contractualmente a la Interventora, esta debe revisar y pronunciarse previamente sobre los conceptos y valores a reconocer.

Por lo anterior, es importante aclarar que el pronunciamiento de la ANI respecto a los anexos de los oficios de la referencia, así como a lo indicado en cada uno de los costos relacionados en el componente Arh, procederá una vez se haya surtido la gestión de la Fiduciaria y de la Interventora precedentemente descrita.

Adicionalmente, entendemos que el Concesionario está haciendo entregas parciales de información, con el fin de que facilitar la labor de revisión que el Interventor efectuará sobre una extensa documentación que atañe a la liquidación del Proyecto Cesar - Guajira, y así promover una organización más adecuada. Sin embargo, esto conlleva a que no sea claro el valor definitivo a reconocer, pues el Concesionario manifiesta en su carta remisoria que no ha aportado toda la documentación que se requiere para efectuar la liquidación de varios conceptos previstos en la fórmula de liquidación de la Sección 18.3 (d),

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

tales como primas de seguros¹², Estudios de Trazado y Diseño Geométrico y Estudios de Detalle, Intervenciones ejecutadas por el Concesionario y verificadas por el Interventor, Costos de Operación y Mantenimiento¹³, y costos de Gestión Social y Ambiental.¹⁴

En complemento de lo anterior, la Interventoría ha puesto de presente en reunión con la ANI del pasado 27 de febrero, su interés por revisar en su integridad la información de la liquidación, de manera que se evidencia la necesidad de entregar por parte del Concesionario a la Interventoría, en la medida de lo posible, la documentación completa por cada tópico. Lo anterior en aras de agilizar la revisión y facilitar el cumplimiento del plazo establecido para la etapa de liquidación, que es de apenas 180 Días contados a partir de la suscripción del Acta de Reversión.

Por otra parte, con el fin de economizar tiempo en la respuesta por parte de Interventoría, se solicita que la información para efectuar la liquidación sea entregada directamente a la Interventoría con copia a esta Agencia."

¹² Al respecto indicó: "lo aportado sobre este concepto no agota todos los costos en que ha incurrido la Concesión a través de la Fiducia en relación con el pago de primas, los cuáles serán presentados para una segunda liquidación parcial y/o final, y que sean diferentes a las acá consignadas".

¹³ En relación a los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico, Estudios de Detalles, Intervenciones y Costos de Operación y Mantenimiento indicó: "Lo aportado sobre este concepto no implica que sobre el mismo no se presente para una segunda liquidación parcial y/o final, otros Costos asociados...por otros contratos que haya suscrito el Concesionario, o de Contratos que su objeto tenga relación con el mismo concepto y que no sean reconocidos en otros componentes de la fórmula".

¹⁴ Al respecto indicó: "Sobre este punto, y sin que se agote toda la pretensión de reconocimientos de los Costos en que el Concesionario ha incurrido por este concepto...". Valga señalar que el Concesionario invoca el Acta de Entendimiento suscrita en marzo de 2017 como apoyo a su solicitud para el reconocimiento de los costos de la consulta previa, sin embargo, en dicha Acta se alude a la Sección 18.3 (d) de la Parte General que, a su vez, hace parte de la fórmula de liquidación en Fase de Preconstrucción. En este sentido, se aclara que el trámite de consulta previa hace parte de la Gestión Social de acuerdo con lo siguiente: a) La Sección 8.1 (a) de la Parte General dispone: "(a) La Gestión Social y Ambiental requeridas para la ejecución de las Intervenciones estará a cargo del Concesionario quien desarrollará dicha labor atendiendo en un todo la distribución de obligaciones y responsabilidades establecidas en los Apéndices Técnicos 6 y 8 del presente Contrato, de conformidad con la ley 99 de 1993 y sus decretos reglamentarios, y demás normas concordantes y vigentes en la materia, así como la Constitución Política de Colombia -y las normas que la desarrollen- en lo relativo a consultas con comunidades indígenas y afro-descendientes, de acuerdo con la Ley Aplicable"; b) En el numeral 2 del Apéndice Técnico 8, los objetivos de la Gestión Social son "criterio de interpretación de las obligaciones del Concesionario"; dentro de dichos objetivos, se encuentra "promover entre las comunidades de la apropiación, respeto y sentido de pertenencia de las obras que se adelanten", "facilitar y potencializar la integración del proyecto en el ordenamiento y realidad social, geográfica, administrativa, jurídica y económica de la región influenciada con su ejecución", así como el "establecimiento de canales de participación, creando relaciones de credibilidad y confianza) En la Sección 4.1 del Apéndice 8, estableció a cargo del Concesionario la obligación de "adelantar los procesos de consulta previa en los casos que el Ministerio del Interior certifique la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del Proyecto d) En la fórmula de Liquidación del Contrato prevista en la viñeta quinta del componente ARh de la Sección 18.3 (e) se señala: "(...) Para los Meses h posteriores a la Fecha de Inicio se reconocerán exclusivamente los costos asociados con las siguientes actividades: (...) Costos de la Gestión Social y Ambiental (exceptuando los hechos contra la Subcuenta de Compensaciones Ambientales), en el Mes h".

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

A su turno, **en el archivo digital No. 39 aportada en la reforma de la demanda a través de USB que reposa en el folio No. 2 del cuaderno de pruebas No. 2, mediante Comunicación Rad. No. 20184090310442 de 26 de marzo de 2018 la Interventoría** se pronuncia frente a la misma solicitud del concesionario, en términos similares a la ANI destacando la importancia de contar con el Informe de la Fiduciaria de que trata la Sección 18.2 del Contrato de Concesión para efectuar la liquidación, pero también pronunciándose frente a la documentación entregada por el concesionario y fijando desde un inicio su posición de contar con información adicional para verificar que los pagos realizados por la fiducia:

“De conformidad a esta Sección, antes de darle alguna destinación a los recursos que reposen en ese patrimonio autónomo, será menester contar con el informe de que trata el literal precitado, pues específicamente menciona que será ese y no otro tipo de informe, el que será tenido como soporte para la liquidación del contrato, de suerte tal que no aplicarán las certificaciones, así éstas sean igualmente emitidas por la Fiduciaria.

(...)

De contera a lo expuesto en el presente documento se tiene que, respecto de cada uno de los puntos tratados, esta Interventoría concluye lo siguiente:

Dado que la ley y la jurisprudencia no prevén la posibilidad de suscribir actas parciales de liquidación, sino que conciben tal actuación como un acto único y, dado que existen algunos puntos respecto de los cuales, no existe discrepancia en cuanto a su causación, existencia y pago, sería posible a la luz del marco legal existente, suscribir un acta de liquidación bilateral en que se reconozca el pago por tales valores y se expresen salvedades respecto de aquellos montos y actividades respecto de los cuales, no exista un acuerdo.

En lo que respecta a la metodología a aplicar para la certificación de los costos relacionados con las actividades objeto del proyecto, esta Interventoría se adhiere a la metodología planteada por la CGR, a efectos de emitir la certificación que le exige el Contrato sobre los valores a reconocer, para lo cual se considera necesario, realizar una verificación no solo de las facturas pagadas por la entidad fiduciaria, sino la comprobación de la contabilidad de los terceros para validar que los pagos efectuados, efectivamente correspondían a un costo que guardara relación con el proyecto.

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de disponer de los recursos que reposan

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

en el patrimonio autónomo teniendo como fundamento las certificaciones emitidas por la entidad fiduciaria, esta Interventoría manifiesta que de acuerdo a lo previsto en el contrato de concesión, el documento que debe ser tenido en cuenta para tales efectos, debe ser el informe final de fiducia y no otro, de manera que habrá de estarse a lo indicado en dicho documento, sin perjuicio de las solicitudes adicionales de soporte que la Interventoría considere necesarias."

Mediante **Comunicación 20184090330602 del 4 de abril de 2018 que obra en el archivo digital No. 19** del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI, **el Concesionario** se pronuncia frente al comunicado con radicado 20183000083781 y la negativa de la ANI sobre la liquidación parcial del contrato; por esta razón, el Concesionario solicita insistir a la Interventoría para que se haga revisión a la información presentada mediante el documento con radicado ANI 20184090171082 del 19 de febrero de 2018 con el objetivo de determinar si dicha información es suficiente para los rubros allí indicados.

En respuesta al comunicado No. 20184090330602, mediante **comunicación 20183000123071 del 24 de abril de 2018 que obra en el archivo digital No. 7** del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con la contestación de la reforma de la demanda, **la ANI** le informa al Concesionario que con fundamento en lo dicho por la gerencia jurídica de la agencia, es necesario suscribir una única acta de liquidación con el balance final del contrato efectuado por las partes de manera que *"se haga entrega a la Interventoría de la documentación completa por cada tópico, de conformidad con la Sección 18.3 de la Parte General del Contrato del asunto, toda vez que hasta el momento solo ha hecho una entrega parcial de información con la cual no es posible establecer el monto final a liquidar."*

En el documento digital No. 42 anexo con la reforma de la demanda, contenido de la comunicación No. 39CCG001-20180510000188 de 10 de mayo de 2019 a la que se le asignó el radicado 20184090467292, el Concesionario responde la comunicación Rad. No. 20184090310442 de la interventoría referida anteriormente y señala:

"En relación con la metodología, la Interventoría cita un reciente pronunciamiento de la Contraloría General de la República en el caso del contrato suscrito entre Cormagdalena y Navelena, esto en el marco de su análisis sobre antecedentes de liquidación de contratos estatales cuya terminación se dio de forma anticipada.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Con base en dicho análisis y por supuesto extensión de lo ocurrido en el mismo, dice la Interventoría que para nuestro caso, la verificación debe trascender el simple análisis de las facturas presentadas y pagadas por la Entidad Fiduciaria, y por lo tanto procederá a analizar que dichas facturas efectivamente remuneraron actividades relacionadas con el proyecto, para lo cual procederá a realizar la verificación soportada por la contabilidad del Contratista del contrato EPC.

Sobre lo pertinente, consideramos que la Interventoría omite el análisis de detalle en las particularidades del caso Cormagdalena-Navelena, pues si bien el ente de control reprochó los soportes de la liquidación para dicho contrato, que fueron los valores brutos registrados en los Estados Financieros certificados mes a mes por la fiducia, no es suficiente esto para decir que en nuestro caso, debe la Interventoría proceder a desconocer lo pactado en el Contrato, y exigir del Concesionario información a la cual incluso no tiene acceso y control por pertenecer a terceros, o que en otros casos, la misma no puede ser suministrada por tener reserva legal, como ocurre con los libros y papeles comerciales del comerciante de acuerdo con lo establecido en el artículo 61 del Código de Comercio. A esto le agregamos que la causa de terminación en uno y otro contrato son completamente diferentes, en el caso de Cormagdalena la causa de terminación del Contrato es una caducidad imputable al Contratista por no obtener el cierre financiero, en nuestro caso la terminación no es imputable a ninguna de las Partes, y se materializó por la insuficiencia de los mecanismos de riesgos para sopesar y establecer el equilibrio económico afectado por riesgos asignados a la ANI.

Sin perjuicio de la relevancia de la participación y competencia de la Contraloría para ejercer su labor de control fiscal, queremos hacer notar que la situación que hoy nos ocupa es completamente diferente, pues si se analiza con detalle el caso de Navelena, encontramos que dicho contrato fue revertido el 5 de octubre de 2017, y liquidado el día 12 del mismo mes y año, y la interventoría de dicho contrato solo tuvo en cuenta los documentos contables y soportes suministrados por la entidad Fiduciaria mes a mes, en la cual se incorporó los valores brutos registrados en los Estados Financieros del Fideicomiso; lo cual en nuestro caso es totalmente diferente pues ésta no es la información que exige el Contrato de Concesión 006 de 2015, para la liquidación del mismo, toda vez que lo contenido

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

en la Sección 18.2 (b) de la Parte General establece que la Fiduciaria deberá entregar un informe detallado acerca del estado de cada una de las cuentas y subcuentas del Patrimonio Autónomo, y la Sección 18.2. (e) dice que el valor que corresponde al componente ARh, como parte de la liquidación, no podrá ser superior al consignado en los registros contables del Patrimonio Autónomo para estos rubros, registrados en los estados financieros y certificados por el Interventor.

Para el contrato que nos ocupa, el cual fue revertido el pasado 18 de febrero de 2018, Fiduciaria Bancolombia vocera y administradora del Fideicomiso PA APP Cesar-Guajira que sirve como administración, garantía, fuente de pago y pagos del proyecto, presentó mediante comunicación con Radicado ANI 2018-409-0433-03-2 del 2 de mayo de 2018, la certificación que da cuenta del estado de las cuentas y subcuentas del Patrimonio Autónomo; con esta información se cumple por parte de la fiducia con lo exigido en la Sección 18.2 (b) de la Parte General del Contrato. Adicionalmente, y como parte de los informes solicitados a la Fiduciaria, la misma está preparando un informe de detalle que incluye todos los movimientos contables en el Proyecto, discriminados tal y como se describen en la siguiente tabla, de esta forma se pretende facilitar la labor de la interventoría en la verificación de los costos asociados al Proyecto y que corresponden a todos los que están enunciados en la fórmula de liquidación consignada en la Sección 18.2. (e) de la Parte General. Este informe está acompañado por todas las Ordenes de Pago y facturas relacionadas que reposan en la Fiducia, las cuales corresponden a las facturas presentadas a nombre de la Concesión Cesar Guajira."

Además de presentar su desacuerdo sobre la metodología señalada por la interventoría referida a los soportes que acrediten los valores a reconocer, en dicha comunicación el Concesionario explica la información que considera suficiente "de cara a probar, no solamente el efectivo costo que le representó al proyecto, sino también la relación que dicho costo tienen con el mismo".

Mediante **Comunicación 20184090525762 del 23 de Mayo de 2018 que obra en el archivo digital No. 25** del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI, **la Interventoría** da respuesta a la comunicación anterior No. 20184090310442 del 10 de Mayo de 2018 del Concesionario. En ella la Interventoría retoma una tabla realizada por el Concesionario en el oficio que contesta y le agrega una columna contentiva de la

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

posición de la Interventoría frente a la información necesaria para acreditar cada uno de los conceptos del ARh, siendo visible en esta comunicación, la posición inicial de ambas partes en relación con la información necesaria para el reconocimiento del componente ARh de la fórmula de liquidación del contrato.

Los aspectos pertinentes de esa comunicación frente a cada uno de los conceptos pendientes de reconocimiento, serán citados al momento de abordar el análisis de cada uno de ellos, para ir evidenciando en que consistían los requerimientos documentales de la Interventoría para proceder a la verificación y reconocimiento de los rubros correspondientes.

"2. Sobre la metodología

La recomendación realizada por esta Interventoría en el sentido de emplear la metodología señalada por la Contraloría General de la República tiene como única finalidad tomar en cuenta un antecedente reciente en el ámbito nacional, en el cual el ente de control, en total uso de sus facultades, sentó una posición respecto al mecanismo que debe emplearse para el reconocimiento de bs valores ejecutados dentro del marco de un contrato de concesión en el cual las inversiones no son recuperadas.

En ese sentido, si bien el hecho que motivó el pronunciamiento de la Contraloría traído a colación por esta Interventoría en la pasada comunicación, fue diferente, si existe un elemento común y es que una entidad pública deberá realizar desembolsos con cargo al patrimonio público, para efectuar unos reconocimientos a un privado que no pudo recuperar sus inversiones mediante la ejecución del contrato suscrito.

En ese orden de ideas, cobra total relevancia y resulta más que pertinente, atender los lineamientos impartidos por el ente de control.

Con relación a la matriz propuesta por el Concesionario donde se detallan por concepto los documentos soporte a entregarse para la validación y reconocimiento por parte de la Interventoría y que es incluida en el literal ii de su comunicación, esta Interventoría se pronuncia a continuación, en la columna denominada "Observaciones Interventoría:"

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En ese contexto de fijación de la posición de las partes en torno a la documentación que debía reunirse para efectos de liquidar el contrato, **Fiduciaria Bancolombia allegó, entre otros, los siguientes documentos con el fin de dar cumplimiento de lo dispuesto en la sección 18.2 (b) del Contrato Parte General**, esto es la obligación de la fiduciaria de allegar un informe detallado acerca del estado de cada una de las subcuentas del patrimonio autónomo incluyendo un informe de recaudo por Departamento de la Subcuenta Autónoma de Soporte:

- **Comunicación 20184090433032 del 2 de mayo de 2018 que obra en el archivo digital No. 20** del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI, contentivo del informe de recaudo por Departamento de la Subcuenta Autónoma de Soporte correspondiente a la certificación expedida por la contadora de Bancolombia con la acreditación de los saldos a febrero de 2018 por este concepto.

- **comunicación No. 20184090489222 del 18 de mayo de 2018 que obra en el archivo digital No. 22** del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI, por conducto de la cual, Fiduciaria Bancolombia allega certificaciones de los años 2015, 2016, 2017 y 2018 a las que se adjunta una tabla por cada año, que enlista factura, tercero, Nit, No. cuenta, nombre de cuenta, fecha de causación, valor bruto, notas crédito, valor bruto total menos notas crédito, OP, fecha de pago y cuenta de origen, con la cual hace la relación de costos y gastos del Patrimonio Autónomo APP Cesar Guajira *“que corresponden exclusivamente a los costos directos registrados en la contabilidad del Patrimonio Autónomo APP Cesar Guajira desde septiembre de 2015 hasta febrero de 2018”* en las cuales se evidencian los siguientes valores brutos menos notas crédito totalizados por año así:
 - Valor bruto total menos notas crédito a 31/12/2015: \$28.293.707.333,93
 - Valor bruto total menos notas crédito a 31/12/2016: \$33.792.356.689,00
 - Valor bruto total menos notas crédito a 31/12/2017: \$77.282.533.646,45
 - Valor bruto total menos notas crédito a 31/03/2018: \$5.245.543.722,59

Aunque con posterioridad a esta fecha las partes se cruzaron información relevante, es oportuno referir en este punto que adicional a esta información, la fiduciaria complementó y modificó la información inicialmente entregada así:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

- Mediante **comunicación 20184090614012 de 21 de junio de 2018 que obra en la carpeta No. 112** de la USB contentiva de las pruebas allegadas con la reforma de la demanda que obra a folio 2 del cuaderno de pruebas No. 2, que conforme con lo dicho en el Acta de Liquidación Bilateral contiene los soportes de los costos y gastos certificados en el comunicado 20184090489222 junto con sus respectivas ordenes de operación (OP).

- Así como con comunicación No. **20184090656362 de 3 de julio de 2018 que obra en la carpeta No. 113** de la misma USB y que también fue aportada por la fiduciaria el día 13 de septiembre de 2019 mediante el CD consignado a folio 63 del cuaderno de pruebas No. 2 en respuesta al oficio librado por el Tribunal, que conforme a lo referenciado por el acta de liquidación, contiene soportes adicionales a los remitidos con comunicación 20184090614012 incluidas notas de crédito practicadas a las facturas contabilizadas dentro del PA, así como el alcance a las certificaciones remitidas mediante comunicación 20184090489222 adjuntando una tabla por cada año, que enlista factura, tercero, Nit, No. cuenta, nombre de cuenta, fecha de causación, valor bruto, notas crédito, valor bruto total menos notas crédito, OP, fecha de pago y cuenta de origen, con la cual hace la relación de costos y gastos definitivos del Patrimonio Autónomo APP Cesar Guajira *“que corresponden exclusivamente a los costos directos registrados en la contabilidad del Patrimonio Autónomo APP Cesar Guajira desde septiembre de 2015 hasta febrero de 2018”*, con las cuales se modifican los valores brutos contenidos inicialmente certificados, así:
 - Valor bruto total menos notas crédito a 31/12/2015: \$28.405.507.252,93
 - Valor bruto total menos notas crédito a 31/12/2016: \$33.795.091.215,78
 - Valor bruto total menos notas crédito a 31/12/2017: \$77.371.247.160,45
 - Valor bruto total menos notas crédito a 31/03/2018: \$5.245.543.722,59

Retomando el hilo de comunicaciones cruzadas entre el concesionario, Interventoría y ANI desde mayo de 2018 el Tribunal destaca algunas de las más relevantes:

Mediante **oficio No. 39CCG001-2018-051-8000193 de 18 de mayo del 2018 con radicado 20184090503012 de 22 de Mayo de 2018 que obra en la carpeta digital No. 43** de la USB contentiva de los anexos de la reforma de la demanda a folio 2 del cuaderno No. 2 de pruebas, y como documento No. 23 de los anexos de la contestación de la reforma de la demanda en el CD a folio 4 del mismo cuaderno de

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

pruebas, atendiendo a la solicitud de Liquidación del contrato de Concesión 006 de 2015 y al hecho de que la Fiduciaria ya había allegado la relación de costos y gastos del Patrimonio Autónomo APP Cesar Guajira "que corresponden exclusivamente a los costos directos registrados en la contabilidad del Patrimonio Autónomo APP Cesar Guajira desde septiembre de 2015 hasta febrero de 2018", **el Concesionario** hace nueva referencia a la metodología de la liquidación, precisa los valores objeto de su reclamación por cada uno de los conceptos que componen el ARh y allega nueva información para efectos de la liquidación, que conforme a la referida carpeta 43 de los anexos de la reforma de la demanda, obedece a 7 carpetas denominadas Anexo01_CronogramaActividades, Anexo02_relación obras, Anexo03_relación ensayos, Anexo04_Registro fotográfico, Anexo05_SGSST, Anexo06_Gestion predial, Anexo07_GestiónAmbiental.

El oficio es relevante porque en él se fija de forma inicial, el valor que el contratista solicitaba para efectos de la liquidación del contrato.

Por lo demás, en el referido oficio se señala:

"En atención a que el pasado 18 de febrero de 2018 se realizó la Reversión del Contrato de Concesión en los términos descritos en el Contrato de la referencia y en lo pactado en el Otrosí No 10 al mismo, y, en aplicación de la Sección 18.3(e) de la Parte General, solicitamos a la entidad que se proceda de manera prioritaria con la Liquidación del Contrato de Concesión de la Referencia, en tanto la entidad y la Intervendría ya cuenta con todos los insumos necesarios para proceder con la Liquidación, en especial el Informe de costos y gastos mes a mes registrados en la contabilidad, conforme el informe radicado por Fiduciaria Bancolombia mediante Radicado ANI 2018-409-048922-2 de la fecha.

De acuerdo con lo expuesto, a continuación, presentamos la propuesta de liquidación del Contrato aplicando la fórmula consignada en la Sección 18.3(e) de la Parte General que se refiere a la pactada por las Partes en los eventos de la Terminación Anticipada del Contrato en la Fase de Construcción, dado que la terminación del Contrato materializada con el Acta de Reversión del pasado 18 de febrero, es consecuencia de la Acta de Ocurrencia de una causal de Terminación Anticipada del Contrato, suscrita por las Partes e Interventoría el 10 de julio de 2017, fecha en la cual el contrato se encontraba en la Fase de Construcción.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

La metodología que se propone a continuación tiene como premisa el cálculo del valor de la liquidación, considerando los costos certificados por la Fiducia, pero clasificados por cada uno de los componentes de la fórmula, y actualizados al IPC del mes de abril, de allí que de pasarse mes a mes, el valor de la liquidación se incrementaría con el efecto de la actualización del IPC y el componente TE de la fórmula de liquidación.

(...)

CONCLUSIÓN.

De acuerdo con todo lo expuesto, y de acuerdo con las cifras analizadas por la Concesión, junto con los soportes que acompañan esta comunicación, la cifra a reconocerse en la Liquidación del Contrato de Concesión, 006 de 2015 es de \$180.014.938.389 a pesos corrientes de MAYO de 2018, siempre y cuando el mismo se incorpore en un Acta de Liquidación que esté suscrita por las Partes a más tardar el 31 de mayo de 2018. Si llagado dicha fecha no se ha suscrito la citada Acta de Liquidación, el valor deberá ser actualizado con el componente IPC_{m+i} , es decir, con el IPC que transcurra desde la suscripción del Acta de Reversión, siendo esta la causa de la Terminación Anticipada del Contrato, como se explicó en el punto anterior, y el mes / que corresponde al Mes en que se suscriba la Liquidación del Contrato."

Mediante **comunicación 20184090551602 del 5 de junio de 2018 que obra en el archivo digital No. 26** del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI, **el Concesionario** le entregó a la ANI:

"Remisión de OP, facturas y soportes de la Certificación de la Fiducia para Liquidación del Contrato de Concesión 005 de 2015, con el fin de continuar con el procedimiento de Liquidación del Contrato del asunto."

Ahora bien, **mediante comunicación 20184090585442 de 7 de junio de 2018** que obra como documental digital No. 27 del CD de pruebas aportadas con la contestación de la reforma de la demanda a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2, **la Interventoría** se dirigió a la ANI para hacer entrega del cronograma de revisión de soportes requeridos

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

para certificar exclusivamente los costos directos asociados con las actividades descritas en el numeral 18.3 del Contrato de Concesión, modificado por el Otro sí No. 10 y obrantes en los registros contables del Patrimonio Autónomo de los respectivos rubros, registrados en los estados financieros en que además, precisó:

“No obstante lo anterior, tal proceso como bien le consta a esa Entidad, no ha sido sencillo, pues, si bien esta Interventoría, actuado de forma diligente dio inicio a una revisión preliminar a partir del recibo de información suministrada por el Concesionario, a efectos de poder proceder a emitir un pronunciamiento formal por expresa disposición contractual contenida en la Sección 18.2 (b), era menester contar con el informe detallado del estado de cuentas y subcuentas del Patrimonio Autónomo expedida por la fiduciaria, el cual solo se debía emitir dentro de los noventa (90) días siguientes a la suscripción del Acta de Reversión, circunstancia que finalmente tuvo lugar el día 18 de mayo de 2018. En virtud de lo anterior, es claro que contractualmente tal informe de la Fiduciaria era el único documento idóneo para iniciar el respectivo proceso de verificación de los costos incorporados en los registros y rubros contables del Patrimonio Autónomo, sobre los cuales la Interventoría debe emitir la respectiva certificación.

Por otra parte y como también le consta a la Agencia, el proceso de establecer con el Concesionario cuáles serían los soportes de los costos directos asociados de que trata la Sección precisada del Contrato, no ha sido fácil, pues existen discrepancias con ocasión a la información suficiente requerida para acreditar la relación entre los costos presentados por el Concesionario y las actividades ejecutadas en el proyecto.

(...)

Finalmente, vale la pena anotar que los soportes que han venido siendo objeto de la revisión por esta Interventoría, son aquellos requeridos a la luz del contrato, pero también aquellos requeridos para aplicar la metodología propuesta por la Interventoría acogiendo los lineamientos de la Contraloría bajo el entendido que, de acuerdo a lo conversado en las distintas reuniones, es consonante con lo que quiere la ANI, sin embargo, a la fecha de entrega de este cronograma, la Entidad no se ha pronunciado sobre la metodología que desea emplear para los efectos, por lo cual se le solicita su pronunciamiento al respecto a fin de determinar si eventualmente es necesario solicitar otro tipo de soporte”.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En comunicación con radicado ANI 20184090646852 de 29 de junio de 2018 que obra en la USB allegada con la reforma de la demanda como archivo digital No. 48, **el Concesionario** se pronunció frente a la comunicación 20184090525762 de la Interventoría en el siguiente sentido:

“En atención al comunicado del asunto con radicado ICG-OC-0075-18 este Concesionario se permite manifestarse en el siguiente sentido, partiendo de la premisa normativa contenida en el artículo 1602 del Código Civil colombiano según la cual “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, aplicable al presente Contrato por disposición del art. 13 de la Ley 80 de 1993 y de la premisa normativa contenida en el artículo 1494 del mismo Estatuto Civil, según la cual las obligaciones surgen de los contratos, hechos voluntarios de la persona que se obliga, del daño o de la ley. Teniendo claras estas premisas normativas, este Concesionario no puede aceptar que en ejecución de la Etapa de Liquidación del Contrato de la referencia la Interventoría pretenda cambiar las disposiciones contractuales pactadas entre las Partes, que son las únicas que las obligan, partiendo del temor que puede traer un concepto de la Contraloría, particularmente, cambiar la manera como el Contrato de Concesión regula la manera de soportar los costos y gastos a reconocer en un proceso de liquidación -Sección 3..16 (I) (viii), 18.2 (b) y 18.3 (e) Parte General- ante un evento de Terminación Anticipada en Fase de Construcción.

(...)

De acuerdo con lo expuesto y sin perjuicio de la revisión que se hará sobre la información adicional que requiera la Interventoría en el proceso de revisión de los soportes contables, dejamos claro que para este Concesionario, no es aceptable acoger el concepto de la Contraloría emitido para el caso de la Navelena, el cual no constituye un precedente para nuestro contrato, ni siquiera es considerado fuente del derecho, y en virtud de esto estamos ante una controversia no sobre el pago de los montos como lo regula la Sección 18.5 de la Parte General, sino que dicha controversia supera la previsión contractual de disputas en el instancia de la Liquidación, pues la Interventoría está evadiendo la aplicación misma de la cláusula contractual y la fórmula aplicable al proceso de liquidación del Contrato, la cual se encuentra regulada en la Sección 18.3(e) de la Parte General del Contrato.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En este sentido reiteramos que en aplicación del Contrato y sobre los componentes de la fórmula, este Concesionario seguirá la metodología señalada en la comunicación 39-CCG001-20180510000188 con radicado ANI 20184090467292 del 11 de mayo de 2018, sobre la entrega de información soporte para el proceso de liquidación del Contrato. Metodología que por demás está acorde con las disposiciones que en el Contrato tratan sobre asuntos, nos referimos a la sección 3.16 (I) (viii), 18.2 (b) y 18.3 (e) Parte General".

No obstante, adicional a ese pronunciamiento, en dicho oficio el concesionario se pronunció frente a los requerimientos adicionales de información del interventor y relacionó la información que había venido siendo entregada mediante correo electrónico al interventor para efectos de continuar con las validaciones correspondientes de la Interventoría.

Mediante **comunicación 20184090719232 del 18 de julio de 2018 que obra en el archivo digital No. 34** del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI y tras reiterar su posición frente a la información que debe servir para el pago de los costos asociados al componente ARh, el Concesionario allega información concertada en reunión con la Interventoría y allega otra adicional, especialmente en relación con el Contrato EPC, la cual será referida del forma puntual en el análisis concreto del rubro correspondiente.

A su turno, mediante oficio con radicado **ANI 20184090757442 de 27 de julio de 2018** aportado como prueba No. 54 de la USB contentiva de los anexos de la reforma de la demanda que obra en el folio 2 del cuaderno de pruebas No. 2 y como archivo digital No. 36 del CD de la contestación de la demanda a folio 4 del mismo cuaderno, **el Concesionario manifestó que dado que ya estaba por vencerse el plazo contractual para la liquidación no iba a continuar aportando información al nivel de detalle exigido por la Interventoría pues con la información remitida existía suficiente información para reconocer los valores y conceptos reclamados por el concesionario para el componente ARh:**

"Mediante comunicado de este Concesionario con radicado 39-CCG001-20180717000213, radicado ANI No. 2018-409-071923-2 del 18 de julio de 2018, este Concesionario dejó clara su postura en relación con el proceso de liquidación, su

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

avance y la entrega de información. Por lo anterior, mediante la presente reiteramos que lo exigido contractualmente para verificar los valores de los componentes de la Fórmula de Liquidación prevista en la Sección 18.3 (e) de la Parte General del Contrato de Concesión, es la respectiva certificación de la Fiducia, con los soportes que le sirvieron para emitirla, los cuales ya fueron entregados por esta última mediante radicado 20184090489222 del 18/05/2018 y posteriormente se le dio alcance mediante radicado 20184090656362 del 03/07/2018.

Con ellos se entregó la relación de costos y gastos registrados mes a mes, correspondientes a los costos directos registrados en la contabilidad del Patrimonio Autónomo. Debe tenerse en cuenta que de acuerdo con la cláusula sexta, numeral 3 del contrato de fiducia "La Fiduciaria Velará el destino de los pagos mediante la verificación que la orden de pago y sus anexos guarden relación con la ejecución del PROYECTO y que cumplan con las condiciones establecidos en (dicho) contrato para la realización de pagos", con lo cual se garantiza que la certificación de la fiducia más sus soportes, evidencien y sean muestra de la relación directa entre el costo y la ejecución del Contrato de Concesión. A lo anterior, se suma que durante la ejecución del Contrato de Concesión y de Fiducia "el INTERVENTOR revisará directamente en el PROYECTO la efectiva utilización de los RECURSOS y por lo tanto informará a la AGENCIA en la medida que se advierta alguna anomalía en la forma de verificación que se establece en el presente numeral", función ejercida durante la ejecución de ambos Contratos, que garantizó también la relación entre el costos, gasto y ejecución del Proyecto, en la medida que ninguna anomalía fue reportada.

Pese al convencimiento de lo anterior y considerando la naturaleza transaccional del proceso bilateral, hemos atendido las solicitudes de la Interventoría a un nivel de detalle que supera las exigencias contractuales, para intentar lograr los mayores acuerdos posibles. No obstante, dada la proximidad del vencimiento del plazo para la liquidación bilateral, la necesidad que tiene la Interventoría de realizar un estudio de toda la información adicional entregada por el Concesionario mediante correos electrónicos, teniendo en cuenta que la Interventoría debe emitir un concepto sobre lo verificado, y el tiempo que requiere el Concedente para el estudio de dicho concepto, este Concesionario manifiesta a la Interventoría y al Concedente que no entregará más documentación al nivel de detalle solicitado por la Interventoría porque, se

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

reitera, con la información entregada y las certificaciones se cumple lo preceptuado por el Contrato de Concesión. (...)

En línea con la prueba documental, varios de los testigos refirieron que pese a que inicialmente el Concesionario había proporcionado información adicional a la obrante en la contabilidad del patrimonio autónomo a efectos de cumplir con los requerimientos efectuados por la Interventoría para efectos de liquidar el contrato, en julio de 2018 la Concesión se negó a continuar entregando información adicional solicitada por la Interventoría para la verificación de los conceptos a reconocer dentro de la Interventoría.

DIANA XIMENA CORREDOR (gerente financiera de vicepresidencia de gestión contractual) señaló:

DR. GALLEGO: Gracias, presidente. Además de esas inconformidades usted se refirió a que en muchas ocasiones el concesionario se negó a entregar información respecto de los requerimientos que le hacía la interventoría o la ANI, ¿usted le puede explicar el Tribunal en qué consistieron esas negativas?

SRA. CORREDOR: ¿La negativa del concesionario? El concesionario por escrito dejó el precedente que no iba a continuar entregando la información, teniendo en cuenta que desde el punto de vista de lo que ellos entendían, no era necesaria para hacer la revisión de la información. (...)

DR. ÁLVAREZ: Y la razón por la cual el concesionario decía que no era necesaria la información cuál era?

SRA. CORREDOR: Hasta donde recuerdo, lo que ellos argumentaban es que se tenía que pagar con el registro de la fiduciaria, pero para nosotros el registro de la fiduciaria no era un soporte adecuado, porque empezamos a encontrar precisamente esos pagos de registro de operaciones donde hubo un pago a un peaje Las Sombras, cuál peaje Las Sombras si acá no tenemos ningún proyecto que se llame peaje Las Sombras? Empezamos a tener inconsistencias, o digamos, que la certificación de la fiduciaria en un punto me decía un valor, y luego cuando dio el alcance me dio otro valor, y luego en otro alcance otro valor.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Entonces digamos que un solo certificado de fiducia para nosotros no era ningún documento soporte para verificar qué gastos estaban ahí contemplados. Encontramos pues ya mucho en el detalle temas de bebidas alcohólicas, nosotros decíamos hasta qué punto yo tengo que reconocer bebidas alcohólicas dentro de un contrato de concesión que el objeto es la construcción de una carretera o un mantenimiento del proyecto? Entonces digamos que todas esas dudas, y viendo que nosotros como funcionarios públicos nos vemos abocados a procesos de responsabilidad fiscal, pues obviamente nosotros sí estábamos verificando la adecuada ejecución de los recursos teniendo en cuenta que son recursos públicos, y lo que queríamos era tener todos los soportes requeridos para estar tranquilos con el pago que se fuera a realizar al concesionario.

Mientras que **la testigo MARITZA CUBILLOS (profesional financiera de Interventoría)** refirió:

“DRA. MIER: Otra precisión, doctora, yo le entendí al inicio de su intervención que había algunos costos y gastos que no habían sido reconocidos porque no se alcanzó a contar con los soportes documentales.

SRA. CUBILLOS: Sí, señora.

DRA. MIER: Eso quiere decir que no hubo una negativa, sino que no alcanzaron a verificar con los documentos.

SRA. CUBILLOS: No alcanzamos. De hecho, con los tiempos que estaban previstos en el contrato, hubo una comunicación por parte del concesionario en el que dijo, nosotros entregamos hasta aquí porque ya los tiempos necesitamos que se cierre la revisión hasta acá, y por eso en la revisión está súper claro qué documentos hacen falta para empezar a hacer el check.

DRA. MIER: Yo quisiera que usted le precisara al Tribunal si ese no reconocimiento o la ausencia, llamémoslo así, de reconocimiento, obedece a la imposibilidad de verificación de la ejecución o a la imposibilidad de verificación documental.

SRA. CUBILLOS: Documental.

DRA. MIER: Meramente documental.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

SRA. CUBILLOS: Sí, señora."

Y por su parte, el **testigo Alfredo Coral Triviño (Director Jurídico de la Interventoría)** preciso sobre este aspecto lo siguiente:

"Allí vale la pena precisar, yo empecé en abril del 2018 y más o menos a mediados de julio de 2018 a pesar de que veníamos trabajando muy fluidamente con el concesionario y con la ANI en esa revisión de soportes y documentos, mediante un oficio que está citado en el acta de liquidación, no recuerdo el número, pero en el acta de liquidación está citado, de julio sí sé que es de julio de 2018 el concesionario dijo no voy a enviar más información, nosotros no queremos enviar más información para soportar esas facturas y pues el saldo que exista por reconocer o por certificar por parte de la interventoría lo llevaremos al Tribunal de arbitramento.

Consecuencia pues a la interventoría hasta ese punto, es decir, entre abril y julio tuvo acceso a información de soportes contables y por eso se llega a esa cifra y en eso quiero ser muy preciso, la interventoría en su certificación jamás dijo ni ha dicho que él no tenga derecho a otros valores o a mayores valores, la interventoría lo que dice en su certificación es los valores que hasta ese momento, es decir, julio del 2018 si hasta el momento en que nos llegaron soportes pudimos certificar o pudimos verificar.

DR. ÁLVAREZ: Doctor Coral una pregunta, no quiero interrumpirlo, esa carta que usted acaba de mencionar que se refiere a dejar de suministrar información sabe usted en qué circunstancias se produjo, ¿qué llevó a esa carta o no lo sabe?

SR. CORAL: Bueno, no sé qué llevó al concesionario, me imagino estas secciones de trabajo eran complejas, era un equipo contable donde se pedía información contable suficiente para soportar el tema.

Me imagino como este procedimiento era complejo, que la contabilidad de pronto no la tenían tan clara, digamos para conseguir esos documentos soporte y tal vez era mejor, porque ahí también quiero hacer una aclaración, según la cláusula el 18.3 las partes tenían que ponerse de acuerdo respecto a sus valores a partir de la certificación de la interventoría y en caso que las partes, esto es el

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

concesionario y la ANI, no estuvieran de acuerdo pues automáticamente iban a Tribunal de arbitramento como una fórmula de resolver esa controversia frente a esos valores.

Entonces tal vez, no lo sé, esto lo estoy especulando, no tengo soporte de ello, el concesionario prefirió traerlo a esta instancia para agotarlo y no seguir desgastándose presentando soportes pero lo que sí quiero hacer énfasis y si me consta es que la interventoría tuvo toda la intención de certificar todos los valores que fuesen posibles, puso un equipo especializado, la ANI nos contrató un equipo especializado de contadores, jurídico, financiero para hacer esa labor y se interrumpió en julio para proceder a lo que después lo que el concesionario hizo con la ANI, un documento de liquidación, esa es como la participación que tuve en el proyecto, no sé si pasamos a alguna pregunta en particular."

Tras de la negativa del concesionario a entregar información adicional a la Interventoría, la documental arrojada al proceso que sigue a esa fecha empieza a dejar en evidencia los conceptos del componente ARh, así como las correspondientes razones por cada uno de ellos, que fueron esbozados tanto por el concesionario para reclamar el reconocimiento, como por la Interventoría y la ANI para no haber aceptado el valor total reclamado por los mismos en el Acta de Liquidación Bilateral, sobre los que actualmente se cierne la controversia.

Es así como mediante **comunicación No. 20184090818872 del 13 de agosto de 2018 que obra en el archivo digital No. 41** del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI, **el Interventor** entregó a la ANI la primera versión del Informe de validación de costos y gastos con el fin de expedir la certificación de la variable ARh. Este informe fue parcialmente modificado por el Interventor en entregas posteriores fechadas del 8 y 15 de noviembre de 2018, de manera que más adelante se hará referencia extensa al informe de 15 de noviembre de 2018 que reúne la posición final de la Interventoría en relación con las sumas que no fueron reconocidas en la liquidación bilateral suscrita por las partes.

Mediante **comunicación 20183000277891 del 27 de agosto de 2018 que obra en el archivo digital No. 10** del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI, la ANI hace un recuento del trámite que ha conllevado la liquidación e informa al Concesionario

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

que a la fecha no se reúnen las condiciones para la suscripción del Acta de Liquidación Bilateral

"1. Trazabilidad principal de la etapa de liquidación:

Para comenzar, se presentará un recuento de los principales hechos y comunicaciones cruzadas durante la etapa de liquidación, con el fin de contextualizar el presente documento:

- a. El 18 de febrero de 2018 inició la etapa de Liquidación, una vez se suscribió el ACTA DE REVERSIÓN Y TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 006 DE 2015 PROYECTO CESAR - GUAJIRA CELEBRADO ENTRE LA ANI Y CONCESIÓN CESAR - GUAJIRA S.A.S.*
- b. El 12 de abril de 2018, en reunión sostenida entre Concesionario, ANI e Interventoría, el Concesionario se comprometió a remitir el 26 de abril de 2018, el informe final de Fiduciaria establecido contractualmente.*
- c. El 18 de mayo de 2018, y no el 26 de abril, a través de comunicación con radicado ANI No. 20184090489222, la Fiduciaria remite el "informe de costos y gastos registrados mes a mes que corresponden exclusivamente a los costos directos registrados en la contabilidad del Patrimonio Autónomo APP Cesar Guajira desde septiembre de 2015 hasta febrero de 2018". Como se indicará más adelante, dicho Informe fue objeto de dos complementaciones posteriores.*
- d. El 18 de mayo de 2018, a través del Rad. 20184090493792, reproducido a su vez en el oficio del 22 de mayo de 2018 con radicado ANI No. 20184090503012, el Concesionario realizó entrega de propuesta para la Liquidación Bilateral del Contrato de Concesión.*
- e. El 21 de junio de 2018 la Fiduciaria entregó nuevos soportes relacionados con la certificación que había entregado en mayo, a través del Rad. No. 20184090614012.*
- f. Durante el periodo comprendido entre los meses de junio y agosto, la interventoría presentó informes periódicos, donde relacionó el avance en la*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

revisión de los soportes, con el fin de certificar los costos y gastos presentados en el marco de la ejecución del Contrato de Concesión 006 de 2015. No obstante lo anterior, manifestó en dichos informes lo siguiente: "El reconocimiento está sujeto a verificación de documentos adicionales solicitados y documentos de la ejecución del proyecto", "La validación para efectos de la certificación final de Interventoría se encuentra sujeta a la verificación de los documentos técnicos adicionales que remitirá el Concesionario", "el valor reconocido por estas actividades, será producto de la revisión Final de los costos directos asociados al proyecto producto de la validación de los registros contables del Patrimonio Autónomo y la certificación Definitiva que en tal virtud emita la Interventoría", lo cual no daba certeza de la cifra a reconocer, de manera que no es correcto indicar que las entregas paulatinas que el Interventor ha hecho durante la etapa de liquidación dan cuenta de una manifestación de reconocimiento y acuerdo -como así lo ha indicado en su comunicado 20184090719232 dirigido al Interventor-, pues sólo en el Acta de Liquidación es donde se establece el balance final del Contrato y cuáles son las cifras definitivas a reconocer.

- g. El 3 de julio de 2018 la Fiduciaria entregó nuevos soportes relacionados con la certificación que había entregado en mayo, a través del Rad. No. 20184090656362.*
- h. El 6 de julio de 2018 se realizó reunión entre ANI, Concesionario e Interventoría, donde se presentan observaciones por parte de la Interventoría a los componentes relacionados con el contrato de EPC, enmarcadas en la liquidación del Contrato de Concesión. Se acuerda realizar una reunión entre Concesionario e Interventoría el 13 de julio de 2018, para efectuar aclaraciones y contar con compromisos para la entrega de información pendiente.*
- i. El 13 de julio de 2018, entre Concesionario e Interventoría realizan una mesa de trabajo con el fin de entregar documentación solicitada el 6 de julio, quedando soportados algunos gastos del Contrato EPC.*
- j. El 18 de julio de 2018 el Concesionario entregó a la Interventoría más soportes para la liquidación del Contrato de Concesión, a través de comunicación con radicado No. 20184090719232.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

- k. El 27 de julio de 2018 se realizó mesa de trabajo entre la Interventoría, el Concesionario y la ANI, con el fin de contar con la subsanación u oposición del Concesionario a las observaciones presentadas por la Interventoría frente a las órdenes de operación y demás registros de la propuesta de Liquidación. Es así como el Concesionario entregó a través de correos electrónicos remitidos durante el desarrollo de la mesa de trabajo, copia de contratos que soportaban algunos registros, desenvolviéndose con normalidad la reunión. No obstante, transcurrida la mitad de tiempo concertado para la misma {la cual se programó para todo el día}, el Concesionario manifestó que no entregaría ningún soporte adicional para realizar validaciones de costos de la Liquidación, formalizando esta posición a través de comunicación con radicado ANI No. 20184090757442 del mismo día.
- l. De acuerdo con lo anterior, la Interventoría finalizó sus labores de verificación y liquidación en los siguientes días, y el 10 de agosto en horas de la tarde radicó CERTIFICACIÓN DE VARIABLE ARh, a través de comunicación con radicado ANI No. 20184090812582. Aunque en el documento manifestaba contener anexos, la comunicación citada carecía de los mismos.
- m. Dando alcance al anterior documento, el 13 de agosto de 2018, mediante radicado 20184090818872, la Interventoría radicó el "INFORME DE VALIDACIÓN DE COSTOS Y GASTOS CON EL FIN DE EXPEDIR LA CERTIFICACIÓN DE LA VARIABLE ARh, DE QUE TRATA LA CLÁUSULA 18.3 (e) ...". En la misma fecha, mediante Rad. 20184090817492 el Concesionario manifiesta su disposición para suscribir el acta de liquidación, acta que se ha ido elaborando en los últimos meses, remitiéndose en borrador al Concesionario a través de diversos correos electrónicos.
- n. Los días 14 y 17 de agosto se realizaron mesas de trabajo entre la Interventoría y la ANI, en la cual esta última manifestó sus inquietudes y observaciones preliminares frente a la certificación e informe precedentemente mencionados, algunas de las cuales también fueron transmitidas al Interventor por correo electrónico de la misma semana.

2. Llamado al Concesionario para la continuidad en la entrega de soportes

(...)

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Cuando en la Parte General del Contrato se establece que el valor reconocido en el componente ARh "no podrá ser superior al consignado en los registros contables del Patrimonio Autónomo para estos rubros", es claro que puede ser inferior y que lo consignado en los registros contables, certificado por la Fiduciaria, no es el único elemento probatorio para soportar la liquidación, sino que fue convenido por las Partes como límite máximo a reconocer para cada uno de los componentes.

Ahora bien, es claro que el Contrato no enumera o detalla los soportes con los cuales podrá el Interventor validar las cifras pretendidas por el Concesionario, no obstante, aquél tiene la facultad de pedir información dentro de un grado de razonabilidad y necesidad suficiente, ya que no se pueden destinar recursos públicos al cubrimiento de valores inciertos o injustificados. En el Informe que el Interventor entregó el día 13 de agosto de 2018, aquél evidencia que aproximadamente un cuarenta por ciento (40%) de los registros no pudieron ser validados debido a la ausencia de soportes; de esta manera, aunque comprendemos que su decisión de no continuar entregándolos tiene un sustento que solicitarán sea dirimido o reconocido por un tercero en una controversia, lo cierto es que tal proceder afectaría el valor final de la liquidación, ya que implicaría aguardar los resultados de los mecanismos alternativos de solución de conflictos para obtener estos soportes, con el consecuente incremento que representa la aplicación de la fórmula de liquidación diferida en el tiempo.

(...)

3. Revisión de aspectos adicionales pendientes para la liquidación:

Sin perjuicio de observaciones y/o inquietudes adicionales que transmitan en los próximos días las áreas del equipo de apoyo a la supervisión y demás áreas internas de la ANI, a continuación se referirán los aspectos pendientes del Concesionario y el Interventor cuya subsanación es indispensable para proceder a la suscripción del acta de liquidación del Contrato de Concesión:

A cargo del Concesionario:

a. Remitir documento firmado sobre lo acordado en Comité Fiduciario del 3 de agosto de 2018, con el fin de 1) Garantizar el pago de Comisión Fiduciaria 2) que la Fiduciaria declare que no se genera la terminación del Contrato Fiduciario,

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

teniendo en cuenta los correos electrónicos que se le remitieron al Concesionario y a la Fiduciaria los días 13 y 15 de agosto de 2018.

b. Entrega de planos del Proyecto. La última vez fueron solicitados a través del Rad. No. 20183000266041 del 16 de agosto de 2018.

c. Como confirmaron en la última reunión realizada entre la ANI, la Interventoría y el Concesionario, durante el proceso de revisión de la propuesta de liquidación, han podido advertir que las cifras de algunos componentes de la variable ARh debían variar - por ejemplo, porque se hicieron reintegros o se redistribuyeron más adecuadamente los gastos según su género -, disminuyendo en algunos casos la pretensión del Concesionario. Considerando que es necesario tener total claridad sobre los valores y conceptos definitivos en controversia, y sin perjuicio de lo indicado en el numeral 2 de este escrito, se le traslada la certificación e Informe del Interventor entregados a través de los radicados ANI No. 20184090812582 del 10 de agosto de 2018 y 20184090818872 del 13 de agosto de 2018, con el fin de que emita su pronunciamiento al respecto y defina cuál es su pretensión final para cada actividad reconocida en el componente ARh.

A cargo de la Interventoría

a. Subsanación de observaciones enviadas a través de correos electrónicos de los días 15 y 16 de agosto de 2018.

b. Subsanación de observaciones presentadas en reuniones de los días 14 y 17 de agosto de 2018.

c. Concepto frente al documento de fecha 10 de agosto con el cual el Concesionario entregó respuesta de la Aseguradora frente a la no devolución de prima respecto de la póliza de RCE, solicitado en Rad. 20183000269081."

Mediante **comunicación 20184090866902 del 27 de agosto de 2018 que obra en el carpeta digital No. 99** de los aportados con la reforma de la demanda y No. 42 de los aportadas con la contestación a dicha reforma, **el Concesionario** fijó el valor de la controversia en relación con la liquidación del contrato teniendo en cuenta los resultados del informe de validación de costos y gastos presentado por la Interventoría y radicado en la ANI el 13 de agosto de 2018:

“La diferencia entre lo pretendido por esta Concesionaria y lo efectivamente reconocido por la Interventoría constituye el valor de la controversia que solicitamos sea plasmada en el Acta de Liquidación como salvedades del Concesionario y que determine la Controversia de la misma, insistiendo en que ésta no solo constituye una diferencia numérica o de cifras, sino que la Controversia igualmente vincula, comprende, la Interpretación que las Partes en conjunto con la Interventoría no comparten en relación con la exigencia contractual para verificar los valores de los componentes de la Fórmula de Liquidación previstos en la Sección 18.3(e) de la Parte General del Contrato, pues reiteramos, que es el entendimiento de este Concesionario (como se ha hecho en todas nuestra comunicaciones asociadas a la liquidación del Contrato), que de acuerdo con el Contrato de Concesión, la Interventoría y la ANI, debieron verificar los costos en que incurrió el Concesionario de manera suficiente con las certificaciones que para el efecto emitió dentro del término contractual Fiduciaria Bancolombia en su calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo APP Cesar - Guajira, mediante comunicaciones 20184090489222 del 18 de mayo de 2018 y 20184090656362 del 3 de julio de 2018.

De acuerdo con lo expuesto, anexo a esta comunicación Incluímos un cuadro de Excel que detalla por cada orden de operación y por componente de la fórmula resume lo que para nosotros debe constituir la controversia y las salvedades sobre las cuales nos reservamos el derecho de someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, por las razones previamente citadas en esta comunicación y en aplicación de la Sección 15,2 de la Parte General del Contrato de Concesión. Para ello se procederá a exponer las consideraciones que de orden técnico, contable y contractual soportan y argumentan nuestro desacuerdo con la Interventoría, dejando claro que estos argumentos no agotan todos los fundamentos de la futura controversia asociada a la parte no reconocida en la pretensión de la liquidación del Contrato.

i. ARGUMENTOS DE TIPO CONTABLE

En las certificaciones emitidas por Fiduciaria Bancolombia mediante comunicaciones 20184090489222 del 18 de mayo de 2018 y 20184090656362 del 3 de julio de 2018, se encuentran todos los costos y gastos registrados en la contabilidad del Patrimonio Autónomo de conformidad con las Normas Internacionales de información Financiera (NIC-NIIF) aceptadas en Colombia aplicables a los preparadores de información que conforman el grupo 1.

El Patrimonio Autónomo prepara y presenta los estados financieros, excepto en lo relacionado al Estado de Flujos de Efectivo, sobre la base contable de devengo y/o acumulación que corresponde al registro de partidas como activos, pasivos, patrimonio, ingresos, costos y gastos, cuando satisfacen las definiciones y criterios de reconocimiento y medición previstos para tales partidas contables.

Los costos y gastos certificados por la Fiduciaria, han sido certificados y dictaminados por contador público y auditor externo respectivamente, en los estados financieros auditados emitidos a 31 de diciembre y 30 de junio de cada año según lo dispuesto en el contrato de concesión.

ii. ARGUMENTOS DE ORDEN JURÍDICO - CONTRACTUAL

De conformidad con el Contrato de Concesión, en especial en la Sección 18,2 (b) de la Parte General del Contrato, con posterioridad a la suscripción del Acta de Reversión, la Fiduciaria-Bancolombia, en su calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo APP Cesar - Guajira, presentó a la ANI (como ya se anotó), la certificación y el informe detallado del estado de las cuentas y subcuentas y el detalle de los registros contables el cual se constituye en la base para el reconocimiento de los costos directos asociados a los componentes de la fórmula de liquidación, y será utilizado por las Partes, como expresa la misma Sección para la liquidación del Contrato.

Por esta razón, la información validada, soportada y certificada por la Fiduciaria constituye el soporte contable que debe considerarse para efecto del reconocimiento de los costos en la ejecución del Contrato y con esta información, sin perjuicio de la validación y confrontación de la misma, la Interventoría debió validar el valor a reconocer a favor del Concesionario con ocasión de la aplicación del componente ARh de la fórmula."

Acto seguido, en dicha comunicación, el concesionario fijó la controversia por cada uno de los conceptos que hacen parte del componente AR_h que no fueron aceptados en la primera versión del Informe de validación de costos y gastos hecho por la Interventoría, razón por la cual será citado en lo pertinente, cuando se estén examinando uno a uno los conceptos que este Tribunal debe revisar en detalle por corresponder a aquellos que continúan en controversia, dado que contienen la posición inicial del concesionario para insistir en su reconocimiento.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Mediante **comunicación No. 20183000305461 del 13 de septiembre de 2018 que obra en el archivo digital No. 12** del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI, **la ANI** le solicita al Concesionario aclarar su pretensión definitiva, por cuanto las cifras de liquidación entregadas por el concesionario en radicado 20184090866902 del 27 de agosto de 2018, no eran concordantes entre sí, adicionalmente en dicho oficio se hacen pronunciamientos expresos en relación con las razones para que a la fecha no se hubiesen aprobado la total de sumas reclamadas por el concesionario, así:

- *“Por el concepto de primas de seguros y comisiones, indica como “valor salvedad” la suma de **\$9.189.562**, en la página tercera de su escrito **\$7.722.321**, y la diferencia entre el valor de “pretensión” vs. el “valor certificado por Interventoría”, corresponde a **\$231.585.221**.*
- *Por el concepto de Estudios de Trazado y Diseño Geométrico y Estudios de Detalle, no indica una cifra en la columna “valor salvedad”, de manera que al parecer corresponde a **cero pesos**, sin embargo, la diferencia entre el valor de “pretensión” vs. el “valor certificado por Interventoría”, corresponde a **\$76.893.960**.*
- *Por el concepto de Gestión Social y Ambiental, indica como “valor salvedad” la suma de **\$309.889** sin embargo, la diferencia entre el valor de “pretensión” vs. el “valor certificado por Interventoría”, corresponde a **\$1.173.403**.*
- *Por el concepto de valor Intervenciones ejecutadas, indica como “valor salvedad” la suma de **\$34.809.494.496**, sin embargo, la diferencia entre el valor de “pretensión” vs. el “valor certificado por Interventoría”, corresponde a **\$ 34.699.075.262**.*
- *Por el concepto de Costos de Operación y Mantenimiento, gastos de administración e impuestos, indica como “valor salvedad” la suma de **\$7.401.676.701**, sin embargo, la diferencia entre el valor de “pretensión” vs. el “valor certificado por Interventoría”, corresponde a **\$ 7.217.981.499**.*

De acuerdo con lo anterior, no es claro el valor del componente ARh que solicita sea reconocido ni su pretensión económica en la liquidación, como tampoco se tiene certeza de la cifra que solicita sea fijada como salvedad en el acta de

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

liquidación, razón por la cual amablemente se le solicita proveer las respectivas aclaraciones de las cifras citadas precedentemente.

(...)

“Es importante resaltar que el volumen de información para liquidar el Contrato de Concesión reviste grandes proporciones: Recordemos que la Fiduciaria se tomó tres (3) meses para emitir su informe de costos y gastos de que trata la Sección 18.2 (b) de la Parte General del Contrato, que reunió una base de datos de más de 3.000 celdas de excel -sin contar con las 3.500 celdas por fondos rotatorios entregados a la Interventoría hasta el mes de julio de 2018 según lo expuesto por ésta en Rad. 20184090715382 del 17 de julio de 2018-, donde cada celda se correlacionaba con uno o varios archivos que podían contener aproximadamente veinte páginas para un panorama aproximado de doce mil soportes, y el cual incluso tuvo que ser complementado por la Fiduciaria en entregas posteriores que sí implicaron el suministro de nueva información, con los consecuentes reprocesos en la revisión del Interventor¹⁵ y en la propia obtención de cifras definitivas para un acta de liquidación; el Concesionario y la Interventoría estuvieron en reuniones, mesas de trabajo y en cruce de información casi dos meses y medio, hasta el día 27 de julio de 2018, fecha en la cual el Concesionario tomó la determinación de no entregar más información por las causas que expuso en su comunicado 20184090757442 de ese día; la Interventoría entregó su Informe con los soportes respectivos hasta el día 13 de agosto de 2018, mediante radicado 20184090817492, también con aproximadamente 50 GB de tamaño de los archivos, por lo cual la Agencia apenas contaba con cuatro (4) días¹⁶ para revisar una gestión que por el tamaño de la información tomó casi seis (6) meses en proveer un resultado inicial.

La Agencia no reconocerá casi cien mil millones (\$100.000.000.000) de pesos por la presión del Concesionario para ello, ni tampoco por las injustificadas acusaciones de incumplimiento y abuso como las que ha hecho en su comunicado. La entidad actuará responsablemente con los recursos públicos de la Nación, como es su deber, y si el Concesionario no está de acuerdo, puede

¹⁵ El 21 de junio de 2018 la Fiduciaria entregó nuevos soportes relacionados con la certificación que había entregado en mayo, a través del Rad. No. 20184090614012. El 3 de julio de 2018 la Fiduciaria entregó nuevos soportes relacionados con la certificación que había entregado en mayo, a través del Rad. No. 20184090656362.

¹⁶ Hasta el día 17 de agosto de 2018 fecha en la cual finalizaba el plazo de que trata la Sección 18.1 de la Parte General del Contrato.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

cumplir con sus reiteradas advertencias de llevar la controversia que estime pertinente ante un tercero que tenga facultad de resolverla. (...)".

En **comunicación No. 20184091043182 del 8 de octubre de 2018 que obra en el archivo digital No. 45** del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI, **el Concesionario** da respuesta a la comunicación No. 20183000305461 en la que la ANI le solicita aclarar la pretensión definitiva a lo que el Concesionario contestó:

"En dicha comunicación, se precisaba que de reconocerse por la ANI el valor certificado por la Interventoría, que vale aclarar, la diferencia no obedece al desconocimiento de la ejecución por el Concesión sino a las diferencias en el reconocimiento de los soportes entregados por la Fiducia, la Controversia sería lo correspondiente al valor ARh de la columna "Valor Salvedad", ahora bien, como a la fecha la ANI no ha reconocido valor alguno por concepto de liquidación del Contrato, la pretensión de la liquidación corresponde a la suma del componente ARh de las columnas "Valor Certificado Interventoría" más "Valor Salvedad" el cual arroja el siguiente resultado:

Valor Pretensión liquidación = ARh (Valor Certificado interventoría) + ARH (Valor salvedad) Valor Pretensión Liquidación = \$ 88.582.757.545 + \$ 58.467.802.808 Valor Pretensión Liquidación = \$147,050,560,353

Valor Pretensión liquidación = ARh (Valor Certificado interventoría) + ARH (Valor salvedad) Valor Pretensión Liquidación = \$ 88.582.757.545 + \$ 58.467.802.808 Valor Pretensión Liquidación = \$147,050,560,353

Reiteramos, el valor de la liquidación coincide con el informado mediante comunicación con Radicado ANI 20184090866902 del 27 de agosto de 2018, la Concesión Cesar - Guajira en el cual se fijó el valor del componente ARh de la fórmula de liquidación de acuerdo la Sección 18.3(e) de la Parte General, dicha cifra, previa actualización o aplicación de los componentes de actualización conforme la fórmula asciende a CIENTO CUARENTA Y SISE MIL CINCUENTA MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS (\$147.050.560,353), de lo cual podemos concluir que no existe incongruencia por

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

parte del Concesionario, la cifra siempre ha sido clara, fue calculada a partir de lo establecido en el contrato y en este punto disentimos de la entidad en cuanto a sus afirmaciones que el Concesionario no aportó las cifras claras para alcanzarla liquidación.

Ahora bien, tal y como informamos en la comunicación con Radicado 20184090925162 del 10 de septiembre de 2018, el valor del componente ARh, actualizado a septiembre de 2018 asciende a la cifra de \$188.437.923.107, valor que se actualizará nuevamente una vez se conozca el valor del IPC a octubre de 2018 y así sucesivamente durante cada mes.

Por lo expuesto, este Concesionario persiste en el valor de la liquidación de acuerdo con nuestra pretensión, la cual ya fue presentada a instancias del Tribunal de Arbitramento, sin perjuicio que durante el proceso e incluso por fuera de este, continuemos las Partes intentando llegar a un acuerdo sobre la liquidación del Contrato y logremos una conciliación sobre el valor de la liquidación, bien porque esta satisfaga plenamente el interés del Concesionario o porque la misma sea parcial a nuestras pretensiones y en este sentido continúe el proceso arbitral sobre los asuntos y valores no reconocidos.

En relación con los demás puntos relatados en su comunicación la Concesión insiste que, para el 17 de agosto de 2018, fecha en la cual venció el plazo de la liquidación del Contrato según lo dispuesto en la Sección 18.1 de la Parte General, la ANI contaba con los elementos suficientes para liquidar el contrato, o por lo menos reconocer los valores en los que no existía controversia. Además de lo anterior, y como soporte adicional, que debió servir para que la entidad tomara una decisión oportuna, el Concesionario, en la comunicación del 27 de agosto de 2018 fijó la controversia, siempre y cuando le fueren reconocidos los valores certificados por la Interventoría, para lo cual la entidad pudo antes del vencimiento-del mes de agosto liquidar de manera bilateral el contrato sin generar mayores valores por conceptos de actualización.

Entendemos que el acto de liquidar los contratos obedece a la voluntad de las partes que concurren a él, y no podemos obligar a la entidad a proceder con dicha liquidación si a su juicio no se reúnen los elementos para la liquidación, lo que si no podemos aceptar es que se argumente insuficiencia de información, o de soportes, como por ejemplo la falta del acta de liquidación del Contrato EPC, o de otros contratos como el No 26 de 2016, y mucho menos documentos

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

aclaratorios por parte de la Fiduciaria como la entregada el 29 de agosto, documentos que en nada aportan o agregan a los certificados emitidos por Fiduciaria Bancolombia y los estados financieros del P.A., certificados por la Interventoría, el cual se constituye, según el contrato, en la base para acordar finalmente el valor de la liquidación, documentos que conoció la entidad con suficiencia dentro de los 180 días que dispuso el contrato para liquidar el mismo.

Aclaremos adicionalmente que en la comunicación del 10 de septiembre de 2018 no pretendimos en momento alguno generar alarmas injustificadas al precisar el valor de la actualización de la pretensión de la liquidación, por el contrario es nuestra obligación contractual y en aplicación del principio de buena fe, informar a la administración del incremento del valor de la liquidación, pues ello le permite a la entidad no solo conocer los efectos de la actualización en aplicación de la fórmula, sino que igualmente, y a conciencia, que los recursos disponibles en la Fiducia son insuficientes para el pago de la liquidación, debe la entidad obtener los recursos o presupuestar los mismos a fin de garantizar el pago pleno de la cifra finalmente acordada o declarada por concepto de liquidación del contrato.

Este concesionario en ningún momento obstaculizó el proceso de liquidación como lo afirma la entidad, por el contrario, fuimos insistentes desde el día uno en lograr una liquidación en el término fijado contractualmente para liquidar el contrato y que representara además, un menor esfuerzo económico a la ANI, pues entendemos y somos conscientes que el transcurso del tiempo incrementa el valor final con ocasión de la actualización. Siempre solicitamos, como fue la constante durante la ejecución del Contrato, que se aplicará en estricto termino el pacto contractual, en este punto el contrato es claro que la base o los soportes sobre los cuales se resuelve la cifra de la liquidación es la información reportada por la Fiducia y certificada por- la Intervendría y que el termino para agotar esta instancia de liquidación es de máximo ciento ochenta días contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de Reversión.

Fuimos conscientes que la Intervendría no reconoció el valor pleno de lo certificado por la Fiducia, debido a diferencias en el entendimiento de las cláusulas sobre los soportes de la liquidación del Contrato, reiteramos de manera permanente que los soportes entregados por la Fiducia eran suficientes e insistimos que lo mejor que podía haber ocurrido en este caso era lograr una

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

liquidación con salvedades, para que por lo menos así se ocuparan como pagos los recursos disponibles de la fiducia y continuar en controversia con las cifras restantes, esto en modo alguno es una actitud de obstáculo, por el contrario fuimos proactivos, sin embargo no encontramos eco en la entidad. Siempre hemos solicitado, y lo seguiremos haciendo, la aplicación estricta al Contrato.

De igual manera, reiteramos, y creo que este debe ser el ánimo que nos debe convocar, este Concesionario persiste en el valor de la liquidación de acuerdo con nuestra pretensión, la cual ya fue presentada a instancias del Tribunal de Arbitramento, sin perjuicio que durante el proceso, e incluso por fuera de este, logremos una conciliación sobre el valor de la liquidación, bien porque esta satisfaga plenamente el interés del Concesionario o porque la misma sea parcial a nuestras pretensiones y en este sentido continúe el proceso arbitral sobre los asuntos y valores no reconocidos."

Mediante **comunicación No. 20184091133392 del 30 de octubre de 2018 que obra en el archivo digital No. 47** del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI, **la Interventoría** emitió alcance de la certificación de variable ARh entregada a la ANI bajo comunicación No. 20184090812582 del 10 de agosto de 2018 con la cual se reemplazó el valor reconocido en dicha comunicación, con base en sesiones de verificación sostenidas en octubre de 2018, además la Interventoría señaló:

"2. LO QUE NO ES OBJETO DE CERTIFICACIÓN.

Antes de proceder a consignar los rubros objeto del presente alcance, es importante resaltar, que como podrá evidenciarse en el Informe Final de Validación de costos y gastos que presentara la Interventoría dentro del plazo que para el efecto señale la Agencia, no son objeto de certificación a través del presente alcance los siguientes costos:

a. Los costos que **no guarden relación o nexo de causalidad con las actividades** que se encuentran enlistadas en la variable ARh, de la fórmula de compensación por terminación anticipada en la fase de construcción contemplada en la Sección 18.3 fe) de la parte general del contrato, modificada por el Otro Sí No. 10, suscrito el 10 de julio de 2017, de acuerdo con la metodología adoptada por la Interventoría para su determinación y de conformidad con la información suministrada por el Concesionario y/o fiduciaria;

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

b. Los costos causados con posterioridad a la terminación de la Etapa de Reversión, de conformidad con lo establecido en la Sección anotada en el literal anterior;

c. Los pagos a terceros registrados en el Patrimonio Autónomo que en la actualidad carecen de soportes y/o falta de acreditación del nexo causal con las actividades descritas en la Sección 18.3 tantas veces anotada; o sobre los cuales no ha sido posible evidenciar su trazabilidad con la información que reposa o le fue suministrada a la Interventoría a través de la metodología adoptada por la Interventoría para el proceso de verificación y/o validación;

d. Los costos asociados reportados por Fiduciaria Bancolombia S.A sin soportes, con soportes que no eran idóneos¹⁷, o suficientes y/o con soportes ilegibles, que tampoco fueron suministrados por el Concesionario previo requerimiento de la Interventoría;

Los costos y gastos asociados a las gestiones administrativas de terceros tales como: alimentación, tiquetes aéreos, nómina, hospedaje, gastos de representación y otros, en virtud de las solicitudes expresas de la ANI y del resultado de las distintas reuniones y mesas de trabajo llevadas a cabo entre dicha entidad y la interventoría en las cuales se revisaron algunos rubros que hicieron parte de la certificación preliminar No. ICG-OP-129 del 10 de agosto de 2018 con radicado ANI No. 2018-409-081258-2.

(...)

CONSIDERACIONES FINALES.

• El presente alcance, se realiza en el marco del proceso de verificación y revisión acordado con la ANI a partir de la certificación preliminar No. ICG-OP 129 emitida por la Interventoría el 10 de agosto de 2018 con radicado ANI No. 2018-409-081258-2, teniendo en cuenta los resultados que arrojaron las mesas de trabajo llevadas a cabo los días 12, 17, 25 y 26 de octubre del año en curso, así como las consideraciones y sugerencias emitidas en el comunicado del asunto.

¹⁷ Por no guardar relación con el concepto de la factura y/o nexo causal con el proyecto

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

- *La metodología implementada para la verificación de la documentación, es la misma aplicada para realizar el análisis preliminar contenido en la comunicación radicada el ICG-OP-129 del 10 de agosto de 2018 con radicado ANI No. 2018-409-081258-2, y ha estado encaminada, entre otras, a dar cumplimiento a las obligaciones contractuales de la Interventoría, en especial, las contenidas para la etapa de liquidación en el OTROSI No. 2 a dicho contrato.*

- *De acuerdo con las disposiciones contractuales, le corresponderá a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, la aplicación de la fórmula de compensación por terminación anticipada en la fase de construcción.*

- *El presente alcance se emite con el fin de servir de referencia para que las partes establezcan de mutuo acuerdo, o en su defecto, a través del mecanismo alterno a la solución de conflictos pactado contractualmente, el valor a reconocer por los costos directos asociados a las actividades exclusivamente relacionadas con las obligaciones del Concesionario durante la Etapa Preoperativa y hasta la terminación de la Etapa de Reversión.*

- *Con la verificación realizada y la emisión del presente alcance, la Interventoría atiende oportunamente y en su totalidad las consideraciones expresadas por la agencia, en relación con los rubros que hicieron parte de la certificación preliminar radicada el pasado 10 de agosto de 2018.*

Finalmente, los valores contenidos en el presente alcance, remplazan en su totalidad los contenidos en la certificación No. ICG-OP-129 del 10 de agosto con radicado ANI No. 2018-409-081258-2. No obstante lo anterior, las consideraciones, procedimientos, análisis y antecedentes de orden jurídico, metodológico, contable, financiero y técnico, utilizados o mencionados en dicho radicado se mantienen vigentes y, por lo tanto son fundamento de lo que aquí se certifica y por tanto, hacen parte integral del presente alcance.

Mediante **comunicación No. 20184091173792 del 9 noviembre de 2018 que obra en el archivo digital No. 49** del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI, **la Interventoría remite a la ANI el Informe Final de Validación de Costos y Gastos (V2)** que soporta los valores certificados mediante alcance con radicado ANI No.2018-409-113339-2 del 30 de octubre de 2018.

Mediante **comunicación No. 20184091191102 del 15 de noviembre de 2018 que obra en el archivo digital No. 50** del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI, **la Interventoría remitió oficio a la ANI mediante el cual realizó un alcance del Informe Final de Validación de Costos y Gastos (V2)** con el fin de aclarar la diferencia presentada en el capítulo 8 y conclusiones del citado Informe, remitido el 8 de noviembre de 2018, puesto que no existe variación en cuanto a la cifra certificada mediante oficio No. ICG-OP-0169-18 del 30 de octubre de 2018, por valor de \$85.840.751.774.

Esta es la versión final del informe de la Interventoría, por la tanto, esta es la versión que se analizará a fin de verificar las razones que tuvo el Interventor para no haber reconocido los valores sobre los que el concesionario dejó salvedad en el acta de liquidación.

En el numeral I.XIV.III del Acta de Liquidación Bilateral que obra a folios 251 y 252 del cuaderno principal No. 2 se señala la estructura principal del informe de la interventoría proferido para efectos de la liquidación y las razones generales que se adoptaron para no aprobar los costos, en las cuantías solicitadas por el concesionario:

"I.XIV.III Estructura principal del Informe de Liquidación emitido por la Interventoría
<ul style="list-style-type: none">• Parámetros para la certificación de los valores según el Informe del Interventor con Rad. 20184091191102: <i>"Así las cosas, teniendo en cuenta la totalidad de las consideraciones antes expuestas y los soportes comerciales, contables, financieros y contractuales que se revisaron para la validación de los costos certificados, la Interventoría tuvo en cuenta los siguientes parámetros: (i) que el costo objeto de certificación esté registrado contablemente en el Patrimonio Autónomo; (ii) que el costo objeto de certificación se derive de una inversión que debía realizar el Concesionario durante la ejecución del Contrato de Concesión y hasta la etapa de reversión de conformidad con las actividades enlistadas en la variable ARh; (iii) que el costo objeto de reconocimiento guarde relación con las obligaciones contractuales y el objeto del Contrato de Concesión; y (iv) que el costo objeto de certificación guarde relación con los precios o condiciones del mercado de</i>

acuerdo con el modelo contractual, esto es, Contrato de Concesión de Iniciativa Privada de los que trata la Ley 1508 de 2012 y 1682 de 2013, y demás normas concordantes".

- **Metodología para la revisión de la información según el Informe final del Interventor con Rad. 20184091191102:**

"a) Revisión Documental con el objetivo de obtener seguridad razonable de que la información financiera objeto de verificación están, o no, libres de errores significativos cualquiera que sea su origen.

b) Validación de la información financiera registrada en el Patrimonio Autónomo y su relación respecto a las operaciones realizadas por el Concesionario, durante la ejecución del proyecto.

c) Verificación de que la información de la ejecución presupuestal refleje la realidad de los hechos económicos ocurridos, en la forma y método que señalan las normas pertinentes a la ejecución presupuestal.

d) Acreditación del nexo causal del costo asociado a certificar registrado en el Patrimonio Autónomo con la ejecución del proyecto".

- **Revisión contable de la información por parte del interventor - Rad. 20184091191102:**

"Todos los soportes para validar u objetar los costos que integraban las pretensiones económicas del Concesionario e incluidos en el informe de costos y gastos registrados en la Fiducia, fueron revisados por Contadores Públicos Independientes, a la luz de las normas internacionales descritas en el artículo 1.2.1.8 del decreto 2420 de 2015 modificado por el artículo 6 del decreto 2496 de 2015 (...) Adicionalmente, los profesionales contables que intervinieron dentro del procedimiento de revisión documental implementado, adoptaron como ámbito normativo y directriz profesional para el presente trabajo lo dispuesto por la ISAE 3000".

- **Razones brindadas por el Interventor para no validar los costos y gastos que se relacionarán en la cláusula décimo novena de la presente Acta - Rad. 20184091191102:**

"(...) Por su parte, los costos que no hicieron parte de la certificación preliminar y

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

su posterior alcance, tuvieron como criterio los siguientes aspectos:

a. Los costos que no guarden relación o nexo de causalidad con las actividades que se encuentran enlistadas en la variable ARh, de la fórmula de compensación por terminación anticipada en la fase de construcción contemplada en la Sección 18.3 (e) de la parte general del contrato, modificada por el Otro Sí No. 10, de acuerdo con la metodología adoptada por la Interventoría para su determinación y de conformidad con la información suministrada por el Concesionario y/o la Fiduciaria;

b. Los costos causados con posterioridad a la terminación de la Etapa de Reversión, de conformidad con lo establecido en la Sección anotada en el literal anterior;

c. Los pagos a terceros registrados en el Patrimonio Autónomo que en la actualidad carecen de soportes y/o falta de acreditación del nexo causal con las actividades descritas en la Sección 18.3 tantas veces anotada; o sobre los cuales no ha sido posible evidenciar su trazabilidad con la información que reposa o le fue suministrada a la Interventoría a través de la metodología adoptada por la Interventoría para el proceso de verificación y/o validación;

d. Los costos asociados reportados por Fiduciaria Bancolombia S.A sin soportes, con soportes que no eran idóneos, o suficientes y/o con soportes ilegibles, que tampoco fueron suministrados por el Concesionario previo requerimiento de la Interventoría;

Por su parte, el numeral I.XIV.IV de la referida Acta de Liquidación Bilateral señala que la ANI presentó observaciones al informe de la Interventoría que a la postre derivaron en algunas diferencias entre el valor reconocido por la Interventoría y el valor reconocido por la ANI según se evidencia del numeral I.XIV.V del acta.

El numeral I.XIV.IV del acta, obrante a folio 252 del cuaderno principal No. 2, prevé:

“I.XIV.IV Observaciones al Informe

A través del Rad. 20183000391621 del 23 de noviembre de 2018, la ANI respondió la comunicación 20184091191102 en la cual el Interventor presentó el Informe del 15 de noviembre de 2018, manifestando: “..., **en ningún momento la ANI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

solicitó a la Interventoría modificar los registros y/o cifras certificadas el 10 de agosto de 2018, toda vez que la certificación de las cifras para la variable ARh es una obligación contractual de la Interventoría, y tiene autonomía total para emitirla, considerando además con todo el equipo de profesionales especializados que tiene a su cargo para dicho fin, por lo tanto, es importante aclarar que las solicitudes únicamente consistieron en pedirles una revisión más detallada e integral por parte de la Interventoría, como se manifestó en los correos electrónicos en mención"

Mediante radicado ANI No. 20184091245392 del 28 de noviembre de 2018, la Interventoría dio respuesta al correo electrónico del 23 de noviembre de 2018, dentro de la cual ratificó el valor certificado a través de comunicación calendada 30 de octubre de 2018.

A través de comunicación con Rad. ANI No. 20183000413271 del 11 de diciembre de 2018 la ANI solicita a la Interventoría aclaración sobre algunas órdenes de operación que certificó el 30 de octubre de 2018.

Mediante comunicación con Rad. ANI No. 20184091326582 del 17 de diciembre de 2018 la Interventoría da respuesta a la solicitud del 11 de diciembre de 2018.

Adicionalmente, teniendo en cuenta los informes de la Interventoría presentados mediante radicados 20184091173792 y 20184091191102 del 9 y 15 de noviembre, que conforman el informe final de liquidación presentado por el Consorcio GE Planes, las áreas de la ANI se pronuncian de la siguiente manera:

- Gerencia Ambiental: Rad. 20186050172533 del 22 de noviembre de 2018.
- Gerencia Social: Rad. 20186030186583 del 26 de noviembre de 2018.
- Gerencia Predial: Rad. 20186040186793 del 26 de noviembre de 2018.
- Gerencia Financiera: Rad. 20183080191023 del 3 de diciembre de 2018
- Gerencia Técnica Rad. 20183000208493 del 24 de diciembre de 2018

Al pie de cada uno de los conceptos que continúan en controversia, se revisarán las razones esbozadas por la ANI para apartarse parcialmente de los valores reconocidos por la Interventoría.

Agotado el recuento de las pruebas que en forma genérica señalan las razones en torno al reconocimiento o no de los conceptos que componen el ARh, corresponde

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

centrar el debate en los conceptos y valor que subsisten al desistimiento de la Concesionaria, para determinar, al margen de la contabilización de dichas sumas en el patrimonio autónomo, si los mismos podrían ser objeto o no de reconocimiento por parte del Tribunal.

Teniendo en cuenta las cifras desistidas y aquellas sobre las que subsiste el litigio, **el valor de la controversia que corresponde resolver al Tribunal por el componente AR_h corresponde a \$61.602.472.079** desagregado en los siguientes conceptos:

CONCEPTO			VALOR SOLICITADO CONCESIONARIO	VALOR RECONOCIDO ANI	VALOR EN CONTROVERSIA
<i>Se relacionan valores de la variable AR_h sin aplicación de la fórmula</i>					
Primas de seguros y comisiones			\$2.275.038.817	\$2.265.849.255	\$9.189.562
Costos de estructuración. Nota: Se reconocen los previstos en la Sección 3.7 (b) de la Parte Especial correspondiente al contrato interadministrativo con Fonade que en dicha Sección se describe			\$20.331.109.059	\$4.083.976.899	\$16.247.132.160
Gestión Social y Ambiental	Social	Gestión Social	\$393.646.153	\$393.336.264	\$309.889
Intervenciones Ejecutadas		Gestión Ambiental	\$45.373.172.126	\$981.234.754	\$34.919.945.252
		Prospección Arqueológica		\$38.550.570	
		Gestión Predial		\$101.661.495	

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

		Intervenciones		\$9.331.780.055	
Operación y Mantenimiento, gastos de administración e impuestos	Fondos Rotatorios	Varios	\$15.250.564.90	\$11.671.831.795	\$3.266.556.275
		Consulta Previa	5	\$312.176.835	
	Gastos Honorarios, viajes, herramientas, equipos de oficina, mantenimiento, otros		\$16.053.155.299	\$13.042.315.814	\$3.010.839.485
	Construcciones El Cóndor		\$13.450.182.874	\$ 9.430.470.660	\$4.019.712.214
	Leasing		\$2.432.451.320	\$ 2.303.664.078	\$128.787.242
		Total			\$61.602.472.079

A continuación se desagregaran cada uno de los conceptos que continúan en controversia entre las partes, y las razones esbozadas por el concesionario para insistir en su reconocimiento, así como los argumentos de la Interventoría y de la ANI para no aceptar los mismos:

1.2.1. PRIMAS DE SEGUROS Y COMISIONES

Bajo este concepto la posición de las partes así como el valor pendiente de reconocimiento en que se centra la controversia es el siguiente:

CONCEPTO	VALOR SOLICITADO CONCESIONARIO	VALOR RECONOCIDO ANI	VALOR EN CONTROVERSIA

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Primas de seguros y comisiones	\$2.275.038.817	\$2.265.849.255	\$9.189.562
---------------------------------------	------------------------	------------------------	--------------------

En relación con dicho valor, mediante **comunicación 20184090866902 del 27 de agosto de 2018 que obra en el archivo digital No. 99** de la USB contentiva de las pruebas de la reforma de la demanda que obra a folio 2 del cuaderno de pruebas y en el archivo No. 42 de las pruebas aportadas con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI, la Concesionaria se refirió al valor que continúa en controversia por concepto de primas de seguros en los siguientes términos:

- **“Sobre las primas de seguros**

De acuerdo con la Certificación de la Fiduciaria están pendientes por reconocerse SIETE MILLONES SETECIENTOS VEINTIDOS MIL TRESCIENTOS VEINTIUN PESOS MÁS IVA(7.722.321), que corresponde al costo generado por concepto de la prima de la póliza de responsabilidad civil extracontractual 036150-8 la cual fue solicitada por la ANI pero que Sura se negó a su devolución por encontrarse siniestros abiertos, De acuerdo con lo anterior, el valor NO certificado por la Interventoría por valor de SIETE MILLONES SETECIENTOS VEINTIDOS MIL TRESCIENTOS VEINTIUN PESOS MÁS IVA (\$7.722.321), correspondiente al pago de la totalidad de los costos incurridos por primas de seguros, quedará en la controversia que se dirimirá ante el Tribunal de Arbitramento.”

A páginas 497 y 498 del documento digital No. 49 que hace parte del CD aportado con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI, obra el **oficio 39CCG001-20180710000204 de 11 de julio de 2018** suscrito por la Concesión y dirigido a la ANI, con constancia de radicado ante la Interventoría en la misma fecha, en que “se da alcance al comunicado de la Concesión 39-144-20180528000002 con radicado ANI 2018-409-052862-2 del 29 de mayo de 2016, dando claridad que en relación con el ajuste de la Póliza RCE No. 0361508-6, documento 12919236 que ajustó la vigencia con fechoado vencimiento del 18 de febrero de 2018 no hay devolución de prima, tal como consta en certificación de Suramericana de Seguros qué se adjunta (...)”.

En efecto a folio 503 del mismo archivo se evidencia **oficio de 6 de julio de 2018** en que la aseguradora le informa a la concesión que “Con relación al ajuste de la póliza de Seguro del asunto debido a la terminación anticipada del contrato de concesión, este

ajuste no genera devolución de prima, pues a la fecha esta póliza cuenta con 117 avisos de siniestro, de los cuales 51 aún están en abiertos."

Frente a este valor, en **Comunicación 20184091045932 de 8 de octubre de 2018 que obra en el archivo digital No. 46** del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI, la Interventoría le remite a la ANI el siguiente concepto referido a la devolución de prima por la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual 0361508-8, en que se afirma:

"Antes de entrar a analizar de fondo el objeto de la consulta, se realizará una exposición de ciertos elementos de carácter legal y doctrinario, que fundamentan el pronunciamiento de la Interventoría.

En ese orden de ideas, se analizarán los principales elementos del contrato de seguro, el pronunciamiento emitido por la compañía aseguradora que emite la póliza que motiva la consulta y, finalmente, se presenta la conclusión a la que arriba esta Interventoría en virtud de las consideraciones tenidas en cuenta.

1. Elementos esenciales del Seguro:

De conformidad con lo establecido en la Ley, el contrato de seguros cuenta con unos elementos esenciales que se distinguen así: (i) el riesgo asegurable; (ii) el interés asegurable; (iii) la prima o precio del seguro y (iv) la obligación condicional del asegurador¹⁸. Todos y cada uno de ellos han sido muy bien definidos por la doctrina y la jurisprudencia; no obstante, para este concepto nos detendremos en lo que desde esa órbita se entiende por la prima o precio del seguro. En ese orden ideas, mediante concepto expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia (antes Superintendencia Bancaria), máximo ente de inspección, vigilancia y control en materia financiera, se ha definido la prima como: "el valor que se cancela por el amparo al riesgo".¹⁹

Con relación al mismo elemento, el citado ente de inspección, vigilancia y control, ha señalado vía concepto, que la prima de seguro concebida como precio del seguro "...guarda estrecha relación con la vigencia del contrato, esto es, el periodo durante el cual el asegurador asume el riesgo. De esta relación

¹⁸ Art. 1045 del Código de Comercio de Colombia.

¹⁹ Concepto No. 1997009656-6 de fecha 20 de octubre de 1998, emitido por la Superintendencia Bancaria.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

*prima -vigencia del seguro y de la ejecución de las prestaciones derivadas del contrato, surge la noción de prima devengada que se concreta en la determinación del momento en que la prima, como contraprestación por la protección a los intereses del asegurado, se causa realmente en cabeza del asegurador*²⁰ (Destacado fuera de texto original)

Aunado a lo anterior, también resulta de cardenal importancia tener en cuenta lo que se entiende por interés asegurable²¹, toda vez que, en ausencia de este, la aseguradora debe devolver las primas pagadas no devengadas. Así lo ha establecido textualmente la Superintendencia Financiera:

"Ante la ausencia de interés asegurable, si se han cancelado primas correspondientes a vigencias posteriores a aquella en que ocurrió el riesgo asegurado, la compañía de seguros está en la obligación de devolver las primas pagadas no devengadas correspondientes a dichas vigencias posteriores. La mora en el cumplimiento de tal obligación, permite a quien tenga el derecho hacerla efectiva "con indemnización de los perjuicios moratorios" ²² (Destacado fuera de texto).

Así, en palabras del tantas veces citado ente de control "se entiende que el asegurador devenga la prima, día a día, a medida que transcurre el término de vigencia del seguro, de tal suerte que a su expiración la prima se considera totalmente devengada. Ello obedece al hecho de que la prima guarda estrecha relación con la vigencia efectiva del seguro, esto es, el período durante el cual el asegurador asume el riesgo"²³.

Bajo las anteriores directrices se tiene que, con independencia de la forma de pago acordada, la compañía de seguros que ha expedido una póliza devenga desde ese momento la parte de la prima proporcional al tiempo corrido del riesgo asegurado, conforme a la regla general prevista en el artículo 1070 del Código de Comercio, en tanto que el tomador o asegurado solo tendría derecho, cuando se ejerza la revocatoria unilateral o ante cualquier otra forma de

²⁰ Concepto No. 2013093735-002 del 9 de diciembre de 2013, emitido por la Superintendencia Financiera.

²¹ En palabras de la Superintendencia (Concepto No. 1997009656-6), el Interés asegurable, "es la relación económica que vincula al asegurado con un bien determinado o con su patrimonio".

²² Concepto No. 2013093735-002 del 9 de diciembre de 2013.

²³ Este principio no es absoluto. La norma mencionada señala excepciones: en los eventos de siniestro total o en el seguro de transporte.

terminación del contrato de seguro, a obtener la recuperación de la prima no devengada en los términos del artículo 1071 antes mencionado." (Se destaca)

Por su parte, sobre esta misma materia, el artículo 1070 del Código de Comercio señala lo siguiente:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1119, el asegurador devengará definitivamente la parte de la prima proporcional al tiempo corrido del riesgo. Sin embargo, en caso de siniestro total, indemnizable a la luz del contrato, la prima se entenderá totalmente devengada por el asegurador. Si el siniestro fuere parcial, se tendrá por devengada la correspondiente al valor de la indemnización, sin consideración al tiempo corrido del seguro..."(Se destaca)

En ese orden de ideas, y de conformidad con los antecedentes legales y doctrinales expuestos, resulta totalmente claro, que ante la terminación anticipada del contrato, la compañía de seguros se encuentra en la obligación de devolver las primas no devengadas.

2. De la respuesta emitida por Seguros Generales Suramericana S.A

Teniendo en cuenta el anterior contexto, procede la Interventoría a conceptuar acerca de la respuesta emitida por la compañía aseguradora Seguros Generales Suramericana S.A, respecto de la solicitud de devolución de prima no devengada de la póliza de RCE No. 0361508-8 por el periodo comprendido entre el 18 de febrero y el 9 de abril de 2018, presentada por el Concesionario mediante radicado No. 39-CCG001-2018-0725000218 del 25 de julio del presente año.

Para tal efecto, mediante comunicado del 10 de agosto del año en curso, la compañía de seguros antes mencionada, indicó al concesionario que no era posible hacer la devolución con fundamento en lo siguiente:

"...Así las cosas y de acuerdo con la situación actual del proyecto donde nos encontramos con avisos de siniestros los cuales según las instrucciones de la Superintendencia Financiera de Colombia se deben registrar en los sistemas de las compañías aseguradoras y abrir la reserva objetivada de los mismos.

La determinación acerca de si estos siniestros que se encuentran avisados son indemnizables o no, dependerán de la demostración de la ocurrencia y de la

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

cuantía de los mismos con base en lo establecido en el artículo 1077 del Código de Comercio.

Mientras subsista esta incertidumbre alrededor de los mismos, también existirá incertidumbre frente a la suerte de la prima y su proporcionalidad, es decir, si la misma será devengada por Seguro Generales Suramericana S.A., en una parte o en su totalidad, o si por el contrario, procederá la devolución de la totalidad o de una parte de la prima no devengada.

El fundamento de lo anterior radica en la incertidumbre del acaecimiento o no de varios siniestros que a la fecha se encuentran en estados avisados, toda vez que en el supuesto de demostrarse la ocurrencia de alguno(s) de ellos surgirá para Seguros Generales Suramericana S.A., la obligación de pagar la prestación asegurada, lo que implicaría que la compañía tendría derecho devengar la prima en forma total o proporcional, dependiendo de la magnitud de los siniestros, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 1070 del Código de Comercio.

Con relación a la aplicación del numeral 15. Revocación del Apéndice Financiero 3 - Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual AN1. Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, se dará aplicación al numeral 15 de la póliza de responsabilidad civil extracontractual, una vez sea resuelta la incertidumbre que se circunscribe alrededor de los siniestros que se encuentran avisados, en cuyo caso, el asegurado podrá recuperar la prima que no hubiese sido devengada, siempre y cuando hubiere lugar a ella, conforme a los prescrito por el artículo 1070 y 1071 del Código de Comercio.

Vale la pena resaltar que a la fecha los costos incurridos por las compañías aseguradoras en la atención de los Avisos de Siniestros de la póliza de Responsabilidad Civil No. 0361508-8 tal como se evidencia en el Anexo 1 a esta comunicación, son los siguientes:

- 1. Gastos incurridos en los siniestros ya cerrados (Desistidos) \$ 9.735.290*
- 2. Reserva de siniestros avisados (Siniestros Abiertos) \$24.661.264*

Teniendo en cuenta lo anterior, y en vista que aún hay varios avisos de siniestros abiertos, no es posible restituir la prima no devengada para el tomador y/o asegurado, hasta tanto no se resuelvan los mismos, sobre todo teniendo en

cuenta que la reserva supera el valor de la prima a devolver (Aproximadamente COP\$7.722.321 + IVA)"

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta lo antes mencionado y la solicitud de la Agencia, a región seguido, procede la Interventoría a conceptuar sobre la respuesta emitida por la compañía aseguradora.

3. La Interventoría responde:

Antes de abordar el tema mencionado, resulta oportuno exponer los antecedentes fácticos que originaron la situación que en esta oportunidad se nos consulta. En ese orden de ideas:

- 1. El 10 de julio de 2017, se suscribió Acta de Declaratoria de Ocurrencia de una Causal de Terminación Anticipada -AOTA-, situación que dio lugar al inicio de la etapa de reversión.*
- 2. En virtud de lo anterior, se previó la terminación anticipada del Contrato de Concesión para el día 9 de abril de 2018, situación que finalmente no ocurrió, toda vez que el proceso de reversión culminó antes de la fecha prevista, es decir, el 18 de febrero del año en curso, quedando a cargo del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS, el corredor vial concesionado a través del Contrato de Concesión No. 006 de 2015.*
- 3. Con fundamento en lo anterior, y en aras a ser tenido en cuenta dentro de la liquidación del Contrato, la Interventoría requirió al Concesionario para que solicitara a la compañía de seguros la devolución de la prima no devengada por la reducción de la vigencia de la póliza.*
- 4. Finalmente, el Concesionario remitió tanto a la Agencia como a la Interventoría comunicado del 10 de agosto de 2018, mediante el cual la compañía de seguros informa sobre la no devolución de la prima no devengada toda vez que a la fecha existen siniestros abiertos.*

Así las cosas, de acuerdo al marco legal, doctrinario y fáctico expuesto hasta este momento, la Interventoría no encuentra ningún asidero jurídico en los argumentos esgrimidos por la Aseguradora para no efectuar la devolución de la prima no devengada.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Lo anterior, toda vez que se encuentra claramente establecido, tanto por la ley y la doctrina emitida por el Superintendencia Financiera, máximo ente de vigilancia, inspección y control en la materia, que la aseguradora devengó la prima hasta el día 18 de febrero de 2018, fecha en la cual desapareció el Interés Asegurable, situación que resulta completamente acorde con lo establecido tanto en los artículos 1070 y 1071 del Código de Comercio, y los conceptos que se han sido citados, y por lo cual debe devolver la prima no devengada al Concesionario.

- Solicitud expresa del Concesionario de asumir el costo de la prima no devengada.

No obstante todo lo anterior, y advirtiendo la procedencia en la devolución de la prima no devengada, a pesar de existir siniestros pendientes por resolver, los cuales dicho sea de paso, no alcanzan a cubrir el monto asegurable el cual asciende a la suma de TREINTA Y CINCO NOVECIENTOS SEIS MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS (\$35.906.332.251), ha de señalarse, que mediante correo electrónico de fecha 9 de agosto de 2018, remitido con copia a la ANI, dentro del cual el Director Jurídico del Concesionario, manifestó lo siguiente:

"...comparto la comunicación que había proyectado Sura. Al momento está en recolección de firmas pero sugiero que se considere el valor que se incluye en el documento que corresponde a COP \$7.722.321 + IVA.

Como te digo y lo manifesté en la reunión de ayer, tranquilamente pueden incluir el valor más IVA de lo que sería objeto de devolución de la Póliza de RCE, dentro de los valores a reconocerse en relación con la Pólizas del Contrato." (Destacado fuera de texto).

Bajo el anterior contexto, la Interventoría se abstuvo de certificar un reconocimiento económico a favor del Concesionario por este concepto, toda vez que como se advierte, y de cara a la liquidación del contrato, fue el mismo Concesionario quien a través del citado correo²⁴, de manera expresa, manifestó tanto a la Agencia como al Interventor, su aquiescencia de asumir el costo de los

²⁴ Y en reunión presencial sostenida el 8 de agosto de 2018, en las instalaciones de la Agencia, con todo el equipo de supervisión y el interventor.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

\$7,722.321 + IVA, correspondientes a la prima no devengada, desestimándose de plano algún detrimento patrimonial.

Sin embargo, y a efectos de que obre como un documento anexo a la liquidación del Contrato, la Interventoría procederá a oficiar a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A, a fin de que explique de la mejor manera posible, el procedimiento y la metodología que siguió para determinar la prima no devengada a devolver."

En la última versión del informe Final de Validación de Costos y Gastos (V2) de la Interventoría remitido con **comunicación No. 20184091191102 del 15 de noviembre de 2018** se hizo referencia al concepto antes referido en la página 53 de dicho informe, reiterando el aparte destacado, esto es, en el que se precisa que el valor no se reconoce habida cuenta de la afirmación efectuada en una reunión de 8 de agosto de 2018 en la que, según la Interventoría, el concesionario afirmó que asumía el costo de dicha póliza.

1.2.2. COSTOS DE ESTRUCTURACIÓN

En relación con los costos de estructuración, la diferencia entre las partes fue sintetizada en el Acta de Liquidación Bilateral de la siguiente manera:

CONCEPTO	VALOR SOLICITADO CONCESIONARIO	VALOR RECONOCIDO ANI	VALOR EN CONTROVERSIA
Costos de estructuración. Nota: Se reconocen los previstos en la Sección 3.7 (b) de la Parte Especial correspondiente al contrato interadministrativo con Fonade que en dicha Sección se describe	\$20.331.109.059	\$4.083.976.899	\$16.247.132.160

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

El valor reconocido obedece al valor que el concesionario pagó a la ANI y el valor que continúa en discusión corresponde al valor de los costos de estructuración pagados por el Concesionario al originador, en tanto éste fue adjudicatario del proyecto, y ello se origina en una diferencia jurídica planteada por las partes con anterioridad a la liquidación bilateral del contrato y que se analiza más adelante en este Laudo. Las pruebas referidas a este rubro se condensan en capítulo independiente.

1.2.3. GESTIÓN SOCIAL

El valor discutido por concepto de gestión social es el siguiente:

CONCEPTO			VALOR SOLICITADO CONCESIONARIO	VALOR RECONOCIDO ANI	VALOR EN CONTROVERSIA
<i>Gestión Social y Ambiental</i>	<i>Social</i>	<i>Gestión Social</i>	\$393.646.153	\$393.336.264	\$309.889

En la precitada **comunicación 20184090866902 del 27 de agosto de 2018** la Concesionaria explico la razón de ser de la diferencia del concepto gestión social así:

- *“Costos Gestión Social y Ambiental*

Por parte de la gestión social y ambiental se insiste en el cobro de TRECIENTOS NUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS (\$ 309,889), que no fueron reconocidos por la Interventoría asociados a una diagramación de un boletín realizado por el proveedor LAURA VANESSA bajo la OP 608, los cuales fueron efectivamente causados y pagados por la Fiducia tal y como de ello se certifica por Fiduciaria Bancolombia”.

En **la certificación de los costos y gastos definitivos del Patrimonio Autónomo correspondiente al año 2016 que obra en la carpeta No. 113** de la USB aportada con la reforma de la demanda así como en el CD aportado por la fiduciaria el día 13 de septiembre de 2019 a folio 63 del cuaderno de pruebas No. 2, se evidencia un registro

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

a nombre de Laura Vanessa Granados Hinojosa bajo la OP No. 608 por valor de \$385.000 sin que se constaten notas crédito efectuadas al pago.

Adicionalmente en **la carpeta digital No. 112/carpeta DVD4/carpeta 2016**, de la USB que contiene los anexos de la reforma de la demanda, se evidencia el archivo **608** que contiene el formato OP No. 608 por \$385.000, el documento equivalente No. 1-0051 y la cuenta de cobro por el mismo valor por concepto “*diagramación boletín edición 5 Concesión Guajira SAS*”, así como RUT, referencia bancaria y comprobantes de aportes a seguridad social de Laura Vanessa Granados Hinojosa.

A su turno, en el CD anexo de los alegatos de conclusión el archivo OP608-GRANADOS HINOJOSA LAURA VANESSA, que contiene los argumentos por los que el Concesionario insiste en la reclamación por este concepto, se señala que: “*De acuerdo con lo anterior, y la claridad de la descripción de los ítems que componen las facturas es claro que los mismos se destinaron al P.A Fiduciaria Bancolombia S.A, pero afectados a la Concesión Cesar – Guajira S.A.S., de acuerdo con el informe de la Interventoría este costo no fue reconocido por cuanto si bien “LA NOTA CREDITO NO SE APLICO EN EL REPORTE DE PAGO, SIN EMBARGO, EN LA BASE DE DATOS DEL CONCESIONARIO SE REALIZA EL DESCUENTA DE LA NC. CUMPLE CONDICIONES PARA RECONOCIMIENTO.”; no tiene razón la Interventoría por cuanto, verificada la información contable que reposa como soporte de la OP, no existe ninguna nota crédito de la factura, por el contrario reposa en los documentos la constancia de pago y los soportes de documentos de cobro en los términos legales exigidos, por lo cual procede su reconocimiento.*”

Ahora bien, en la **carpeta digital No. 45 de los anexos de la reforma de la demanda, obra 1 archivo de excel denominado “20180517 - Liquidacion total V1”** de autoría del concesionario se evidencia la OP608 y en ella el mismo concesionario registra una nota crédito por el valor sobre el que versa la reclamación actual en cuantía de \$309.889 y el valor a pagar de \$75.111,25 que corresponde al reconocido por la Interventoría por este concepto así:

1222	15-dic-16	OP0608	24545995405	Costos Gestión Social y Ambiental	LAURA VANESSA GRANADOS HINOJOSAS	1.065.618.786	Diagramación Boletín	385.000,00	NC	-\$ 309.889	75.111,25
------	-----------	--------	-------------	-----------------------------------	----------------------------------	---------------	----------------------	------------	----	-------------	-----------

Dada la información suministrada por el concesionario, mediante oficio con radicado **No. 20184090672652 de 6 de julio de 2018** que hace parte de los anexos contenidos en

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

el archivo digital No. 49 de los aportados en el CD anexo a la contestación de la reforma de la demanda, **la Interventoría le solicita al concesionario** en la página 1114 de dicho archivo que “Obs 3: Se requiere aclaración del valor de la OP 0608 de LAURA VANESSA GRANADOS HINOJOSAS, ya que no se aplicó descuento por nota débito”, precisándose que “Rtas 2, 3, 4: A la fecha esta Interventoría no ha recibido respuesta a esta observación”.

En la información revisada dentro del expediente no se encontró información en que el Concesionario haya efectuado las aclaraciones pertinentes a la Interventoría tendientes a explicar la razón por la cual incluyó la nota crédito en la cuantía que actualmente reclama.

De allí que en efecto, en los archivos de Excel denominados **RECONOCIMIENTO ANI LIQ Explicado con GMF y 8112018 Entrega liquidacion Final CJE**, que obran en el CD que contiene los anexos del Acta de Liquidación Bilateral a folio 269 del cuaderno principal No. 2 frente a la referida OP 608 la Interventoría haya señalado: “LA NOTA CREDITO NO SE APLICÓ EN EL REPORTE DE PAGO, SIN EMBARGO, EN LA BASE DE DATOS DEL CONCESIONARIO SE REALIZA EL DESCUENTA DE LA NC. CUMPLE CONDICIONES PARA RECONOCIMIENTO”, por lo que la Interventoría descontó los \$309.889 de la nota de crédito referenciada por el mismo concesionario y procedió a reconocer el valor restante de \$75.111,25 para un total de \$385.000.

En concordancia con lo anterior, en **memorando Interno No. 20186030186583 del 26 de noviembre de 2018 que obra en el archivo digital No. 52** del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI, la Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo Social de la ANI le remite la siguiente aclaración al Gerente de Proyectos Carretero 5:

“Ahora bien, respecto a la salvedad que realizó el Concesionario relacionada con un valor de \$309.899 correspondientes a una diagramación de un boletín realizado por el proveedor Laura Vanessa, bajo la OP608, cabe mencionar que la Interventoría manifestó mediante radicado 2018409105750-2 con fecha 9 de octubre de 2018, que ese valor correspondía a una nota crédito la cual no fue posible rastrear y por lo tanto no se certificó en su totalidad. De acuerdo a lo anterior, esta gerencia se ratifica en no objetar los valores certificados por la Interventoría.”

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

Adicionalmente, cabe precisar que a renglón 103 del **anexo No. 3 del dictamen pericial** que obra en el medio magnético que obra a folio 60 del cuaderno de pruebas No. 2, el perito únicamente reconoció por la OP608 el valor de \$75.111,04, es decir, el mismo valor reconocido por la Interventoría, tal y como se reconoce por la concesión en sus alegatos de conclusión en que insiste que *“pretende su reconocimiento toda vez que la diferencia corresponde a la OP-608 en la cual el perito contable reconoce el valor de \$75.111 y el valor pagado por la Concesión fue \$385.000 tal y como consta en los soportes anexos a dicha OP que fueron certificados por Fiduciaria Bancolombia”*.

1.2.4. INTERVENCIONES EJECUTADAS

El resumen de las posiciones de las partes, así como el valor objeto en controversia, permite evidenciar que este concepto es el que condensa el valor más alto que aún continúa en controversia por la ANI.

CONCEPTO		VALOR SOLICITADO CONCESIONARIO	VALOR RECONOCIDO ANI	VALOR EN CONTROVERSIA
Intervenciones Ejecutadas	Gestión Ambiental	\$45.373.172.126	\$981.234.754	\$34.919.945.252
	Prospección Arqueológica		\$38.550.570	
	Gestión Predial		\$101.661.495	
	Intervenciones		\$9.331.780.055	

A su vez, la tabla permite evidenciar que para efectos del reconocimiento de dicho valor, la Interventoría y la ANI dividieron el concepto en cuatro rubros, sin embargo, el concesionario ha insistido en el reconocimiento de las sumas por concepto de intervenciones ejecutadas, sin hacer la distinción entre estos rubros.

Sobre el concepto global de intervenciones ejecutadas, en la **Comunicación 20184090503012 del 22 de mayo de 2018** el concesionario precisó:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

• Valor de las Intervenciones ejecutadas por el Concesionario y verificadas por el Interventor, en el Mes h.

En relación con este concepto se incluye los costos incurridos en ejecución del Contrato EPC suscrito con Construcciones El Cóndor S.A., igualmente, se incluyen los pagos efectuados a los proveedores de los Contratos de Obra para las Intervenciones Prioritarias del subsector 2 de la Unidad Funcional 4 de acuerdo con la Sección 4.2(a)(iv) del Apéndice Técnico 1, que corresponden a los Contratos de Pavimentos y Construcciones El Dorado S.A.S, Contrato.05 de 7 de septiembre de 2015, y la Macuira Inversiones y Construcciones S.A., contrato 06 del 7 de septiembre de 2015.

De la información suministrada, el valor sobre este concepto su aplicación en la fórmula se explica en documento en Excel anexo a esta comunicación el cual se entrega en versión física y en versión electrónica editable para su verificación por la interventoría y la ANI. **El valor por este concepto corresponde a la cifra de \$45.262.752.893.**"

La diferencia entre el valor que finalmente reclamó el concesionario en el Acta de Liquidación Bilateral por el valor global del concepto intervenciones ejecutadas (**\$45.373.172.126**) y el que se reclamaba en el oficio de **22 de mayo de 2018** (**\$45.262.752.893**), asciende a **\$110.419.233** por las razones que pasan a explicarse:

El concesionario reclamaba inicialmente \$45.262.752.893 dado que en la **carpeta digital No. 45 de los anexos de la reforma de la demanda, obra 1 archivo de excel denominado "20180517 - Liquidacion total V1"** de autoría del concesionario, se evidencia el registro de 2 notas crédito a las OP0023 y OP0055 que juntas sumaban \$110.419.233:

20-nov-15	OP0023	24545995405	Valor Intervenciones ejecutadas	PAVIMENTOS EL DORADO SAS	Contrato Pavimentación No. 005 - 2015	1.785.111.868,00	NC FC 3985	- 4.552.863,00	1.780.559.005,00
14-dic-15	OP0055	24545995405	Valor Intervenciones ejecutadas	PAVIMENTOS EL DORADO SAS	Contrato Pavimentación No. 005 - 2015	347.339.300,00	NC FC 3990	- 105.966.370,00	241.472.930,00

Revisada la OP0023 visible en la **carpeta digital OP controversia** de la USB aportada por la Concesión a folio 71 del cuaderno de pruebas No. 2 en la exhibición de documentos, se evidencia que la misma detalla la necesidad de realizar la nota crédito por el siguiente concepto:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

Descontar pólizas por \$ 4.552.863 (Poliza Cumplimiento \$ 4.225.012 Y Poliza RESP CIVIL \$327.851) Se envían Soporte de las Pólizas

Así como en la OP0055 visible en la misma carpeta en que se verifica la orden de efectuar retención en garantía a dos facturas por valor total de \$105.866.370 lo que soporta la necesidad de la nota crédito:

EJECTUAR RETENCION GARANTIA 5% FACTURA No. 3985 DEL 13 OCT 2.015 POR \$ 88.622.575 NO REPORTADA ORDEN OPERACIÓN No. 23 DEL 20 NOV 2.015
 EJECTUAR RETENCION GARANTIA 5% FACTURA No. 3990 DEL 3 NOV 2.015 POR \$ 17.243.795

Retención en garantía que fue pagada a Pavimentos El dorado a través de la OP1069, tal y como se reporta en el mismo **archivo de excel denominado "20180517 - Liquidación total V1"** con que se fundamenta la pretensión de mayo de 2018 del Concesionario por \$45.262.752.893:

24-jul-17	OP1069	24545995405	Valor Intervenciones ejecutadas	PAVIMENTOS EL DORADO SAS	Retencion por garantia	105.866.370,00	105.866.370,00
-----------	--------	-------------	---------------------------------	--------------------------	------------------------	----------------	----------------

Suma que se verifica en **la carpeta digital No. 113/NC por otros descuentos/NC aplicada a la FC 3990**, de la USB que contiene los anexos de la reforma de la demanda, en que se evidencia el archivo digital "cxuenta(sic) de cobro 3985-3990", contentivo de copia de la OP1069 y la cuenta de cobro 01-2017 en que Pavimentos el Dorado solicita el pago de la retención en garantía efectuado por valor de \$105.866.370

No obstante, en la comunicación 20184090866902 de 27 de agosto de 2018 en que el Concesionario fija la controversia señala que:

"Adicionalmente, la Concesión deja reserva sobre el no reconocimiento de los costos asociados al Contrato No 5 celebrado con Pavimentos El Dorado S.A.S, y solicita a la entidad que se deje expresa constancia de esta salvedad en el Acta de Liquidación de forma tal que las mismas sean posteriormente resueltas en el escenario de un Tribunal de Arbitramento. De acuerdo con lo anterior, el valor NO certificado por la Interventoría por valor de CIENTO DIEZ MILLONES CUATROSCIENTOS DIECINUEVE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$110,419.233), correspondiente a las intervenciones ejecutadas por Pavimentos El Dorado, cifra que coincide con el valor certificado por Fiduciaria Bancolombia mediante comunicación 20184090656362 del 3 de julio de 2018 y que coincide con el valor de las órdenes de operación contabilizadas y facturadas, por lo cual

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

este valor quedará en la controversia que se dirimirá ante el Tribunal de Arbitramento."

Mientras que en el archivo de excel **Base de datos Rev. 13** que se acompaña en la reforma de la demanda a dicha comunicación dentro de la carpeta digital 99, se evidencia que al momento de contabilizar las OP0023 y OP0055 se omitió el registro de las notas crédito que si habían sido tenidas en cuenta al momento de fijar el valor de la controversia en la comunicación 20184090503012 del 22 de mayo de 2018.

Revisada **la certificación de los costos directos registrados en la contabilidad del patrimonio autónomo del año 2015** remitida mediante comunicación No. 20184090656362 de 3 de julio de 2018 por la fiduciaria, no se registraron notas crédito a las OP0023 y OP0055, pese a que revisadas dichas OP si debían registrarse esas notas crédito.

No obstante, la omisión en la última certificación de costos por parte de la fiduciaria así como del Concesionario en el registro de las notas crédito a las OP antes mencionadas, no da pie para que este Tribunal pueda considerar que la pretensión por el concepto global de intervenciones ejecutadas podía obedecer a \$45.373.172.126, pues de las OP se constata que las notas crédito debían ser registradas.

En los alegatos de conclusión del concesionario, si bien no se explicó esta situación, se advirtió que *"una vez realizada la verificación probatoria del expediente y, analizando uno a uno los valores que fueron tenidos en cuenta por el perito en su Dictamen Pericial, hemos identificado y así se lo manifestamos al panel arbitral en estos Alegatos de Conclusión, que se debe restar el valor de \$105.866.377 correspondiente al valor de la retención en garantía de la OP-055 que no fue descontado al valor total del ARh reclamado"*.

Sin embargo, omite señalar que tampoco procede el reconocimiento de la controversia frente a la OP0023 por \$4.552.863 conforme a la nota crédito que consta en dicha OP, según se ha explicado anteriormente.

Así la reclamación debe partir de la suma inicialmente reclamada en mayo de 2018 por \$45.262.752.893, lo que a su vez implica que el valor en controversia se reduzca de \$34.919.945.255 a \$34.809.526.019.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

La suma de \$45.262.752.893 de la que partía inicialmente la reclamación del concesionario por intervenciones ejecutadas se desagrega de la siguiente forma:

- \$4.694.913.246 por intervenciones prioritarias y estaciones de peaje con ocasión del contrato No. 013, que fue reconocido en un 100%
- \$466.915.272 por intervenciones adicionales (limpieza Pacho Prieto, Peaje la Sombra y Protección Temporal Invernal) que fue aceptado en su totalidad.
- \$4.169.951.537 ejecutado por La Macuira Inversiones y Pavimentos el Dorado, que también se reconoció en el 100%
- \$35.930.972.838 por intervenciones ejecutadas en el marco del Contrato EPC. En torno a las cifras derivadas de este contrato, es que persiste la controversia pues las demás fueron reconocidas en su integridad.

De esta cifra \$1.802.611.862 correspondían a las sumas cobradas por el concesionario por concepto de gestión ambiental ejecutada en el marco del Contrato EPC. Sin embargo, de esta cifra la Interventoría solo reconoció \$1.019.785.324.

Así mismo, \$419.761.703 de los \$35.930.972.838 eran cobrados por concepto de gestión predial. De esta cifra, la Interventoría sólo validó \$212.112.251 y finalmente la ANI solo reconoció \$101.661.495.

Tomando como base la cifra de \$35.930.972.838 y restando de ella la suma reconocida por gestión ambiental por \$1.019.785.324 y gestión predial por \$101.661.495, se tiene el valor de \$34.809.526.019 que como se dijo hace algunas líneas, corresponde al valor de la controversia por concepto de intervenciones ejecutadas.

Precisado lo anterior, a continuación se determinará el fundamento probatorio de cada uno de los rubros en que la Interventoría y la ANI dividieron el análisis para efectos de determinar las cifras a reconocer por concepto de intervenciones ejecutadas, esto es, gestión predial, gestión ambiental, prospección arqueológica y finalizando con el rubro intervenciones, en el cual el concesionario concentra sus razones para insistir en

el reconocimiento global del concepto de intervenciones ejecutadas, derivado de las sumas cobradas por las actividades ejecutadas por conducto del Contrato EPC.

1.2.4.1. Gestión predial

Como se ha dicho, en el oficio en que el concesionario fijó la controversia, no desagregó su reclamación de intervenciones ejecutadas, como si lo hizo la Interventoría y la ANI para efectos de proceder a su reconocimiento en cada uno de los rubros objeto de análisis.

Desde el primer Informe de validación de costos y gastos efectuado por la Interventoría mediante **comunicación 20184090818872 de 13 de agosto de 2018** que obra como documento No. 41 de las pruebas aportadas con la contestación a la reforma de la demanda, se evidencia que para efectos de considerar los costos a reconocer por gestión predial, se hace un recuento detallado de las actividades ejecutadas en material predial en las páginas 149 a 206 del referido informe, tras lo cual se destaca en las páginas 210 y 211 del referido informe que **en el valor del Contrato EPC se precisa que el valor reclamado por gestión predial corresponde a \$419.761.703**, del cual solo es posible reconocer \$212.112.151 conforme a los soportes de imputación presupuestal registrados en la Fiduciaria.

En atención a ese primer informe, **la ANI dirigió comunicación No. 20183000321131 de 26 de septiembre de 2018** a la Interventoría que a folios 847 y 848 del archivo digital No. 2. 20184091173792 que fue aportado con los anexos del acta de liquidación realiza observaciones frente al valor de la gestión predial aprobado por la Interventoría:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

No	Registro	Aspecto	Observación
3.	Cifras globales en la Gestión Ambiental y Predial, y requerimiento de reclasificación	<p>El Interventor señaló en la página 100 del Informe de Interventoría: "...Dichas inconsistencias, sumadas a la deficiencia documental, expuesta anteriormente, NO permitieron que esta Interventoría pudiera certificar la totalidad de las intervenciones ejecutadas en el marco del Contrato EPC, las cuales correspondían a una suma global de \$35.930.972.838. A pesar de lo anterior, respecto de la Gestión Ambiental y la Gestión Predial, se determinó certificar \$1.019.785.324 y \$212.112.251 respectivamente...considerando que estos valores corresponden a lo soportado en los formatos de imputación presupuestal de la Fiduciaria".</p>	<p>Es importante conocer con claridad cuál es el motivo para que respecto de valores globales de Intervenciones no se valide, mientras que para valores globales de Gestión Predial y Ambiental sí, más aún cuando el Interventor había ratificado su posición de ceñirse a la metodología de la Contraloría. Adicionalmente, las Gestiones Social, Predial y Ambiental, deben asignarse a su respectivo Costo de la fórmula de liquidación y en el respectivo capítulo del</p>

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

4.	Página 206 del Informe de Interventoría	<p>En la página 206, donde se encuentran los costos de la Gestión Predial EPC, se hace referencia a tres órdenes de operación 1164, 1171 y 1220 con valores globales. No se encuentran los soportes que desglosen esos valores globales respecto del rubro de "Adquisición y Compra de Predios Gestión Predial".</p>	<p>Informe, pues no hacen parte de la liquidación por Intervenciones.</p> <p>Así mismo, al revisar las OP que incluyen o involucran pagos de actividades de Gestión Ambiental, estas no cuentan con soporte alguno de qué actividad de ÍNDOLE AMBIENTAL se está haciendo el reconocimiento, o a qué proveedor. Como se ha mencionado, el hecho de que se describan medidas para el manejo de impactos en el documento PAGA, no</p>
----	---	--	--

La Interventoría dio respuesta a las inquietudes de la ANI mediante **comunicación No. 20184091048402 de 9 de octubre de 2018** que obra como documento No. 48 de las pruebas aportadas con la contestación de la reforma de la demanda, en los siguientes términos:

"Respuesta Interventoría Numeral 3:

Respecto al requerimiento realizado por la Agencia de conocer el motivo por lo cual los valores globales de las inversiones no se validaron, reiteramos lo descrito en los numerales 1.2 y 2 de la presente comunicación, por lo cual no nos pronunciaremos nuevamente al respecto. Ahora bien, frente a las actividades globales de gestión predial y ambiental certificadas, es importante precisar, que esta Interventoría procedió a avalar los gastos presentados por el Concesionario considerando la constatación de la ejecución de dichas actividades y los productos tangibles que se obtuvieron de cada una de estas áreas. En lo que respecta a la gestión predial, no puede desconocerse que el Concesionario realizó la entrega de 56 expedientes que contenían los resultados de los procesos adelantados en los predios identificados como necesarios para la ejecución del

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

proyecto previo el inicio de la etapa de reversión. No debe de igual forma perderse de vista, que el Otrosí No. 10 estableció en su cláusula séptima (Cierre Predial) que el concesionario debía a más tardar un (1) mes después de la declaratoria de ocurrencia de la causal de terminación anticipada - AOTA, y para cada una de las unidades funcionales del proyecto, hacer la entrega de los expedientes prediales a la interventoría para su respectiva verificación a satisfacción, de acuerdo a lo previsto en el numeral 5.2 del Apéndice Técnico No. 7 hasta donde haya sido adelantada la respectiva gestión predial, así como el informe de la adquisición predial del numeral 5.11 y el informe final de avance en la adquisición en los términos del numeral 5.12 del mismo Apéndice, por lo cual y una vez verificado cada uno de los insumos por parte de la Interventoría, dichos expedientes fueron entregados a la Agencia mediante comunicaciones 20171129001850, 20171130001854 e 20171214001896 de los días 29, 30 de noviembre y 14 de diciembre del 2017 respectivamente con RAD. ANI 2017-409-127477-2, 2017-409-128069-2 y 2017-409-33172-2.

De igual forma, la interventoría dio no objeción al informe de cierre predial mediante comunicado ICG-OC-0014-18 del día 11 de enero del 2018, Es de anotar que el valor reconocido de DOSCIENTOS DOCE MILLONES CIENTO DOCE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS M/CTE (\$212.112.251) Por este concepto, obedeció a precios razonables de mercado del cual presentamos el respectivo análisis como anexo al componente predial a la presente comunicación.

(...)

Respuesta Interventoría Numeral 4:

Frente a los costos de la gestión predial reportados en la página 206 del Informe final de liquidación presentado por parte de la interventoría en el mes de agosto del 2018, es de anotar que la Agencia hace referencia a que no se encuentran los soportes que desglosen esos valores globales respecto del rubro de Adquisición y compra de predios de gestión predial. Al respecto es importante reiterar lo descrito en el numeral 1.2 y 2 del presente documento donde se Indicaba que si bien es cierto dichas actividades se encontraban contenidas dentro del contrato EPC como una actividad "global", existen las respectivas evidencias del desarrollo de la misma conforme los 56 expedientes entregados por el concesionario a la Agencia que soportan la ejecución de la gestión predial a lo largo del proyecto. Tal y como se mencionó en el numeral 3 de este

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

comunicado, adjunto al presente documento, se presenta una valoración con precios de mercado sobre las actividades desarrolladas por el Concesionario donde se evidencia la pertinencia del valor acreditado."

En concordancia con esa respuesta, en la versión final del informe de Interventoría remitido con **comunicación No. 20184091191102 del 15 de noviembre de 2018 que obra en el archivo digital No. 50** del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI, la Interventoría reconoce el rubro de gestión predial del Contrato EPC de las páginas 228 a 238 así:

"1.8.4 COSTOS DE LA GESTIÓN PREDIAL EPC

Al realizar la revisión de las órdenes de operación del EPC, para la actividad concerniente a Gestión Predial, se encuentran tres (3) órdenes: 1164, 1171 y 1220, que presentan la siguiente información:

- 1. OP 1164: De un valor global de \$7.246.852.875 del total de la factura; mediante el acta No. 3, se desglosan \$19.384.810 mediante el rubro "Adquisición y Compra de Predios Gestión Predial" distribuidos en un 50% (\$9.642.405) para la Unidad Funcional 1 y el 50% (\$9.642.405) restante para la Unidad Funcional 2.*
- 2. OP 1171: De un valor global de \$17.135.433.617 del total de la factura; mediante el acta No. 6, se desglosa \$20.174.309 mediante el rubro "Adquisición y Compra de Predios Gestión Predial" distribuido para la Unidad Funcional 1.*
- 3. OP 1220: De un valor global de \$5.656.462.479 del total de la factura; mediante acta No. 7, se desglosan \$172.553.132 mediante el rubro "Adquisición y Compra".*

(...)

- "EPC*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Realizando el análisis de las órdenes de operación (1164, 1171 y 1220) mediante las cuales fueron canceladas actividades concernientes a la gestión predial del contrato EPC, se evidencia que, existe una diferencia entre el valor total del EPC (\$419.761.703) y la información reportada en las órdenes de Operación concernientes al contrato EPC según lo movimientos reportados por la Fiducia. Así las cosas, se concluye:

ORDEN DE OPERACIÓN	IMPUTACIÓN PRESUPUESTAL	VALOR	TOTAL
1164	Gestión Predial	\$ 19.384.810	\$ 212.112.251
1171		\$ 20.174.309	
1220		\$ 172.553.132	
CONTRATO EPC	Gestión Predial	-	\$ 419.761.703

La diferencia presentada, entre el valor total de la Gestión Predial del Contrato EPC, se calcula restando del valor total de las órdenes de operación (\$212.112.251), el total de la imputación presupuestal para la Gestión predial del EPC registrada en el Patrimonio Autónomo como se presenta:

	VALOR TOTAL	DIFERENCIA
OP GEST. PREDIAL EPC	\$ 212.112.251	\$ 207.649.452
CTO EPC	\$ 419.761.703	

Razón por la cual, existe una diferencia de \$207.649.452 pesos los cuales no se pueden certificar ya que el objeto del contrato EPC mediante el Capítulo 5 menciona: "El presente contrato se suscribe bajo la modalidad de llave en mano, a precio global fijo, sin perjuicio de las disposiciones del presente contrato que de manera expresa dispongan la revisión o ajustes del precio"; así las cosas, para efectos de certificación por parte de la Gestión Predial en cuanto al Contrato de EPC, la suma registrada en el Patrimonio Autónomo de la Concesión y certificada es:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

VALOR A RECONOCER (EPC)	\$ 212.112.251
VALOR EN LETRAS	Doscientos doce millones ciento doce mil doscientos cincuenta y un pesos

Se certifica el valor antes expuesto (\$212.112.251) para efectos de la gestión predial del Contrato EPC ahora bien, mediante el oficio 39-CCG001-20180727000219 del 27 de Julio del año 2018 el Concesionario informa: "...Este Concesionario manifiesta a la interventoría y al Concedente que no entregará más documentación al nivel de detalle solicitado por la interventoría, porque se reitera, con la información entregada y las certificaciones se cumple lo preceptuado por el contrato de concesión". Así las cosas, se informa que no existen más soportes con los cuales realizar la verificación de la diferencia (\$207.649.452) encontrada entre los soportes de la Fiduciaria y el Valor total del Contrato EPC; por lo que el valor a certificar es el calculado para la gestión predial mediante las tres (3) órdenes de operación mencionadas en este ítem.

No obstante lo anterior, es importante resaltar, que en los soportes de imputación presupuestal registrados en la Fiduciaria Bancolombia S.A. por este componente, el valor registrado es hasta la suma de DOSCIENTOS DOCE MILLONES CIENTO DOCE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS (\$212.112.251), lo cual de conformidad con lo expuesto en la Sección 18.3 (e) hace imposible para la interventoría certificar un mayor valor al registrado en el P.A.

Se reitera entonces, que la diferencia presupuestal establecida, no fue susceptible de aclaración final, en tanto que, mediante oficio del 27 de julio ya citado, el Concesionario manifestó su decisión de no entregar más información durante la etapa de liquidación.

ANÁLISIS DE PRECIOS DE MERCADO - ESTUDIO COMPARATIVO DE MERCADO SOBRE COSTOS DE GESTIÓN PREDIAL.

Dando alcance al análisis de la Gestión Predial sobre el proyecto de Concesión en Liquidación Cesar – Guajira S.A.S y teniendo en cuenta las mesas de trabajo realizadas con el equipo Predial de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, así como los requerimientos realizados a través de comunicaciones, y se presenta

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

en este documento el análisis de mercado sobre los costos de Gestión Predial certificados.

Para lo anterior, inicialmente se realizó la búsqueda de precios de mercado asociado a procesos de Gestión predial en la base de datos de la ANI, encontrando las propuestas de dos (2) proyectos de concesión en los cuales se realiza la propuesta de los costos en materia Predial. Los proyectos fueron:

- APP Accesos del Norte de Bogotá – ACCENORTE
- Consorcio Alternativas Viales S.A.S

Los soportes de precios asociados a los proyectos mencionados, se encuentran en la página de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, en el campo asociado a Iniciativas Privadas. (...)

Con base a la información consultada, y verificando los alcances de los trámites de los expedientes entregados por la Concesión Cesar-Guajira S.A.S a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI en desarrollo del proyecto de Concesión, se procedió a realizar el Análisis de Precios para los proyectos ACCESOS DEL NORTE DE BOGOTA – ACCENORTE y ALTERNATIVAS VIALES S.A.S, teniendo en cuenta el alcance de cada uno de los 56 expedientes entregados en el proyecto CESAR-GUAJIRA S.A.S, con el objeto de cuantificar los valores a certificar por las gestiones prediales realizadas con proyectos de Concesión de alcance similar (Ver Anexo 4).

De lo anterior, se tuvo como resultado, que tanto para el proyecto de Concesión ACCENORTE como ALTERNATIVAS VALES S.A.S, el valor (Costo directo) por concepto de gestiones realizadas fue de **\$132.970.000,00 M/CTE**, a lo que se debe incluir los gastos por Topografía, toda vez que en los 215 kilómetros concesionados para el Proyecto Cesar – Guajira, era necesario demarcar la línea de compra, para el óptimo reconocimiento de las áreas objeto de adquisición, por lo que se procedió a realizar un A.P.U aproximado para Topografía, la cual se resume a continuación:

KILÓMETROS CONCESIONADOS	COMISIÓN TOPOGRAFICA			COSTO TOTAL DIRECTO - TOPOGRAFÍA
	KM TRABAJADOS /DIA	VALOR DÍA DE COMISIÓN	DIAS TOTALES PARA TERMINAR LA LABOR	
215.00	5.00	\$ 931,620.00	43.00	\$ 40,059,660.00

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

Así las cosas, se resume que el valor total (Costo Directo) de la Gestión Predial realizada más el Costo de la Topografía (Costo Directo), es de **\$173.029.660,00 M/CTE**. Sin embargo, mediante el Otrosí No. 4: "Aclaratorio al Contrato para la ejecución de la Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento del Sistema Vial Para Conexión de los Departamentos de Cesar y Guajira", en la página No. 4 del mismo, Acuerdan que el AIU para el proyecto era de 28.3%, de los cuales el 5% corresponde a las utilidades (Ver Anexo 3). Por lo que al realizar los cálculos sobre los costos de la Gestión Predial realizada sobre el proyecto de Concesión se concluyó que el costo aproximado de Gestión predial después de realizados los A.P.U. fue de **\$221.997.053,78 M/CTE**.

COSTOS DIRECTOS		
GESTIÓN PREDIAL (ACCENORTE - ALT. VIALES)	TOPOGRAFÍA	TOTAL
\$ 132,970,000.00	\$ 40,059,660.00	\$ 173,029,660.00
	A.I (23.3%)	\$ 40,315,910.78
	U (5%)	\$ 8,651,483.00
		\$ 221,997,053.78

Sin embargo, teniendo en cuenta los soportes de la Fiduciaria Bancolombia mediante los gastos asociados por concepto de Gestión Predial realizados por el EPC (OP 1164, OP, 1171 y OP 1220), donde el valor relacionado para la misma es de \$212.112.251,00 M/CTE, y teniendo en cuenta que el valor a certificar por parte de la Interventoría no puede ser superior a los estados financieros registrados en el Patrimonio Autónomo (Fiduciaria Bancolombia). La presente interventoría, **ratifica** que en cuanto a Gestión Predial, se certifica la suma de:

VALOR TOTAL GESTIÓN PREDIAL- CERTIFICADO POR LA INTERVENTORÍA	\$212.112.251,00 M/CTE
CANTIDAD EN LETRAS	Doscientos doce millones ciento doce mil doscientos cincuenta y un Pesos.

No obstante mediante **Memorando Interno No. 20186040186793 del 26 de noviembre de 2018 que obra en el archivo digital No. 51** del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI, la Coordinadora GIT de Asesoría Jurídica Predial emite concepto dirigido al

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Gerente de Proyectos Carretero 5 – VGC con el fin de determinar las cifras a reconocer al concesionario en materia predial en los siguientes términos:

1. *“El 29 de octubre de 2018 mediante Memorando No. 20186040172793 emitieron concepto basados en los valores de la gestión predial encontrados en el informe de “estudios técnicos para tramos nuevos y mejoramiento-predial” que reposan en el cuarto de datos de la Agencia y la sabana predial entregada por el Concesionario.*
2. *El 30 de octubre de 2018, en reunión de seguimiento del proyecto Cesar - Guajira se trató el contenido del memorando enunciado en el numeral 1 y el equipo de supervisión sugirió no utilizar los reportes del cuarto de datos debido a que generaría realizar un estudio en el mismo sentido para las diferentes áreas, por tanto, solicitó utilizar otro mecanismo de análisis.*
3. *El 6 de noviembre y el 14 de noviembre de 2018, se remitió vía WhatsApp y correo electrónico respectivamente, el valor de la gestión predial desarrollada por el concesionario el cual se encuentra contenido en el ítem de “Intervenciones”, de conformidad con la petición del equipo de supervisión, cuyo análisis se desarrolla más adelante.*
4. *El 16 de noviembre de 2016, el ingeniero líder del equipo remitió a la Interventoría “CJE planes Liquidación” el análisis desarrollado por las Gerencias Predial y de Asesoría Jurídico Predial, que a la fecha no se ha pronunciado.*
5. *El valor de la gestión predial es resultado del análisis que a continuación se presenta:*
 - *Teniendo en cuenta que reiteradamente la Interventoría siempre presentó valores globales de la gestión predial, sin los debidos soportes discriminados de cada una de las órdenes de operación, pese a las observaciones realizada en las diferentes mesas de trabajo, correos electrónicos y oficio Rad No. 20183000321131 del 26 de septiembre de 2018.*
 - *La interventoría se limitó a verificar las facturas entregadas por el concesionario Vs el reporte de fiducia, dejando de lado la verdadera gestión desarrollada por el Concesionario.*
 - *Las Gerencias Predial y de Asesoría Jurídica Predial no comparten el valor*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

certificado por la Interventoría por valor de \$212.112.251, 00 por las razones expuestas previamente.

- Por lo anterior, se vio en la necesidad de buscar y desarrollar un diagnóstico de los costos de la gestión predial más acorde a las actividades prediales ejecutadas por el Concesionario.
- Para ello, se discriminó cada una de las actividades de la gestión predial en virtud de la normatividad vigente y lo establecido contractualmente, posteriormente, se analizó el avance de la gestión predial adelantada por el Concesionario Cesar-Guajira al momento de la reversión contenida en la sabana predial entregada por el Concesionario.
- Consecutivamente, se tomó como base el estudio de mercado desarrollado por la Agencia Nacional de Infraestructura, en el cual se fijaron los valores de cada una de las actividades de la gestión predial aplicados en los contratos de los proyectos de Concesión Bogotá - Girardot y Zona metropolitana de Bucaramanga.
- A continuación, se relacionaron las actividades de la gestión predial realizada por el Concesionario vs los valores establecidos previamente. Obteniendo el siguiente cuadro resumen:

Etapa	# de insumos desarrollados por el concesionario a la fecha de reversión	Valor a reconocer por la ANI**	Iva	Total
Verificación jurídico, catastral	56	290.505,36	\$345.701,38	19.359.277,02
Predios con estudio de títulos	16	917.568,60	\$1.091.906,63	17.470.506,10
Predios con ficha y plano predial	19	1.497.993,94	\$1.782.612,79	33.869.642,98
Predios con ficha Socioeconómica	12	721.577,40	\$858.677,11	10.304.125,28
Predios con avalúo comercial	2	1.531.148,13	\$1.822.066,28	3.644.132,56

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

Pedios con oferta notificada y registrada	5	483.166,10	\$574.967,65	2.874.838,27
Pedios con alcance de oferta	3		\$0,00	0,00
Pedios con promesa de compraventa	0	488.501,96	\$581.317,33	0,00
Pedios con acta de entrega	3	365.755,77	\$435.249,36	1.305.748,09
Pedios con escritura registrada (incluye suscripción, registro y desenglobe)	2	1.041.888,78	\$1.239.847,65	2.479.695,30
Pedios con primer pago	2	178.729,37	\$212.687,95	425.375,90
Pedios con segundo pago	2		\$0,00	0,00
Pedios con tercer Pago (si aplica)	0		\$0,00	0,00
Pedios con presentación de demanda para expropiación	0		50,00	0,00
Pedios con disponibilidad para obra	3		\$0,00	0,00
Archivo de carpeta	56	143.981,89	\$177.288,45	9528.153,18
				101.661.494,68

***Valor fuente. Determinado en el contrato de los proyectos de Concesión Bogotá- Girardot y Zona metropolitana de Bucaramanga actualizado a feb-2016 y de acuerdo con un estudio de mercado desarrollado por la ANI.*

Finalmente, se concluye por parte de estas Gerencias que el valor resultado del análisis es de \$101.661.494,68, que corresponde a la gestión predial a reconocer conforme a los documentos presentados por el Concesionario, de conformidad con los soportes documentales de la gestión predial adelantada que se han evidenciado hasta el momento."

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En esa medida, teniendo en cuenta que conforme a lo precisado por la Interventoría, el valor reclamado por el Concesionario en relación con la gestión predial correspondía a \$419.761.703 y el valor reconocido por la ANI en el Acta de Liquidación Bilateral correspondió a \$101.661.495, el valor que no fue aceptado por el rubro de gestión predial del EPCista bajo el concepto de intervenciones equivale a \$318.100.208.

Del recaudo probatorio no se evidencia que el concesionario haya presentado argumentos que en concreto hayan intentado desvirtuar el monto reconocido por la Interventoría y posteriormente reducido por la ANI, en relación con la gestión predial del Contrato EPC.

No obstante, el concesionario refutó la falta de reconocimiento de los montos globales que no fueron reconocidos para el Contrato EPC, los que serán precisados en el acápite de intervenciones.

1.2.4.2. Gestión ambiental

El valor reconocido por la ANI por gestión ambiental como parte del concepto de intervenciones asciende a \$981.234.754.

Como se ha venido refiriendo, de la lectura del oficio 20184090503012 de 22 de mayo de 2018 en que el Concesionario señaló los valores que reclamaba inicialmente en la liquidación, como del oficio 20184090866902 en que se fijó el monto de la controversia, el tribunal no encuentra que el concesionario haya desglosado su pretensión por concepto de intervenciones en los cuatro rubros en que fue analizada tanto por la Interventoría como por la ANI, no obstante de la lectura de la página 148 del informe inicial de validación de costos y gastos efectuado por la Interventoría mediante **comunicación 20184090818872 de 13 de agosto de 2018**, se evidencia que la reclamación del concesionario por gestión ambiental según se desprende de las actas del Contrato EPC aportadas por éste, que detallaban rubro y unidad funcional ascendía a \$1.802.661.862, aunque el Anexo Económico No. 2 del Otrosí No. 4 del Contrato EPC evidenciaba por este rubro el valor de \$1.791.910.399.

En la versión final del informe de Interventoría remitido mediante **comunicación No. 20184091191102 del 15 de noviembre de 2018** se explica el valor inicialmente



TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

reclamado por el concesionario, el costo que la Interventoría validó como ejecutado, así como la diferencia entre ese valor y el que la Interventoría encontró que había sido registrado dentro del patrimonio autónomo, que fue el que finalmente reconoció para efectos de la liquidación del contrato 005 de 2016.

A efectos de validar el monto a reconocer por concepto de gestión ambiental, en las páginas 152 a 167 del informe final del interventor, se hace un análisis de las actividades realizadas por el EPCista para el desarrollo de la gestión ambiental y el costo de las mismas, tomado de la trazabilidad realizada por la Interventoría a los costos en que incurrió el concesionario en el desarrollo de la Gestión Ambiental.

Hechos los análisis correspondientes, a páginas 168 y siguientes la Interventoría señala:

“A continuación, se presenta el resultado del análisis realizado por la Interventoría de los Costos Ambientales del Contrato EPC:

 RESUMEN ACTIVIDADES REALIZADAS POR EL EPC PARA EL DESARROLLO DE LA GESTION AMBIENTAL 		
COSTOS ASOCIADOS POR TRAMITES AMBIENTALES	TOTAL EJECUCION CCG	OBSERVACION
PAGOS POR VISITAS DE EVALUACIÓN	\$ 86,423,905	Hay Facturas
PAGOS POR TASAS DE APROVECHAMIENTO	\$ 132,595,631	Hay Facturas
PAGOS POR VISITAS DE SEGUIMIENTO	\$ 37,054,246	Hay Facturas
PAGOS POR COMPENSACIONES AMBIENTALES	\$ -	Contratos y pólizas anexas
TOTAL TRAMITES AMBIENTALES	\$ 256,073,782	
COSTOS ESTUDIOS Y LICENCIA AMBIENTAL	TOTAL EJECUCION CCG	OBSERVACION
Moros permisos de concesion de aguas superficiales	\$ 9,048,000.00	Soporte de gastos realizados, estudio entregado a la Corporación
Prospección arqueológica para la zona de ampliación de cinco peajes y para la zona de servicios de estos peajes.	\$ 38,550,570.00	Soporte de gastos realizados, estudio entregado a la Corporación
Estudios de caracterización hidrogeológica para solicitud de permisos de exploración de agua subterránea y construcción de pozos en el Area de Servicios San Juan del Cesar (Ruta 4902 PR 58 +700), Peaje y Pesaje San Juan del Cesar (Ruta 4902 PR 61+500) departamento de La Guajira y Peaje Rio Seco (Ruta 8004A PR 61+500) departamento del Cesar	\$ 19,140,000.00	Soporte de gastos realizados y el copia del estudio o radicación del estudio en la Corporación

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

Estudios de caracterización hidrogeológica para solicitud de permisos de exploración de agua subterránea en las estaciones de los peajes de la poblaciones de Rincón Hondo y San Diego (Cesar), Urumita (La Guajira), Centro de Control de Operaciones (CCO) Valledupar y Area de Servicios San Diego (Cesar).	\$ 31,900,000.00	Soporte de gastos realizados y el copia del estudio o radicación del estudio en la Corporación
Plan de aprovechamiento forestal, inventario forestal al 100% en los sitios donde se construirán las estaciones de recaudo Rincón Hondo, Las Flores, Rio Seco y Área de Servicio en el Municipio de Becerril en jurisdicción del Departamento del Cesar. Realizar un inventario forestal al 100% en los sitios donde se ubicaran los postes S.O.S (Cada 3 kilómetros), en jurisdicción del Departamento del Cesar.	\$ 33,535,600.00	Soporte del pago del Plan realizado e igualmente del inventario ejecutado
Plan de aprovechamiento forestal para los sectores de vía estimados a ser intervenidos para la construcción de las estaciones de recaudo Urumita y Cuestecitas y los postes SOS, de la carretera Cesar-Guajira;	\$ 98,241,560.00	Soporte del pago del Plan realizado e igualmente del inventario ejecutado
COSTO ELABORACION EIA, (Unidad funcional 7.2, Variante San Diego)	\$ 187,289,540.00	Soporte del pago del estudio del EIA
COSTOS DE ESTUDIOS Y LICENCIA AMBIENTAL (EIA)	\$ 417,705,270.00	
COSTO ELABORACION PAGA	\$ 144,820,200.00	Soportes del pago honorarios PAGA no hay
IMPLEMENTACION DEL PAGA	TOTAL EJECUCION CCG	OBSERVACION
Implementación programas	\$ 138,490,000.00	Gastos de los programas
Costos asociados al personal directo de la concesion Gestión Ambiental	\$ 270,401,413.33	Relación de Nomina Concesionario - EPC
TOTAL IMPLEMENTACION PAGA	\$ 408,891,413.33	
Total costos estimados por la ejecución de la gestion Ambiental Concesionario	\$	1,227,490,665.33

DESCRIPCION ACTIVIDAD	VALOR \$
I. PAGOS DE TRAMITES AMBIENTALES	\$ 256,073,782.00
a. Ocupación de cauce	
b. Aprovechamiento forestal	
c. Vertimientos	\$ 256,073,782.00
d. Concesion de aguas	
II. PAGA	\$ 553,711,613.33
e. Elaboración del PAGA	\$ 144,820,200.00
f. Implementación de PAGA	
Costo de Persona	\$ 270,401,413.33
Programas	\$ 138,490,000.00
III. ESTUDIOS Y LICENCIA	\$ 417,705,270.00
g. Elaboración	\$ 417,705,270.00
h. Implementación	\$ -
COSTOS AMBIENTALES DEL EPC	\$ 1,227,490,665.33

El anterior cuadro refleja los costos presupuestados por esta Interventoría en el desarrollo del contrato. Como se observa, esta Interventoría pudo considerar dentro de la revisión costos por **\$1.227.490.665.33**.

Al respecto, es importante mencionar que el literal (e) de la Sección 18.3 establece que el Interventor deberá certificar los registros contables del

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

Patrimonio Autónomo para los rubros asociados en la variable ARh, registrados en los estados financieros. Por lo cual, se procedió a comparar este valor, respecto a los registros de la Fiduciaria en el Patrimonio Autónomo.

Para esta comparación también se tomó como referencia la distribución de los valores por Actas del Contrato EPC, entregado por el Concesionario el 18 de julio de 2018, dando cumplimiento al compromiso pactado en la reunión técnica del 13 de julio de 2018, que se exponen en las siguientes tablas:

SUBTOTAL	hasta Nov-16	dic-16	ene-17	feb-17	mar-17
Ejecución Obra	\$ -	\$ 188,642,720	\$ 413,015,011	\$ 1,722,328,311	\$ 3,578,586,095
Gestión Predial	\$ -	\$ -	\$ 6,665,288	\$ 13,370,568	\$ -
Gestión Ambiental	\$ -	\$ 7,987,379	\$ 7,987,379	\$ 47,924,275	\$ 47,924,275
Bases	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 154,857,811	\$ -
Postes SOS	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 72,455,872
Redes	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
Diseños	\$ 8,176,838,199	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
TOTAL	\$ 8,176,838,199	\$ 196,630,099	\$ 427,667,679	\$ 1,938,480,965	\$ 3,698,966,242

SUBTOTAL	abr-17	may-17	jun-17	jul-17	ago-17	TOTAL
Ejecución Obra	\$ 8,496,067,882	\$ 10,599,277,263	\$ 2,306,777,986	\$ 3,468,904,417	\$ 2,705,937,660	\$ 33,479,537,345
Gestión Predial	\$ -	\$ 12,605,926	\$ 145,906,889	\$ -	\$ 242,911,276	\$ 421,459,949
Gestión Ambiental	\$ 55,911,654	\$ 271,570,891	\$ 55,911,654	\$ 111,823,308	\$ 1,195,621,046	\$ 1,802,661,862
Bases	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 154,857,811
Postes SOS	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 72,455,872
Redes	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 34,037,252	\$ 34,037,252
Diseños	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 1,142,044,669	\$ 9,318,882,868
TOTAL	\$ 8,551,979,536	\$ 10,883,454,081	\$ 2,508,596,530	\$ 3,580,727,725	\$ 5,320,551,903	\$ 45,283,892,958

Continuando con la validación, dentro de los soportes que acompañan a las órdenes de operación 1164 (Actas Nos. 3 y 4 EPC), 1169, 1171 (Actas Nos. 5 y 6 EPC), 1220 (Acta No. 7 EPC), 1217 (Acta No. 8 EPC), 1223, 1225 (Acta No. 9 EPC), se revisaron los formatos de "imputación presupuestal" de la Fiduciaria, para verificar el registro contable o la distribución de los valores globales de las Actas de Obra del Contrato EPC, según el siguiente detalle:

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

FIDUCIARIA BANCOLOMBIA

	Acta 1 FV 13021 OP 1158		Acta 2 FV 13108 OP 1158		Acta 3 FV 13455 OP 1164		Acta 4 FV 13456 OP 1164	
	196,630,099		427,667,676		1,938,480,965		3,698,966,242	
Construcción	100.00%	196,630,099	100.00%	427,667,676	93.30%	1,808,602,740	93.20%	3,447,436,538
Peaje	0.00%		0.00%		1.70%	32,954,176	4.20%	155,356,582
Pesaje	0.00%		0.00%		0.30%	5,815,443	0.60%	22,193,797
G. Predial	0.00%		0.00%		1.00%	19,384,810	0.00%	
G. Ambiental	0.00%		0.00%		3.70%	71,723,796	2.00%	73,979,325

FIDUCIARIA BANCOLOMBIA

	Acta 5 FV 13500 OP 1169 Y 1171		Acta 6 FV 13501 OP 1171		Acta 7 FV 13530 OP 1220		Acta 8 FV 13531 OP 1217	
	8,551,979,536		10,883,454,084		2,508,596,530		3,580,727,725	
Construcción	97.80%	8,363,835,986	97.70%	10,632,902,686	88.92%	2,230,749,326	92.00%	3,294,264,593
Peaje	0.00%		0.00%		0.00%		0.00%	
Pesaje	0.00%		0.00%		0.00%		0.00%	
G. Predial	0.00%		0.19%	20,174,309	6.88%	172,553,132	0.00%	
G. Ambiental	2.20%	188,143,550	2.12%	230,377,086	4.20%	105,294,072	8.00%	286,463,131

FIDUCIARIA BANCOLOMBIA

	Acta 9 FV 13536 OP 1220, 1223 Y 1225		TOTAL ACTAS EPC
	4,144,469,982		
Construcción	98.46%	4,080,665,618	34,482,755,262
Peaje	0.00%		188,310,758
Pesaje	0.00%		28,009,240
G. Predial	0.00%		212,112,251
G. Ambiental	1.54%	63,804,364	1,019,785,324

Como se observa en tablas anteriores, el valor certificado por la Fiduciaria como gestión ambiental dentro del contrato EPC por (\$1.019.785.324) difiere de lo que la Interventoría validó previamente por (\$1.227.490.665) así como del rubro expuesto en el archivo entregado por el Concesionario el 18 de julio de 2018 mediante correo electrónico en el cual se discriminó cada una de las Actas del EPC por rubro y Unidad Funcional (\$1.802.661.862) y también del Anexo Económico No. 2 del Otrosí No. 4 del Contrato EPC (\$1.791.910.399).

En este contexto, viendo las discrepancias entre las diferentes fuentes de validación, la Interventoría consideró que de conformidad con la metodología adoptada, no es posible certificar el valor de la pretensión por parte del Concesionario, es decir, la suma de \$1.802.661.862 y que tal como lo establece el contrato, solo puede limitarse a certificar lo que se encuentra registrado contablemente por la Fiduciaria, según su imputación contable, es decir la cifra de **MIL DIECINUEVE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS**

VEINTICUATRO PESOS (\$1.019.785.324), rubro que como se indicó anteriormente se encuentra dentro del componente de intervenciones.

7.7.8. RESULTADOS DE LA REVISIÓN

Una vez detallada la revisión efectuada de los costos y gastos de la Gestión Ambiental registrados en el Patrimonio Autónomo, se exponen los valores incluidos en la certificación de la Interventoría.

COMPONENTE GESTIÓN AMBIENTAL	
Componente	Valor a Reconocer (\$)
1.1 COSTOS AMBIENTALES DEL CONTRATO EPC	\$ 1,019,785,324
1.2 COSTOS AMBIENTALES DE LA OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO	\$ 214,712,032
1.3 COSTOS AMBIENTALES PAGADOS POR LA SUBCUENTA AMBIENTAL	\$ -
1.4 COSTOS AMBIENTALES PAGADOS POR FONDOS ROTATORIOS	\$ -
TOTAL	\$ 1,234,497,356

Concluyendo, el valor total validado por la interventoría para la Gestión Ambiental asciende a la suma de **MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$1.234.497.356)**.

Es importante señalar que, de la cifra antes mencionada, la suma de **DOSCIENTOS CATORCE MILLONES SETECIENTOS DOCE MIL TREINTA Y DOS PESOS (\$214.712.032)** se certifica dentro del componente denominado Gestión Social y Ambiental, el cual se certificó por un valor total de **OCHOCIENTOS DIECIOCHO MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA MIL QUINIENTOS DIECIOCHO \$818.390.518**, correspondiendo el excedente a lo validado en el componente de Gestión Social.

De otro lado, la suma de **MIL DIECINUEVE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$1.019.785.324)** se certificó dentro del componente denominado "Intervenciones Ejecutadas", toda vez que, estas actividades se ejecutaron por parte del Concesionario a través del contrato EPC".

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En esa medida, del informe de la Interventoría se tiene que:

- Con la información remitida por el concesionario a la Interventoría, en el rubro de gestión ambiental por concepto de intervenciones del Contrato EPC, se reclamaban \$1.802.661.862.
- Sin embargo, en el Anexo Económico No. 2 del Otrosí No. 4 del Contrato EPC el valor de gestión ambiental correspondía a (\$1.791.910.399).
- Mientras que de la validación de las actividades ejecutadas en gestión ambiental dentro del Contrato EPC, la Interventoría solo corroboró actividades en monto equivalente a \$1.227.490.665.
- No obstante, según la revisión efectuada por la Interventoría, el valor que estaba registrado en la contabilidad del patrimonio autónomo correspondía a \$1.019.785.324, por lo que el valor reconocido frente al monto de gestión ambiental por parte de la Interventoría fue este último, dado que la Interventoría no puede reconocer un valor mayor al registrado en la referida contabilidad.

Este Tribunal corroboró que en efecto, en las tablas anexas a la **comunicación 20184090719232 del 18 de julio de 2018** que obran en el archivo digital No. 34 correspondiente a las pruebas aportadas con la contestación de la demanda, el Concesionario distribuyó por actividad y unidad funcional la facturación del Contrato EPC, y en el mismo relacionó que por concepto de gestión ambiental solicitaba el valor de \$1.802.661.812.

A su turno en **la carpeta digital OP EPC**, de la USB que obra a folio 71 del cuaderno de pruebas No. 2 y que contiene los documentos aportados por la Concesionaria con la exhibición de documentos, se evidencian los archivos:

- OP 1164-CONSTRUCCIONES EL CONDOR, que en relación con la factura 13455 del acta 3, por concepto de proyecto ambiental a folio 24 se consigna el valor de \$71.723.796 en la imputación presupuestal y a folios 25 y 26 el memorando de causación por el mismo valor. Mientras que en relación con la factura 13456 del acta 4, por concepto de proyecto ambiental se señala el valor de \$73.979.325 en la imputación presupuestal de la fiduciaria en el folio 11 y a folio 16 el memorando

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

de causación por el mismo concepto y valor.

- OP 1171-CONSTRUCCIONES EL CONDOR, que en relación con la factura 13500 del acta 5, por concepto de proyecto ambiental a folio 5 se consigna el valor de \$188.143.550 en el memorando de causación y a folio 11 en el formato de imputación presupuestal el mismo concepto y valor. Mientras que en relación con la factura 13501 del acta 6, por concepto de proyecto ambiental en el folio 15 se evidencia el memorando de causación se consigna en valor de \$230.377.086 y a folio 16 el formato de imputación presupuesta por el mismo concepto y valor.
- OP 1217-CONSTRUCCIONES EL CONDOR, que en relación con la factura 13531 del acta 8, por concepto de proyecto ambiental a folio 6 se consigna el valor de \$286.463.131 en el memorando de causación.
- OP 1220 -CONSTRUCCIONES EL CONDOR, que en relación con la factura 13530 del acta 7, por concepto de proyecto ambiental a folio 6 se consigna el valor de \$105.294.072 en el memorando de causación.
- OP 1225-CONSTRUCCIONES EL CONDOR, que en relación con la factura 13596 del acta 9, por concepto de proyecto ambiental a folio 11 se consigna el valor de \$63.804.364 en el memorando de causación de la fiduciaria.

De manera que en efecto, tal y como lo señaló la Interventoría, en la contabilidad de la fiduciaria el valor registrado por concepto de gestión ambiental del Contrato EPC equivale a los \$1.019.785.324, reconocidos en el informe de la Interventoría.

Cabe precisar que cotejado el valor reconocido por la Interventoría (\$1.019.785.324) con el aceptado por la ANI frente a este rubro en el Acta de Liquidación Bilateral (\$981.234.754), en principio existe una diferencia equivalente a \$38.550.570 que pareciera no haber sido reconocida por la ANI.

Sin embargo, el valor de \$38.550.570 si fue reconocido por la ANI en el Acta de Liquidación Bilateral, solo que bajo rubro independiente de prospección arqueológica como se precisará en el acápite correspondiente, con lo cual no existe una discrepancia económica por este concepto entre lo reconocido por la Interventoría y la ANI.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Ahora bien, para efectos de identificar la diferencia entre el valor reclamado por el concesionario por este concepto, que la Interventoría señaló que equivalía a \$1.802.661.862 y el que fue reconocido en el acta de liquidación bilateral al concesionario se tendrá como base la suma de \$1.019.785.324 aceptada por la Interventoría, sin desagregar el valor reconocido bajo el rubro de prospección arqueológica por la ANI.

Bajo esta consideración, el valor que no le fue reconocido al Concesionario en relación con la gestión ambiental del EPCista bajo el concepto de intervenciones equivale a \$782.876.538, cifra sobre la cual, el Tribunal se pronunciará en el respectivo capítulo.

Desde la primer versión del Informe de validación de costos y gastos proferido por la Interventoría y remitido mediante **comunicación No. 20184090818872 del 13 de agosto de 2018 que obra en el archivo digital No. 41** del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI, **el Interventor había certificado el valor de \$1.019.785.324 por concepto de gestión ambiental.**

Como se mencionó líneas arriba, en la precitada **comunicación 20184090866902 de 27 de agosto de 2018** en que el concesionario fijó la controversia, no hace mención expresa a controvertir las razones que llevaron a no reconocer la totalidad del rubro reclamado para gestión ambiental efectuadas por el EPCista por concepto de intervenciones ejecutadas, sin embargo al oponerse de forma general frente al no reconocimiento de las intervenciones ejecutadas señaló:

“Finalmente argumenta la Interventoría que encontró algunas Inconsistencias asociadas a la imputación presupuestal de dichas Actas, y que la información suministrada por el Concesionario debería coincidir a la perfección con el valor de la modificación 4 al contrato EPC y con la imputación presupuestal de la Fiduciaria, y que adicionalmente no pudo obtener más información del Concesionario quien mediante comunicación del 27 de julio de 2018 se niega a suministrar información adicional asociada al Contrato EPC. Sobre este asunto se reitera la controversia en la interpretación del Contrato de Concesión, pues tal y como se citó previamente, el Contrato es claro en señalar que la Interventoría debió verificar los costos en que incurrió el Concesionario de manera suficiente con las certificaciones que para el efecto emitió dentro del término contractual Fiduciaria Bancolombia en su calidad de vocera y administradora del Patrimonio

Autónomo APP Cesar - Guajira, mediante comunicaciones 20184090489222 del 18 de mayo de 2018 y 20184090656362 del 3 de julio de 2018.”

1.2.4.3. Prospección arqueológica

El valor reconocido es de \$38.550.570

En el **memorando interno No. 20186050172533 de 29 de octubre de 2018**, se identifica que en comunicación ICG-OP-0155-18 con radicado ANI No. 20184091036062 del 5 de octubre de 2018 la Interventoría insistió en el reconocimiento de dicha actividad toda vez que *“contractualmente se debe reconocer su valor por la parte social, pero no hubo solicitud de reconocimiento social, por lo que se incluyó en la parte Ambiental por la casualidad asociada a esta imputación presupuestal”*, a lo que el Gerente de Proyectos o Funcional GIT Ambiental que suscribe el memorando responde:

“El GIT Ambiental objeta la actividad de prospección arqueológica validada por la Interventoría, dado que no está inmersa o establecida dentro del documento PAGA, razón por la cual dicha actividad debe ser validada desde el área social.”

Mientras que la Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo Social de la ANI en memorando interno **20186030186583 de 26 de noviembre de 2018** señaló:

“Cabe aclarar que el valor del contrato EPC Programa de Arqueología Preventiva, está incluido en la Gestión Ambiental y reportado por esta área en su memorando No. 20186050185133 del 22 de noviembre de 2018. Por tanto, se debe tener cuidado en no duplicar este costo y reconocerlo únicamente como Prospección Arqueológica, descontándolo de la Gestión Ambiental.”

Así, en relación con el rubro de prospección arqueológica de las intervenciones efectuadas por el EPCista no existe controversia alguna.

1.2.4.4. Intervenciones

La Interventoría y el concesionario venían discutiendo cuales eran los soportes necesarios para efectos de reconocer dentro de la liquidación las intervenciones

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

ejecutadas, especialmente las derivadas del Contrato EPC. Es así como mediante **comunicación 20184090525762 del 23 de Mayo de 2018 que obra en el archivo digital No. 25** del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI, **la Interventoría** da respuesta a la comunicación No. 20184090310442 del 10 de mayo de 2018 del Concesionario, en que retoma una tabla realizada por el Concesionario en el oficio que contesta y le agrega una columna contentiva de la posición de la Interventoría frente a la información necesaria para acreditar cada uno de los conceptos del ARh, que en relación con las intervenciones ejecutadas precisó:

CONCEPTO	DOCUMENTO SOPORTE (allegados o sugeridos por el concesionario)	(...)	OBSERVACIONES INTERVENTORIA
Valor de las intervenciones ejecutadas por el Concesionario y verificadas por el Interventor	Certificación de la fiducia, Orden de pago respectiva con sus soportes, además acta de cierre y entrega suscrita con la interventoría		Se mantiene el requerimiento de la interventoría sobre la necesidad de contar con todos los soportes que permitan acreditar las inversiones efectuadas, así como la contabilidad del contratista EPC que permita validar que efectivamente las actividades ejecutadas y valores a reconocerse guardan relación con el contrato de concesión. Por lo anterior y frente a la propuesta del Concesionario, manifestamos que la misma no es suficiente para validar las intervenciones efectuadas, teniendo en cuenta que es necesario hacer la validación de los soportes de los registros del P.A.

En comunicación con radicado ANI 20184090646852 de 29 de junio de 2018 que obra en la USB allegada con la reforma de la demanda como archivo digital No. 48, **el Concesionario** se pronunció frente a la comunicación 20184090525762 de la Interventoría en el siguiente sentido:

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

“(…) Así las cosas, manifestamos nuestro total desacuerdo con la pretensión que tiene la Interventoría de acceder a la contabilidad del EPC, vulnerando el derecho de reserva, bajo el argumento que debe verificar que los costos tienen relación directa con la ejecución del contrato. Se reitera que el Contrato contempla el soporte suficiente y necesario para verificar los costos de la ejecución del Contrato a esta instancia de Liquidación, el cual no es otro diferente que la certificación de la fiducia, para el caso que nos ocupa Fiduciaria Bancolombia de conformidad con la sección 3.16 (l) (viii), 18.2 (b) y 18.3 (e) Parte General.”

Mediante **comunicación 20184090719232 del 18 de julio de 2018** el Concesionario allega información solicitada en torno al Contrato EPC en que se afirma:

COMPROMISOS			
COMPROMISO	RESPONSABLE	FECHA PREVISTA	ENTREGA
<i>El Concesionario presentará respecto a la ejecución del Contrato EPC: Distribución de cargas por cada actividad relacionada por Unidad Funcional.</i>	CONCESIONARIO	13/07/2018	<i>Se anexa a la presente comunicación la “Tabla 1 - distribución por actividad y por unidad funcional de la facturación de los contratos de diseños, redes y obra”.</i>
<i>El Concesionario presentará claridad respecto a las modificaciones contractuales del EPC en lo que tiene que ver con los valores de diseños, frente al Otrosí 7 al Contrato de Concesión 006 de 2015.</i>	CONCESIONARIO	13/07/2018	<i>Se anexa a la presente comunicación la “Tabla 2 - presupuestos estudios y diseños”</i>
<i>El Concesionario explicará la razón</i>	CONCESIONARIO	13/07/2018	<i>Se anexa a la presente comunicación la “Tabla 3 -</i>

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

<p>por la cual el valor de las Actas es menor que el valor de construcción del EPC.</p>		<p>valor facturado vs valor contrato EPC final AOTA".</p>
---	--	---

(...)

TABLA 1 - DISTRIBUCION POR ACTIVIDAD Y POR UNIDAD FUNCIONAL DE LA FACTUTACION DE LOS CONTRATOS DE DISEÑOS, REDES Y OBRA

FACTUTURACION	Actas a Nov-16	Actas Dic-16	Actas Ene-17	Actas Feb-17	Actas Mar-17	Actas Abr-17	Actas May-17	Actas Jun-17	Actas Jul-17	Actas Ago-17	TOTAL
EPC		\$ 196.630,099	\$ 427.667,679	\$ 1.938.480,965	\$ 3.698.966,242	\$ 8.551.979,536	\$ 10.883.454,081	\$ 2.508.596,530	\$ 3.580.727,725	\$ 4.144.469,882	\$ 35.930.972,833
REDES										\$ 34.037,252	\$ 34.037,252
DISEÑOS	\$ 8.176.838,199									\$ 1.142.044,669	\$ 9.318.882,869
TOTAL	\$ 8.176.838,199	\$ 196.630,099	\$ 427.667,679	\$ 1.938.480,965	\$ 3.698.966,242	\$ 8.551.979,536	\$ 10.883.454,081	\$ 2.508.596,530	\$ 3.580.727,725	\$ 5.320.551,903	\$ 45.283.892,958

SUBTOTAL	hasta Nov-16	Dec-16	Jan-17	Feb-17	Mar-17	Apr-17	May-17	Jun-17	Jul-17	Aug-17	TOTAL
LFI1											
Ejecución Obra		\$ 188.642,720	\$ 413.015,011	\$ 1.722.328,311	\$ 3.578.586,095	\$ 8.496.067,882	\$ 10.599.277,263	\$ 2.306.777,986	\$ 3.488.904,417	\$ 2.705.937,660	\$ 33.479.537,345
Gestión Predial		\$ -	\$ 6.655,288	\$ 6.665,288	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 144.686,696	\$ 158.017,272
Gestión Ambiental		\$ 7.987,379	\$ 7.987,379	\$ 47.924,275	\$ 47.924,275	\$ 55.911,654	\$ 271.570,891	\$ 55.911,654	\$ 111.823,308	\$ 54.027,054	\$ 661.067,870
Bases		\$ -	\$ -	\$ 154.857,811	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 154.857,811
Postas SOS		\$ -	\$ -	\$ -	\$ 72.455,872	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 72.455,872
Redes		\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 34.037,252	\$ 34.037,252
Diseños	\$ 1.556,485,112									\$ (44.244,354)	\$ 1.512.240,758
LFI2											
Gestión Predial				6.705,280						49.637,587	\$ 68.948,793
Gestión Ambiental							12.605,926				\$ 211.276,418
Diseños	\$ 1.717,122,887									\$ 734.802,292	\$ 2.451,925,179
LFI4											
Gestión Predial								4.559,590		1.518,343	\$ 6,077,934
Gestión Ambiental										156,163,714	\$ 156,163,714
Diseños	\$ 1,556,485,112									\$ 182,877,822	\$ 1,739,363,034
LFI5											
Gestión Predial								19,311,206			\$ 25,741,838
Gestión Ambiental										146,892,418	\$ 146,892,418
Diseños	\$ 1,750,259,977									\$ (38,105,993)	\$ 1,752,153,984
LFI7											
Gestión Predial								122,036,093			\$ 182,674,112
Gestión Ambiental										627,261,442	\$ 627,261,442
Diseños	\$ 1,556,485,112									\$ 306,714,801	\$ 1,863,199,913
TOTAL	\$ 8.176.838,199	\$ 196.630,099	\$ 427.667,679	\$ 1.938.480,965	\$ 3.698.966,242	\$ 8.551.979,536	\$ 10.883.454,081	\$ 2.508.596,530	\$ 3.580.727,725	\$ 5.320.551,903	\$ 45.283.892,958

SUBTOTAL	hasta Nov-16	Dec-16	Jan-17	Feb-17	Mar-17	Apr-17	May-17	Jun-17	Jul-17	Aug-17	TOTAL
Ejecución Obra	\$ -	\$ 188.642,720	\$ 413.015,011	\$ 1.722.328,311	\$ 3.578.586,095	\$ 8.496.067,882	\$ 10.599.277,263	\$ 2.306.777,986	\$ 3.468.904,417	\$ 2.705.937,660	\$ 33.479.537,345
Gestión Predial	\$ -	\$ -	\$ 6.655,288	\$ 13.370,568	\$ -	\$ -	\$ 12.605,926	\$ 145.906,889	\$ -	\$ 242.911,276	\$ 421.459,949
Gestión Ambiental	\$ -	\$ 7.987,379	\$ 7.987,379	\$ 47.924,275	\$ 47.924,275	\$ 55.911,654	\$ 271.570,891	\$ 55.911,654	\$ 111,823,308	\$ 1,195,621,046	\$ 1,802,861,862
Bases	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 154,857,811	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 154,857,811
Postas SOS	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 72,455,872	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 72,455,872
Redes	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 34,037,252	\$ 34,037,252
Diseños	\$ 8,176,838,199	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 1,142,044,669	\$ 9,318,882,869
TOTAL	\$ 8.176.838,199	\$ 196.630,099	\$ 427.667,679	\$ 1.938.480,965	\$ 3.698.966,242	\$ 8.551.979,536	\$ 10.883.454,081	\$ 2.508.596,530	\$ 3.580.727,725	\$ 5.320.551,903	\$ 45.283.892,958

SUBTOTAL	hasta Nov-16	Dec-16	Jan-17	Feb-17	Mar-17	Apr-17	May-17	Jun-17	Jul-17	Aug-17	TOTAL
Ejecución Obra		95.9%	96.6%	88.8%	96.7%	99.3%	97.4%	92.0%	96.9%	50.9%	73.9%
Gestión Predial			1.6%	0.7%			0.1%	5.8%		4.6%	0.9%
Gestión Ambiental		4.1%	1.9%	2.5%	1.3%	0.7%	2.5%	2.7%	3.1%	22.5%	4.0%
Bases				8.0%							0.3%
Postas SOS					2.0%						0.2%
Redes										0.6%	0.1%
Diseños	100.0%									21.5%	20.6%

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

TABLA 1 - DISTRIBUCION POR ACTIVIDAD Y POR UNIDAD FUNCIONAL DE LA FACTUACION DE LOS CONTRATOS DE DISEÑOS, REDES Y OBRA

TOTAL	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%
SUBTOTAL	hasta Nov-16	Dec-16	Jan-17	Feb-17	Mar-17	Apr-17	May-17	Jun-17	Jul-17	Aug-17	TOTAL
Unidad Funcional 1	\$ 1,556,485,112	\$ 196,630,099	\$ 427,667,679	\$ 1,931,775,685	\$ 3,698,966,242	\$ 8,551,979,536	\$ 10,870,848,155	\$ 2,362,689,640	\$ 3,580,727,725	\$ 2,894,444,308	\$ 36,072,214,180
Unidad Funcional 2	\$ 1,717,122,837	\$ -	\$ -	\$ 6,705,280	\$ -	\$ -	\$ 12,605,926	\$ -	\$ -	\$ 995,716,297	\$ 2,732,150,390
Unidad Funcional 4	\$ 1,556,485,112	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 4,559,590	\$ -	\$ 340,559,980	\$ 1,901,604,682
Unidad Funcional 5	\$ 1,790,259,977	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 19,311,206	\$ -	\$ 1,924,788,239
Unidad Funcional 7	\$ 1,556,485,112	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 122,036,093	\$ -	\$ 974,614,262	\$ 2,653,135,467
TOTAL	\$ 8,176,838,199	\$ 196,630,099	\$ 427,667,679	\$ 1,938,480,965	\$ 3,698,966,242	\$ 8,551,979,536	\$ 10,883,454,081	\$ 2,508,596,530	\$ 3,580,727,725	\$ 5,320,551,903	\$ 45,283,692,958
SUBTOTAL	hasta Nov-16	Dec-16	Jan-17	Feb-17	Mar-17	Apr-17	May-17	Jun-17	Jul-17	Aug-17	TOTAL
Unidad Funcional 1	19.0%	100.0%	100.0%	99.7%	100.0%	100.0%	99.9%	94.2%	100.0%	54.4%	79.7%
Unidad Funcional 2	21.0%			0.3%			0.1%			18.7%	6.0%
Unidad Funcional 4	19.0%							0.2%		6.4%	4.2%
Unidad Funcional 5	21.9%							0.8%		2.2%	4.3%
Unidad Funcional 7	19.0%							4.9%		18.3%	5.9%
TOTAL	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%

NOTA: EN LAS HOJIAS ANEXO Y ANEXO PREDIAL SE PRESENTA LISTA DESCRIBIENDO POR CADA UNA DE LAS UNIDADES FUNCIONALES DEL PROYECTO LAS ACTIVIDADES EJECUTADAS Y COBRADAS DENTRO DE LOS CONTRATOS EPC Y MANTENIMIENTO

(...)

TABLA 2 - PRESUPUESTOS ESTUDIOS Y DISEÑOS

UF	EPC INICIAL	INCREMENTO POR MODIFICACION DEL TRAZADO	REDISTRIBUCION UF 3 Y UF 6 EN DEMAS UF	MODIFICACION 1 POR OTROSI 7	MODIFICACION 4 AOTA
1	\$ 1,004,558,165	\$ 426,273,235	\$ 400,327,555	\$ 1,831,158,955	\$ 1,512,240,758
2	\$ 1,195,063,618	\$ 425,489,465	\$ 399,591,490	\$ 2,020,144,573	\$ 2,451,925,179
3	\$ 906,851,820			\$ -	\$ -
4	\$ 646,519,709	\$ 610,911,592	\$ 573,727,654	\$ 1,831,158,955	\$ 1,739,363,034
5	\$ 933,371,994	\$ 604,814,523	\$ 568,001,691	\$ 2,106,188,208	\$ 1,752,153,984
6	\$ 1,365,578,309			\$ -	\$ -
7	\$ 1,148,157,139	\$ 352,220,077	\$ 330,781,739	\$ 1,831,158,955	\$ 1,863,199,913
TOTAL	\$ 7,200,100,754	\$ 2,419,708,892	\$ 2,272,430,129	\$ 9,619,809,646	\$ 9,318,882,868

EPC INICIAL VS MODIFICACIÓN 1 POR OTRO SI 7

Siendo el alcance principal de la Etapa Preoperativa del Contrato de Concesión la Rehabilitación de Vías, el peso fuerte en los diseños se centra en el diseño de la estructura del pavimento, la cual tiene como insumo principal el estudio de tráfico.

Con el cambio de alcance del contrato, mediante el OtroSI 7 al mismo, que por condiciones Sociales las Partes pactaron excluir del mismo los sectores La Paz - San Juan del Cesar y Distracción - Cuestecitas con su correspondiente infraestructura de Operación (Pesaje, Peaje y A de Servicio), se requirió un ajuste a este estudio de tráfico, y como consecuencia fue necesario realizar el rediseño de la estructura de pavimento para las nuevas condiciones presentadas.

Para la cuantificación de la modificación del valor de contrato de diseños en su momento se estimaron incrementos entre el 30% y el 40% para las UFIs 1 y 2, de entre el 60 y 70% para la UFI 5 y de al rededor del 30% para la UFI 7.

MODIFICACIÓN 1 POR OTRO SI 7 VS MODIFICACIÓN 4 AOTA

En consideración a que con la AOTA se requería la entrega definitiva y con aprobación de todos los diseños

Mientras que en la **comunicación 20184090866902 de 27 de agosto de 2018** en que el Concesionario fija el estado de la controversia tras conocer el informe de validación de costos y gastos presentado por la Interventoría y radicado en la ANI el 13 de agosto de 2018, señaló:

- **Sobre el Contrato EPC celebrado entre Concesión Cesar - Guajira S.A.S. v Construcciones El Cóndor S.A.**

La validación debió considerar las condiciones propias de la ejecución del Contrato que se audita (el Contrato de Concesión), y es por ello, y para los efectos que nos ocupan, no compartimos la interpretación de la Interventoría en

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

relación con el componente de "Valor de las Intervenciones" en referencia al Contrato EPC cuando afirma:

"Dichas inconsistencias, sumadas a la deficiencia documental, expuesta anteriormente, NO permitieron que esta Interventoría pudiera certificar la totalidad de las intervenciones ejecutadas en el marco del Contrato EPC, las cuales correspondían a una suma global de TREINTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS TREINTA MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS \$35.930.972.838".

Para efectos de acreditar los costos del Contrato EPC se certificó por parte de Fiduciaria Bancolombia 13 órdenes de operación asociados a la ejecución de dicho Contrato, adicionalmente se entregó copia del Contrato EPC, junto con sus anexos y modificaciones, celebrado entre la Concesión y Construcciones El Cóndor S.A., (esto se evidencia en el reconocimiento que hace la Interventoría en el numeral 7.5.2.2 CONTRATO EPC y el numeral 7.5.4 de La Certificación); así mismo, la misma Interventoría reconoce que "la variación en precios que sufrió el contrato EPC, las cuales fueron proporcionales a las modificaciones que sufrió el Contrato de Concesión. Vale la pena resaltar, que como pudo observarse, el valor del contrato de EPC cambió de \$407.211.177.755 a \$45.286.533.594.", igualmente acierta la Interventoría cuando reconoce que conoció el Contrato EPC y que en el mismo se pactó el precio a una suma global fija (llave en mano) de acuerdo con las cláusulas 1.01 Definiciones y 13.01 Precio.

Ahora bien, se excusa la Interventoría en el no reconocimiento de los costos asociados al Contrato EPC por falta de soporte en el Acta de Liquidación. Sobre este particular debe destacarse que si bien es cierto que al momento de requerirse por parte la interventoría dicho documento no se encontraba suscrito, pues precisamente se estaba a la espera de la aprobación por parte de la Interventoría de la Memorias Técnicas, documento que solo llega para la Unidad Funcional 2 mediante comunicación ICG-PO-0132-18 del 16 de agosto de 2018, en relación con la Unidad Funcional 4 con la comunicación ICG-PO-D133-18 del 16 de agosto de 2018, para la Unidad Funcional 5 ICG-PO-0131-18 del 16 de agosto de 2018 y la Unidad Funcional 7 ICG-PO-0134-18 del 16 de agosto de 2018 no es menos cierto que el acta de liquidación no es una condición contractual para efectos del reconocimiento de este componente de la fórmula, pues ya contaba la Interventoría con la información suficiente para efectos de verificar el costo de las Intervenciones, es decir, con las certificaciones emitidas por

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Fiduciaria Bancolombia, junto con todos los soportes de facturas y actas de avances, y adicionalmente y de manera proactiva el Concesionario suministró sin que el Contrato de Concesión así lo exija, copia del Contrato EPC y sus modificaciones.

Por lo expuesto, las razones esbozadas por la Interventoría son solo excusas extracontractuales para no reconocer el valor de las intervenciones asociadas al Contrato EPC, máxime cuando la Interventoría en función de su rol, estuvo presente en el desarrollo del Contrato de Concesión, verificó el cumplimiento del objeto de dicho Contrato, recibió a satisfacción las Intervenciones y posteriormente participó de la Reversión de la Infraestructura a la ANI, circunstancias que permitieron a la Interventoría dar y validar lo certificado por la Fiduciaria,

Ahora bien, de acuerdo con la información que reposa en el numeral 7.5.4.4 de La Certificación, encuentra la Interventoría una diferencia entre el valor de las certificaciones y los soportes de las Ordenes de Operación soportadas por la Fiduciaria y lo consignado como valor del Contrato EPC conforme la modificación No 4 al Contrato, Dicha diferencia de \$36.677.885, que corresponde al 0.10% del valor de la certificación por concepto de Intervenciones asociadas al Contrato EPC fue justificada por el Concesionario mediante comunicación que la misma Interventoría admite conocer a través de la comunicación No 39-CCG001 -20180717000213, por lo cual en este punto no debería existir controversia alguna.

Finalmente argumenta la Interventoría que encontró algunas Inconsistencias asociadas a la imputación presupuestal de dichas Actas, y que la información suministrada por el Concesionario debería coincidir a la perfección con el valor de la modificación 4 al contrato EPC y con la imputación presupuestal de la Fiduciaria, y que adicionalmente no pudo obtener más información del Concesionario quien mediante comunicación del 27 de julio de 2018 se niega a suministrar información adicional asociada al Contrato EPC. Sobre este asunto se reitera la controversia en la interpretación del Contrato de Concesión, pues tal y como se citó previamente, el Contrato es claro en señalar que la Interventoría debió verificar los costos en que incurrió el Concesionario de manera suficiente con las certificaciones que para el efecto emitió dentro del término contractual Fiduciaria Bancolombia en su calidad de vocera y administradora del Patrimonio

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Autónomo APP Cesar - Guajira, mediante comunicaciones 20184090489222 del 18 de mayo de 2018 y 20184090656362 del 3 de julio de 2018.

Se aclara que lo expuesto por el Concesionario en la comunicación radicada bajo el número ANI 2018.4090757442 del 27 de julio de 2018, no tuvo como pretensión caprichosa negarse a entregar información. En efecto, para la fecha en que se remitió la citada comunicación, la Concesionaria había enviado numerosas comunicaciones a la Interventoría²⁵ en las cuales se entregó información suficiente y adicional conforme al Contrato de Concesión para la validación por el Interventor de la certificación suministrada por Fiduciaria Bancolombia.

Independientemente de las eventuales controversias sobre los valores certificados por la Fiducia, es cuestionable que la Interventoría no haya reconocido valor alguno por concepto de las Intervenciones asociadas al Contrato EPC, pues no se entiende como a pesar de haber verificado y certificado su cumplimiento en el recibo a satisfacción de las Intervenciones, no reconoce valor alguno por dicha ejecución obligando a las Partes a acudir a una Controversia a efectos de resolverse dicho reconocimiento, generando sobrecostos por conceptos de gastos asociados a la controversia misma y el mayor valor que deberá asumirla ANI derivado de la actualización del valor en aplicación de la fórmula de liquidación (actualización de en función de los componentes IPCm+ y la TE).

La Interventoría desconoce con su concepto no solo los costos y gastos certificados por la Fiduciaria, los cuales han sido certificados y dictaminados por contador público y auditor externo respectivamente, y que coinciden y están conformes con los estados financieros auditados y emitidos a 31 de diciembre y 30 de junio de cada año sino lo dispuesto en el Contrato de Concesión en relación con el procedimiento y verificación que debe hacerse para liquidar el Contrato; documentos que conoció y controló la Interventoría a lo largo y durante el desarrollo del Contrato de Concesión, pues no puede ser otra la consecuencia de haber participado en todos los Comités de Fiducia que se desarrollaron y en los informes contables y de gastos que de manera periódica y

²⁵ Comunicaciones ANI 2018-409-080923-2 del 10 de agosto de 2018 se enunciaron los correos enviados entre el 24 de julio al 27 de julio de 2018; ANI 2018-409-071923-2 del 18 de julio de 2018 se enunciaron y compilaron los correos enviados desde el 9 de julio al 13 de julio de 2018 y ANI 2018-409-064685-2 del 29 de junio de 2018 se enunciaron y compilaron los correos electrónicos enviados desde el 14 de junio al 26 de junio de 2018.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

conforme al Contrato de Concesión y el Contrato de Fiducia conoció la Interventoría.

Por lo expuesto, este Concesionario deja reserva sobre el no reconocimiento de los costos asociados al Contrato EPC por parte de la Interventoría, y solicita a la entidad que se deje expresa constancia de esta salvedad en el Acta de Liquidación de forma tal que las mismas sean posteriormente resueltas en el escenario de un Tribunal de Arbitramento. De acuerdo con lo anterior, el valor NO certificado por la Interventoría por valor de TREINTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES SETENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS (\$34,699.075.263), correspondiente a las intervenciones del Contrato EPC, cifra que coincide con el valor certificado por Fiduciaria Bancolombia mediante comunicación 20184090656362 del 3 de julio de 2018 y que coincide con el valor de las órdenes de operación contabilizadas y facturadas por Construcciones El Cóndor S.A, en su calidad de Contratista bajo el Contrato EPC celebrado con la Concesión Cesar - Guajira S.A.S. quedará en la controversia que se dirimirá ante el Tribunal de Arbitramento."

En la **comunicación No. 20183000305461 del 13 de septiembre de 2018 que obra en el archivo digital No. 12** del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con contestación a la reforma, la ANI señaló:

"II. Por otra parte, también consideramos pertinente hacer las siguientes precisiones en cuanto al oficio con Rad. No. 20184090866902 del 27 de agosto de 2018:

(...)

d. El Concesionario indica que al momento en que la Interventoría le requirió la entrega del acta de liquidación del contrato EPC, dicha acta no estaba suscrita, pues esperaba la aprobación de las memorias técnicas, memorias cuya última versión entregó el Concesionario hasta el día 1º de agosto de 2018 en Rad. 20180801000223. Como las memorias técnicas ya están aprobadas, se le solicita confirmar si está o no en capacidad de entregar el acta de liquidación, ya que, si así lo hace y la Interventoría lo considera como un soporte suficiente, podría tomar una decisión de fondo frente al respectivo valor a reconocer.

e. El Concesionario indica que al momento en que la Interventoría le requirió la entrega del acta de liquidación del contrato de mantenimiento No. 26 de 2016,

dicha acta no estaba suscrita, pero que a la fecha ya lo está, por lo cual se le solicita confirmar si está en capacidad de entregar o no este documento al Interventor, teniendo en cuenta que si lo entrega y la Interventoría lo considera un soporte suficiente, podría tomar una decisión de fondo frente al respectivo valor a reconocer."

En la versión final del informe de Interventoría remitido mediante **comunicación No. 20184091191102 del 15 de noviembre de 2018**, a partir de la página 97 se hizo el siguiente análisis en relación con el rubro de intervenciones:

"(...)

En cumplimiento de las obligaciones antes señaladas, se hizo necesario para la Concesión suscribir los contratos a través de los cuales se debían ejecutar las actividades previstas en dichas obligaciones. En ese sentido y en virtud de la cláusula 18.3 literal (e) con la suscripción de la etapa de reversión e inicio de la etapa de liquidación, el Concesionario mediante oficio 39CCG001-2018-051-8000193 del día 18 de mayo del 2018 presentó pretensión por valor \$45.262.752.893, la cual junto con la información entregada por Fiduciaria Bancolombia S.A. fue objeto de revisión de esta interventoría para efectos de la respectiva certificación.

7.5.2.1. OBLIGACIONES CONTRACTUALES ATENDIDAS POR EL CONCESIONARIO

Es importante señalar, que de las obligaciones anteriormente descritas contenidas en el contrato de Concesión fueron atendidas por el Concesionario a través del Contrato de EPC y los contratos suscritos con otros terceros, tal como se describe a continuación:

7.5.2.2. CONTRATO EPC

Contrato EPC celebrado el día 08 de abril del 2016 entre la Concesionaria (Concesión Cesar - Guajira S.A.S.) y Construcciones El Cóndor.

Consideraciones:

- Numeral 4 Contrato EPC "El 13 de agosto de 2015, las partes celebran un contrato en virtud del cual el Contratista se obligó frente a la Concesionaria a la ejecución de los Estudios y Diseños de Detalle y los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico del Proyecto (según estos términos se define más adelante)."

- Numeral 5 Contrato EPC "Con el fin de cumplir con las obligaciones de construcción y rehabilitación del Proyecto establecidas en el Contrato de Concesión, la Concesionaria requiere contratar un contratista que cumpla con la experiencia necesaria para llevar a cabo las obras (según este término se define más adelante)."

- Numeral 6 Contrato EPC "El Contratista conoce los términos y condiciones del Contrato de Concesión celebrado entre la Concesionaria y la ANI y cuenta con la experiencia e idoneidad requerida conforme al Contrato de Concesión para cumplir con el objeto del presente contrato."

Con el fin de hacer más fácil la revisión e interpretación del Contrato EPC, a continuación, se extraen las principales definiciones.

Capítulo I – Definiciones – Interpretación

Cláusula 1.01 Definiciones.

"Contrato o Contrato EPC: es el presente contrato de ingeniería, diseño, suministro y construcción en términos Llave en mano."

"Llave en Mano: significa respecto a los Bienes, las Obras e Instalaciones y dentro del alcance y Precio del presente Contrato, la obligación de Contratista de realizar todas las actividades, actos, y Obras Provisionales que sean necesarias o adecuadas para su culminación de manera tal que las mismas cumplan con las Especificaciones Técnicas que sean aplicables a las Obras, con los requisitos exigidos para la entrega a la ANI en los términos contenidos en los Documentos Contractuales dentro del Plazo de Terminación, incluyendo el pago de todos los impuestos de Contratista."

Clausula 4.01 Obligaciones del Contratista durante la Fase de Construcción.

4.04.1 "Obligaciones relacionadas con las Obras: (a) Adelantar todas las Obras de conformidad con lo previsto en el Contrato de Concesión y sus apéndices para lo cual deberá regirse en cuanto a tiempos de ejecución, calidades de las obras y en general todos los aspectos técnicos según lo dispuesto en el Contrato

de Concesión, sus anexos, Apéndices y en el Plan de Obras; (b) Cumplir con el Plan de Obras; (c) Entregar a la Concesionaria las obras de conformidad con lo previsto en el presente Contrato.”

De la misma manera se desprende el Objeto del Contrato con el cual el contratista Construcciones El Cóndor se obliga ante el Concesionario, así como la vigencia del mismo y su precio, así:

Clausula 8.02 “Plazo de terminación”

“El contratista deberá terminar cada una de las obras e Instalaciones correspondientes a cada Unidad Funcional, dentro de los Plazos de Terminación correspondientes que se hubieren fijado en el Plan de Obras...”

Capítulo 13 – “Precio-Forma de Pago”

Cláusula 13.1 “Precio”

“Remuneración única global y fija por la ejecución de la totalidad de las obligaciones que asume en virtud del presente contrato... (\$407.211.177.755) discriminado y detallado en el Anexo Económico.”

(...)

Producto de las diferentes situaciones técnicas, sociales, ambientales, entre otras del Proyecto, se hizo necesario modificar el alcance del Contrato de Concesión a través de la suscripción de diferentes otrosíes, mediante los cuales se redistribuyó el alcance de las Intervenciones y condiciones financieras del mismo, situación que también dio lugar a la modificación del contrato de EPC, generando la eliminación de actividades previstas inicialmente. A continuación, se presenta el resumen que evidencia las modificaciones en plazo y precio que se surtieron dentro del citado contrato:

(...)

De esta manera se muestra la variación en precios que sufrió el contrato EPC, las cuales fueron proporcionales a las modificaciones que sufrió el Contrato de

Concesión. Vale la pena resaltar, que como pudo observarse, el valor del contrato de EPC cambió de un valor inicial de **\$407.211.177.755** a un valor final **\$45.286.533.594**.

(...)

El día 06 de Julio del 2018 en reunión llevada a cabo entre la ANI, el Concesionario y la Interventoría y posteriormente mediante radicado No. ICG-OP-0100-18 con Rad ANI 2018-409-067265-2, la Interventoría manifestó, entre otras observaciones, la necesidad de hacer llegar el acta de liquidación del Contrato EPC, a efectos de verificar el finiquito financiero y contractual entre el Concesionario y el EPCista. No obstante lo anterior, tal documentación nunca fue allegada.

En punto de lo anterior, es importante recordar, que mediante comunicación 20180727000219 radicada el día 27 de julio del 2018 con asunto: Cierre de entrega de información en el proceso de liquidación Bilateral, el Concesionario manifestó su intención de no continuar con la entrega de la información solicitada por esta Interventoría durante el proceso de revisión documental y verificación en la etapa de liquidación por lo cual se resalta que durante el proceso de emisión del presente informe de igual forma no se recibió información adicional por parte del Concesionario.

(...)

7.5.3. INFORMACIÓN DE REGISTROS RECIBIDOS POR LA INTERVENTORÍA EN LA ETAPA DE LIQUIDACIÓN

Dicho todo lo anterior, y a efectos de emitir la certificación de costos y gastos registrados en el Patrimonio Autónomo por este concepto, se recibió mediante comunicación 39-CCG-001-20180601000198 del día 01 de junio del 2018, los soportes de las Órdenes de Operación, facturas, certificados y demás información pertinente para realizar la revisión.

Para el componente de intervenciones ejecutadas por el contratista Construcciones El Cóndor S.A y el contrato de EPC, se verificaron los costos y gastos registrados en el Patrimonio Autónomo a través del pago de trece (13) órdenes de operación (OP) que contienen 25 registros.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

Adicional a lo anterior, el día 18 de mayo del 2018, la Fiduciaria radicó en las oficinas de la Interventoría el comunicado C303700200-8127-500 con el informe final de fiduciaria de acuerdo con cláusula 18.2 del contrato de concesión No. 006 de 2015, con lo cual, esta Interventoría adelantó la revisión discriminada por área. Los principales aspectos considerados en la revisión fueron:

Componente	Pasos de Revisión Documental	
INTERVENCIONES EJECUTADAS	INFORMACION GENERAL	CODIGO
		CONCEPTO/FORMULA
		NIT/CC
		TERCERO
	ORDEN DE OPERACIÓN	No. OP
		IMPUTACION PRESUPUESTAL FIDUCOL
		FECHA OP
		No. Y NOMBRE DE CUENTA DEBITADA
		FECHA DE PAGO
		VALOR SIN IVA

Componente	Pasos de Revisión Documental	
		AIU
		IVA
		TOTAL OP O FACTURA
		RETENCIONES
		OTROS DESCUENTOS
		NETO GIRADO
	FACTURA	No.
		FECHA
		CONCEPTO
		MES CAUSACION
		AÑO CAUSACION
		FECHA CAUSACION
		PERIODO FACTURADO
		VALOR BRUTO TOTAL
	LISTA DE CHEQUEO	CERTIFICACION FIDUCIARIA
		REPORTE DE PAGO / CERTIFICACION
		DOCUMENTOS CONTRACTUALES EPC
		MODIFICACIONES A CONTRATO/OTROSIES/ACTAS
	CONCLUSIONES Y OBSERVACIONES INTERVENTORÍA	CONCEPTO / COSTO DIRECTO
		COMENTARIOS Y ACLARACIONES
		CUMPLE CONDICIONES PARA RECONOCIMIENTO?

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

A continuación, se presenta la información que se recibió y se analizó por parte de la Interventoría para generar las respectivas observaciones preliminares, correspondientes a las actividades desarrolladas por Construcciones El Cóndor y otros terceros.

7.5.4. INTERVENCIONES EJECUTADAS POR CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR

Se recibió por parte del Concesionario y la fiduciaria los soportes de 13 órdenes de operación con 25 registros o facturas (1146, 1154, 1155, 1156, 1157, 1158, 1164, 1169, 1171, 1217, 1220, 1223 y 1225), para realizar la respectiva revisión.

Concepto	Orden de Operación	Valor Total
Contrato No. 013 de Intervenciones Prioritarias y Estaciones de Peaje – Construcciones El Cóndor	OP 1154, 1155 Y 1156	\$4.694.913.246
Intervenciones Adicionales (Limpieza Pacho Prieto, Peaje La Sombra y Protección Temporada Invernal)	OP 1146,1157 Y 1158	\$ 466,915,272
Contrato EPC	OP 1164, 1169, 1171,1217, 1220, 1223 Y 1225	\$35.930.972.838
Total Intervenciones Construcciones El Cóndor		\$ 41,092,801,358

Seguidamente se presenta una tabla resumen del contenido de cada Orden de Operación:

OP	Revisión Documental	Valor
1146 (1 Registro)	Construcción de obras civiles limpieza Pacho Prieto 2016 - 2017 - 4 hojas (1 hoja solicitud de operación, 2 hojas facturas de venta No. 13338, 1 hoja memorando de causación).	\$ 14.784.525
1154 (4 Registros)	Actas de obra - contrato 013 de 2015. Objeto: intervenciones prioritarias y construcción de estaciones de peaje provisionales - 31 hojas (1 hoja solicitud de operación, 6 hojas de factura de venta, 11 hojas de actas de obra, 5 hojas de registro fotográfico, 8 hojas de cuadros de costos por UFI)	\$ 3.537.277.468
1155 (3 Registros)	Actas de obra - contrato 013 de 2015. Objeto: Intervenciones prioritarias y construcción de estaciones de peaje provisionales - 48 hojas (8 hoja solicitud de operación e imputación presupuestal, 7 hojas de factura de venta, 20 hojas de actas de obra, 13 hojas entre cuadros de cantidades por UFI - pólizas)	\$ 721.851.917
1156 (3 Registros)	Actas de obra contrato 013 de 2015. Objeto: intervenciones prioritarias y construcción de estaciones de peaje provisionales - 41 hojas (12 hojas solicitud de operación e imputación presupuestal, 6 hojas de factura de venta, 18 hojas de actas de obra, 5 hojas entre cuadros de cantidades por UFI)	\$ 435.783.861
1157 (1 Registro)	Actas de obra. Objeto: construcción de obras civiles de Peaje a La Sombra rio seco y resaltes en la paz - 27 hojas (8 hojas solicitud de operación, imputación presupuestal y memorando de causación, 7 hojas de factura de venta, 9 hojas de actas de obra, 3 hojas entre cuadros de cantidades por ufi)	\$ 107.302.048

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

OP	Revisión Documental	Valor
1158 (3 Registros)	Actas de obra - 37 hojas (8 hojas solicitud de operación, imputación presupuestal y memorando de causación, 15 hojas de factura de venta, 11 hojas de actas de obra, 3 hojas cuadros de cantidades por ufi)incluye factura por	\$ 969.126.477
1164 (2 Registros)	Actas de obra - 47 hojas (11 hojas solicitud de operación, imputación presupuestal y memorando de causación, 9 hojas de factura de venta, 10 hojas de actas de obra, 17 hojas cuadros de cantidades por ufi, otros).	\$ 5.637.447.207
1169 (1 Registro)	Acta de obra - 2 hojas (1 hoja solicitud de operación, 1 hoja de factura de venta No. 13500)	\$ 2.300.000.000
1171 (2 Registros)	Actas de obra - 24 hojas (8 hojas solicitud de operación, imputación presupuestal y memorando de causación, 4 hojas de factura de venta, 9 hojas de actas de obra, 3 hojas cuadros de cantidades por UFI).	\$ 17.135.433.617
1217 (1 Registro)	Actas de obra - 6 hojas (3 hojas solicitud de operación y memorando de causación, 1 hojas de factura de venta, 2 hojas de actas de obra)	\$ 3.580.727.724
1220 (2 Registros)	Actas de obra - 30 hojas (10 hojas solicitud de operación y memorando de causación, 6 hojas de factura de venta, 10 hojas de actas de obra, 4 hojas correos para los pagos)	\$ 3.908.596.530
1223 (1 Registro)	Acta de obra - 2 hojas (1 hoja solicitud de operación, 1 hoja de factura de venta)	\$ 500.000.000
1225 (1 Registro)	Acta de obra - 4 hojas (2 hojas solicitud de operación y memorando causación, 1 hoja de factura de venta, 1 hoja de acta de obra)	\$ 2.244.469.982

(...)

Ahora bien, las razones para no reconocer los valores cobrados por el Concesionario con ocasión de las intervenciones ejecutadas a través del Contrato EPC, fueron consignadas a página 113 y siguientes de la referida versión final del informe de Interventoría, así:

“7.5.4.3. CONTRATO EPC – CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR

Los objetivos generales de la revisión efectuada al Contrato EPC son los siguientes:

(1) Validar y certificar los costos y gastos del Contrato EPC registrados en el Patrimonio Autónomo, teniendo en cuenta las obligaciones del EPCista y la relación de causalidad con el Contrato de Concesión N° 006 de 2015 enmarcada en la liquidación anticipada del mismo.

(2) Verificar que exista soporte documental suficiente para la certificación del costo o gasto dentro de la liquidación por este componente.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

(3) Comprobar que los costos y gastos descritos en los soportes correspondan a transacciones efectuadas y enmarcadas en el alcance del Contrato EPC.

(4) Solicitar a la Concesión los soportes faltantes y considerados como base suficiente para determinar su validación.

(5) Constatar el o los pagos realizados para el Contrato EPC.

(6) Validar los costos o gastos según parámetros de certificación.

(7) Verificar la consistencia de la información de los soportes del Concesionario, frente a los registros contables (de causación presupuestal) del Patrimonio Autónomo.

7.5.4.4. REVISIÓN DE FACTURAS DE VENTA Y ACTAS POR CORTES DE OBRA

A continuación, se presenta la facturación del Contrato de EPC, y la relación de las órdenes de pago que sustentan la pretensión económica del Concesionario.

CONSTRUCCION		CONSTRUCCION		CONSTRUCCION	
EPC	FV 13021	EPC	FV 13108	EPC	FV 13455
OP 1158	Acta 1	OP 1158	Acta 2	OP 1164	Acta 3
	146,596,659		318,949,780		1,445,548,818
23.33%	34,201,001	28.3%	90,262,788	28.3%	409,090,315
5%	7,329,833	AIUSTE	43,979		
5%	7,329,833	5%	15,947,489	5%	72,277,441
AIU	48,860,667	AIU	106,166,298	AIU	481,367,756
16%	1,172,773	16%	2,551,598	16%	11,564,391
TOTAL	196,630,099	TOTAL	427,667,676	TOTAL	1,938,480,965
CONSTRUCCION		CONSTRUCCION		CONSTRUCCION	
EPC	FV 13456	EPC	FV 13500	EPC	FV 13501
OP 1164	Acta 4	OP 1169 Y 1171	Acta 5	OP 1171	Acta 6
	2,758,364,088		6,377,315,090		8,115,924,000
28.3%	780,617,037	28.3%	1,804,780,170	28.3%	2,296,806,492
5%	137,918,204	5%	318,865,755	5%	405,796,200
AIU	918,535,241	AIU	2,123,645,925	AIU	2,702,602,692
16%	22,066,913	16%	51,018,521	16%	64,927,392
TOTAL	3,698,966,242	TOTAL	8,551,979,536	TOTAL	10,883,454,084
CONSTRUCCION		CONSTRUCCION		CONSTRUCCION	
EPC	FV 13530	EPC	FV 13531	EPC	FV 13536
OP 1220	Acta 7	OP 1169 Y 1223	Acta 8	OP 1220 Y 1223	Acta 9
	1,870,690,925		2,670,192,189		3,090,581,642
28.3%	529,405,532	28.3%	755,664,389	28.3%	874,634,605
5%	93,534,546	5%	133,509,609	5%	154,529,082
AIU	622,940,078	AIU	889,173,999	AIU	1,029,163,687
16%	14,965,527	16%	21,361,538	16%	24,724,653
TOTAL	2,508,596,530	TOTAL	3,580,727,725	TOTAL	4,144,469,982
TOTALES		MOD 4 CTO EPC	DIFERENCIA		
26,794,163,191					
7,575,462,330					
7,285,854					
1,339,708,160					
8,922,456,343					
214,353,306					
35,930,972,840		35,967,650,725	36,677,885		

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Tal información fue revisada por esta Interventoría, analizando su nexo causal y los valores con el Contrato EPC, concluyéndose que inicialmente se presentó una diferencia en el valor de las actividades de Construcción por **\$36.677.885** entre las facturas, actas legalizadas y la modificación No. 4 al Contrato EPC. En concordancia con lo anterior, el 06 de Julio de 2018 en reunión llevada a cabo entre la ANI, El Concesionario y La Interventoría y posteriormente mediante comunicación No. ICG-OP-0100-18 radicado Rad ANI 2018-409-067265-2, la Interventoría manifestó, entre otras observaciones, la diferencia encontrada en el Contrato EPC, para lo cual el Concesionario se comprometió a dar respuesta.

En tal virtud el pasado 13 de julio 2018 se reunieron representantes de la Concesionaria y el equipo de Interventoría, con el fin de aclarar la diferencia antes descritas. El Concesionario mediante documentos digitales (tabla 3 Excel) explicó, entre otros temas, la diferencia de valor del Contrato EPC. Documento recibido por la Interventoría mediante radicado No. 39-CCG001-20180717000213, así como, mediante correo electrónico "TAREAS REUNION 6 JULIO XLS." Fecha Julio 18 de 2018 (4.8.1.1.21 Soportes Concesionario Reunión 13-07-18), concluyéndose de la información entregada por el Concesionario lo siguiente:

La diferencia manifestada por valor de **\$36.677.885**; corresponde un valor por **\$34.037.196** por concepto de la facturación por la actividad Gestión de Redes inmersa en el Contrato EPC y pagada por la Subcuenta de redes como lo expresa el Contrato EPC Capítulo 4 – Cláusula 4.0.7 "Gestión de Redes" 4.0.7.6 "**Los costos y pagos relacionados con el traslado o protección de Redes debería ser pagados con los fondos depositados en la Subcuenta Redes conforme al Contrato de Concesión.**"

El saldo **\$2.640.689** nunca fue cobrado, por tanto, se considera un menor valor del Contrato.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

Revisión y verificación:

REDES		TOTAL FACTURADO	TOTAL MOD 4 CTO EPC	DIFERENCIA
EPC	FV 13533			
OP 1296	Acta única			
	25,381,951	26,819,545,142		
28.3%	7,183,092	7,582,645,422		
		7,285,854		
5%	1,269,098	1,340,977,257		
AIU	8,452,190	8,930,908,533		
16%	203,056	214,556,361		
	34,037,196	35,965,010,036	35,967,650,725	2,640,689
RTEF 2%	676,683			
PAGO	33,360,513			

Una vez aclarada la diferencia que se expuso anteriormente, es importante considerar el literal (e) de la Sección 18.3 que establece que el valor certificado por los costos y gastos del Concesionario no podrá ser superior al consignado en los registros contables del Patrimonio Autónomo para estos rubros, registrados en los estados financieros. Por lo cual, se procedió a comparar este valor, respecto a los registros de la Fiduciaria en el Patrimonio Autónomo para proceder a su certificación.

Al respecto, se observó que, si bien la Fiduciaria certificó los valores globales de las Actas de Obra del contrato EPC, mediante el informe de costos y gastos del día 18 de mayo del 2018, es decir, que fue posible corroborar el desembolso de los recursos y que el gasto fue registrado en el Patrimonio Autónomo, esta Interventoría encontró inconsistencias asociadas a la imputación presupuestal de dichas Actas, es decir, a la discriminación por actividad de cada Acta. Lo anterior, entendiéndose que dicha imputación presupuestal, que permite diferenciar en los estados financieros la ejecución de obra de la gestión predial, ambiental y la infraestructura de operación, es determinada por el área técnica del Concesionario.

Ligado a lo anterior, la Interventoría encontró que de acuerdo a la revisión documental presentada por el Concesionario en mesas de trabajo conjuntas, hubo algunas inconsistencias importantes encontradas, entre estas tenemos:

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

1. Gestión Ambiental y Predial fueron certificados en un tope máximo de \$1.231.897.575, de acuerdo a la sumatoria de las actas certificadas por Fiducia; por tanto lo que figura en la sumatoria de las gestiones prediales y ambientales de las actas presentadas por el concesionario y sus porcentajes discriminados en el archivo Excel presentado con comunicado 20180717000213 del día 17 de julio del 2018 con asunto: "Avance en proceso de liquidación para la suscripción del Acta de Liquidación y constancia de cumplimiento de compromisos de la reunión de liquidación del 6 de julio de 2018" excedería ese tope, por ello se corre el riesgo de un pago excedente o en el peor de los casos uno doble.

2. Inconsistencias encontradas en el cuadro Excel enviado por el concesionario el día 17 de julio del 2018:

A manera de ejercicio, a continuación se presenta un desglose de una sola inconsistencia de las muchas presentadas en los cuadros del citado comunicado. Como se puede observar en la tabla se presenta un desglose tanto en precio y porcentaje de las gestiones prediales y ambientales para el acta del día 17 de enero del 2017 (Acta No. 2).

SUBTOTAL	hasta Nov-16	dic-16	ene-17
Ejecución Obra	\$ -	\$ 188.642.720	\$ 413.015.011
Gestión Predial	\$ -	\$ -	\$ 6.665.288
Gestión Ambiental	\$ -	\$ 7.987.379	\$ 7.987.379
Bases	\$ -	\$ -	\$ -
Postes SOS	\$ -	\$ -	\$ -
Redes	\$ -	\$ -	\$ -
Diseños	\$ 8.176.838.199	\$ -	\$ -

SUBTOTAL	hasta Nov-16	dic-16	ene-17
Ejecución Obra		95,9%	96,6%
Gestión Predial			1,6%
Gestión Ambiental		4,1%	1,9%
Bases			
Postes SOS			
Redes			
Diseños	100,0%		

En las presentes tablas, se realizó un comparativo entre la cantidad presentada en el acta de cobro No. 2, y el porcentaje discriminado en el comunicado 20180717000213 del día 17 de julio del 2018, nótese que realizando la

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

correspondiente verificación, las cantidades no son consecuentes una con la otra.

	Acta 1		Acta 2	
	FV 13021	OP 1158	FV 13108	OP 1158
		196.630.099		427.667.676
Construcción	100,00%	196.630.099	100,00%	427.667.676
Peaje				
Pesaje				
G. Predial				
G. Ambiental				
Check				-
Concesionario				
Construcción	95,90%	188.568.265	96,60%	413.126.975
Peaje		-		-
Pesaje		-		-
G. Predial		-	1,60%	6.842.683
G. Ambiental	4,10%	8.061.834	1,90%	8.125.686
	0,00%	196.630.099	-0,10%	428.095.344

3. La sumatoria de las actas no concuerdan con el valor total del contrato EPC.

Total Sumatoria de Actas (# 1 a # 9) = \$ 35.930.972.840

Valor Contrato EPC según Anexo Económico No. 2 del 03 de noviembre del 2017 en el año 2 = \$ 35.505.624.648

4. Para acabar de ajustar el punto anterior y darle una mejor orientación en la validación de las cantidades obtenidas, se solicitó el acta de liquidación del contrato la cual nunca fue allegado a la Interventoría.

5. Adicional a las observaciones anteriores, no fue posible solicitar nuevamente aclaración al respecto, por cuanto el Concesionario, mediante oficios Nos. 39-CCG001-20180510000188 del 10 de mayo, y No. 39-CCG001-20180628000203 del 28 de junio de 2018, manifestó a la Interventoría, que en relación con el Contrato EPC, no entregaría mayor información a la Certificación de la Fiducia junto con las respectivas órdenes de pago. Asimismo, mediante oficio No. 39-CCG001-20180727000219 del 27 de julio de 2018 el Concesionario manifestó expresamente

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

que a partir de esa fecha no remitiría a la Interventoría más información, para efectos de la revisión, que diera lugar a la certificación.

*Dichas inconsistencias, sumadas a la deficiencia documental, expuesta anteriormente, NO permitieron que esta Interventoría pudiera certificar la totalidad de las intervenciones ejecutadas en el marco del Contrato EPC, las cuales correspondían a una suma global de **TREINTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS TREINTA MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (\$35.930.972.838).***

(...)

*Por otro lado, el valor certificado por las intervenciones ejecutadas por el tercero Construcciones El Cóndor S.A, en el marco del Contrato EPC respecto de la gestión ambiental y social registrados en el Patrimonio Autónomo corresponde a **MIL DOSCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$1.231.897.575) (...).***

*Entonces, el valor NO certificado por la Interventoría es de **TREINTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES SETENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS (\$34.699.075.263)**, correspondiente a las intervenciones previstas dentro del Contrato EPC."*

En este punto vale la pena precisar que ese fue el valor que la Interventoría precisó que quedaba en controversia por intervenciones ejecutadas del Contrato EPC e incluye el monto de los valores no reconocidos por gestión predial y gestión ambiental reclamados a través del Contrato EPC.

Sin embargo, dado que como se detalló en el rubro de gestión predial, la ANI sólo reconoció la cifra de \$101.661.495, es decir un valor menor al reconocido por la Interventoría, de manera que a los \$34.699.075.263 precisados en el informe de la Interventoría, se suman los \$110.450.756 de gestión predial que no aceptó la ANI, teniendo como valor global de la controversia derivado del Contrato EPC \$34.809.529.019, según se refirió en la introducción de las cifras en controversia por concepto de intervenciones ejecutadas.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

De forma reiterada, la Interventoría se niega a reconocer los valores reclamados por la Concesionaria.

En el expediente obra contestación a la ANI en que reafirma su posición, sin mayor detalle. En el análisis probatorio que está haciendo el Tribunal, llama la atención que si bien la Interventoría obra dentro de una línea de exigencia de detalle, no especifica cuales es la información precisa que solicita y avoca a la concesionaria, a un reparo genérico de imposible satisfacción.

Adicionalmente se evidencia que los cuestionamientos formulados a la imputación presupuestal tienen mayor impacto en los rubros a reconocer en gestión predial y ambiental, no en relación con las intervenciones ejecutadas.

El Tribunal ante la ausencia de objeción probada, tomará las decisiones que en derecho le corresponden cuando se pronuncie sobre los reclamos de quien demanda.

Ahora bien, a folio 398 del cuaderno principal No. 2 obra el auto No. 32 de 16 de septiembre de 2019 mediante el cual, este Tribunal ordenó la exhibición de los siguientes documentos a cargo de la concesionaria:

1. Copia de los archivos y facturas con la totalidad de sus soportes contables que se encuentren en cabeza del Concesionario con relación a los gastos y costos directos e indirectos en que incurrió en la ejecución del contrato 006 de 2015.
2. Copia detallada de todos los archivos, ordenes de operación, facturas, comprobantes y en general de todos los soportes de las anteriores, que se emitieron por "CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. EPC" al concesionario y/o a la fiducia que sustenten la totalidad de gastos y costos en que incurrió en la ejecución del Contrato EPC y sus adicionales y otrosíes.
3. Copia de toda la correspondencia enviada y recibida con la sociedad "CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. EPC" en cumplimiento y desarrollo del Contrato EPC del 8 de abril de 2016 y sus modificatorios. Esto incluye tanto la tradicional escrita, como la electrónica obrante en los servidores de una y otra compañía.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

Dentro de la información aportada por el Concesionario en la exhibición de documentos se allegó **el acta de liquidación del Contrato EPC** y la aclaración al acta de liquidación en que se precisa que "dado que la interventoría no había emitido la no objeción de las Memorias técnicas de las Unidades Funcionales 2, 4, 5 y 7, las partes se veían imposibilitadas para perfeccionar la liquidación en el plazo anteriormente indicado", además que **las partes suscribieron el Acta de Liquidación al Contrato EPC el día 17 de agosto de 2018**, pero por errores involuntarios y por tomar como modelo de la liquidación efectuada para otro contrato, se relacionó como fecha 5 de marzo de 2018.

La referida acta de liquidación en su literal C VALOR EJECUTADO Y PAGADO AL CONTRATISTA, precisa en el numeral 2:

2- EJECUCION DE OBRAS

PAGO	CONCEPTO	FECHA	VALOR OBRA / SERVICIO EJECUTADO	IVA	VALOR OBRA EJECUTADA + IVA
1	Acta 001	16/12/2016	\$ 195.457.325	\$ 1.172.773	\$ 196.630.098
2	Acta 002	20/01/2017	\$ 425.116.081	\$ 2.551.598	\$ 427.667.679
3	Acta 003	22/02/2017	\$ 1.926.916.574	\$ 11.564.391	\$ 1.938.480.965
4	Acta 004	23/03/2017	\$ 3.676.899.329	\$ 22.066.913	\$ 3.698.966.242
5	Acta 005	21/04/2017	\$ 8.500.961.015	\$ 51.018.521	\$ 8.551.979.536
6	Acta 006	24/05/2017	\$ 10.818.526.689	\$ 64.927.392	\$ 10.883.454.081
7	Acta 007	23/06/2017	\$ 2.493.631.003	\$ 14.965.527	\$ 2.508.596.530
8	Acta 008	21/07/2017	\$ 3.559.366.187	\$ 21.361.538	\$ 3.580.727.725
9	Acta 009	23/08/2017	\$ 4.119.745.329	\$ 24.724.653	\$ 4.144.469.982
					\$ 35.930.972.838

DESCRIPCIÓN	VALOR
Valor subtotal costo directo obra ejecutada:	\$ 26,794,163,190
AIU	\$ 8,922,456,342
IVA:	\$ 214,353,306
Retención en garantía a la fecha:	\$ 714,332,392
Descuentos pendientes:	\$ 0
Nota crédito s/n:	\$ 0
VALOR TOTAL PAGADO:	\$35,216,640,446

En esa medida, el Tribunal observa que la Concesionaria allegó en respuesta a la solicitud de exhibición de documentos, la información que como parte contratante

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

tenía del contrato suscrito a costos globales, así como el acta de liquidación requerida por la ANI y la Interventoría.

La parte Convocada no solicitó medio probatorio alguno requiriendo a Construcciones El Cóndor quien era el Epecista del contrato suscrito bajo la modalidad de precios globales, el detalle de las obras y actividades ejecutadas. Así que aportado el contrato a precios globales, las actas de obra por parte de la Concesionaria y el acta de liquidación, no podría ir más allá la satisfacción de la carga probatoria pedida a la parte pasible de la exhibición; en todo caso, el Tribunal no tiene razones para dudar del precio global pactado en el contrato, máxime cuando la Interventoría no hizo señalamientos concretos para cuestionar dicho valor.

1.2.5. OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO, GASTOS DE ADMINISTRACIÓN E IMPUESTOS

Bajo este concepto se evidencia que la posición de las partes y valores que continúan en controversia son los siguientes:

CONCEPTO			VALOR SOLICITADO CONCESIONARIO	VALOR RECONOCIDO AN I	VALOR EN CONTROVERSIA
<i>Operación y Mantenimiento, gastos de administración e impuestos</i>	<i>Fondos Rotatorios</i>	<i>Varios Consultas</i>	\$15.250.564.905	\$11.671.831.795	\$3.266.556.275
				\$312.176.835	
	<i>Gastos Honorarios, viajes, herramientas, equipos de</i>		\$16.053.155.299	\$13.042.315.814	\$3.010.839.485
	<i>Construcciones El Cóndor</i>		\$13.450.182.874	\$ 9.430.470.660	\$4.019.712.214
<i>Leasing</i>		\$2.432.451.320	\$ 2.303.664.078	\$128.787.242	

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Frente a este rubro, a página 238 del pluricitado informe de Interventoría **presentado mediante comunicación No. 20184091191102 del 15 de noviembre de 2018** se precisó el valor que el Concesionario reclamaba por este concepto:

“Frente a este componente de la formula ARh, se tiene que a raíz de las mesas de trabajo realizadas en conjunto entre representantes de la ANI y esta Interventoría en el mes de septiembre y Octubre del presente año, se vio la necesidad de emitir un alcance a la certificación inicial, lo anterior considerando que existían registros certificados por la fiducia que no guardaban relación directa con la ejecución del contrato y por lo cual no era posible ser objeto de validación por parte de esta Interventoría, de conformidad con la metodología empleada.

Las pretensiones económicas del Concesionario por este componente las valoró en la suma de \$ 47.477.843.679. En virtud de lo anterior, se revisó nuevamente toda la información suministrada por la Fiduciaria Bancolombia S.A. y el Concesionario (...)”

Mientras que a páginas 303 y 304 del referido informe tras la revisión de los registros revisados con ocasión de este concepto y los valores reconocidos y rechazados por parte de la Interventoría se concluyó:

“7.9.11. RESULTADOS REVISIÓN

Una vez realizada la revisión de los capítulos de operación y mantenimiento (gastos de administración e impuestos, fondos rotatorios y GMF), de la totalidad de los registros (2375), se realizó la validación de 1936, para quedar un total de 434 registros no validados, en cuanto a fondos rotatorios se revisaron 67 Órdenes de operación con 3294 registros.”

Resumen Validación Interventoría	
REGISTROS BASE DE DATOS – GASTOS DE ADMINISTRACIÓN E IMPUESTOS	2375
REGISTROS VALIDADOS	1941
REGISTROS NO VALIDADOS	434
REGISTROS BASE DE DATOS – FONDOS ROTATORIOS	67 (3294 Registros)

*Las pretensiones iniciales del concesionario para el reintegro del componente de Operación y Mantenimiento eran por valor de \$ 47.477.843.679 de los cuales la interventoría avaló el valor de **TREINTA Y SIETE MIL QUINIENTOS DIECISIETE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS OCHO PESOS (\$37.517.856.408)** que corresponde al 79% de la pretensión económica (incluyendo las órdenes de pago reclasificadas, expuestas a continuación).*

*El valor de **NUEVE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y UN PESOS (\$9.959.987.271)** corresponde al 21% de la pretensión económica que no cumplen con los requisitos necesarios para su reconocimiento como se detalla a través del desarrollo del presente informe."*

Cabe precisar que en relación con este valor se presenta una diferencia, habida cuenta que como se precisara en el rubro correspondiente, mediante memorando **20183000208493 de 24 de diciembre de 2018** la ANI objeto algunos registros que si fueron validados por la Interventoría por considerar que persisten dudas para su reconocimiento.

1.2.5.1. Fondos rotatorios

El rubro de fondos rotatorios se dividió en dos conceptos, varios y consulta previa

1.2.5.1.1. Varios

En relación con soportes entregados por concepto de fondos rotatorios, mediante **comunicación No. 20184090690552 del 11 de julio de 2018 que obra en el archivo digital No. 86 y comunicación No. 20184090730502 del 23 de julio de 2018 No. 88 que obra en el archivo digital de la USB de los anexos de la reforma de la demanda a folio 2 del cuaderno de pruebas No. 2**, así como en los archivos digitales Nros. 33 y 35 respectivamente de la contestación de la reforma de la demanda de la ANI, el concesionario entregó:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

“Los soportes Fondo Rotatorio del 1 al 67, que corresponden a la tarea denominada “Entrega de Aproximadamente 3000 registros correspondientes a fondos rotatorios” en USB.”

A la comunicación No. 20184090690552 aportada con la reforma de la demanda se le anexaron las carpetas 1 a 33 mientras que la comunicación No. 20184090730502, las carpetas 10, 11, 12, 13, 15, 53, 59, 62, 63, 64, 65, y 66.

En la **comunicación 20184090866902 del 27 de agosto de 2018** la Concesionaria se refiere las siguientes razones para insistir en el reconocimiento de las sumas pendientes:

- Sobre los Fondos Rotatorios:

“(…) No existe justificación alguna negar el reconocimiento de costos por ausencia de documentos que ni el Contrato de Concesión, ni el Contrato de Fiducia exigen como soportes para la validación o la incorporación como soporte contable como es el caso de las órdenes asociadas al Fondo Rotatorio, por lo tanto este Concesionario deja reserva sobre el no reconocimiento por parte de la Interventoría de los costos asociados al Fondo Rotatorio, y solicita a la entidad que se deje expresa constancia de esta salvedad en el Acta de Liquidación de forma tal que las mismas sean posteriormente resueltas en el escenario de un Tribunal de Arbitramento.”

En la versión final del informe de Interventoría remitido con **comunicación No. 20184091191102 del 15 de noviembre de 2018 que obra en el archivo digital No. 50** del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI, la Interventoría se refiere en los folios 270 y siguientes al rubro de fondos rotatorios en los siguientes términos:

7.9.9. CERTIFICACIÓN

Después de verificar los soportes entregados por el rubro fondos rotarios se concluye lo siguiente:

*El valor de pretensión inicial del Concesionario para los fondos rotarios es de **QUINCE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CINCO PESOS (\$15.250.565.605)** de los cuales se certifica el 79% equivalente a **ONCE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES OCHO MIL***

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

SEISCIENTOS TREINTA PESOS (\$11.984.008.630) de conformidad con los registros del Patrimonio Autónomo dejando una diferencia del 21% por valor de **TRES MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$3.266.556.275)**, por falta de soportes que acrediten el nexo causal con el Contrato de Concesión objeto de liquidación, de conformidad con la metodología adoptada por la Interventoría.

FONDO ROTATORIO	
VALOR PRETENSION	15.250.565.607
VALOR CERTIFICADO	11.984.008.630
VALOR NO CERTIFICADO	3.266.557.478

- JUSTIFICACIÓN

A continuación, se detallan los rubros **NO CERTIFICADOS**, de conformidad con la metodología adoptada por la Interventoría y las mesas de trabajo con la Agencia.

CONCEPTO	VALOR
GASTOS AMBIENTALES	126.922.811
GASTOS PEDIALES	69.356.216
OTROS GASTOS	3.070.278.451
TOTAL	3.266.557.478

Dentro de los fondos rotatorios se incluyeron gastos de proyecto ambiental por concepto de autorización para aguas superficiales, permiso para aprovechamiento forestal, evaluación ambiental, por valor de **CIENTO VEINTI SEIS MILLONES NOVECIENTOS VEINITI DOS MIL OCHOCIENTOS ONCE PESOS (\$126.922.811)**, de acuerdo a revisión de estos gastos se encuentran inmersos dentro de componente de gestión ambiental del Contrato EPC "contrato EPC clausula 4.06 gestión ambiental y social" por lo cual no pueden certificarse tales rubros dentro de este componente.

Dentro de los fondos rotatorios se incluyeron gastos del componente predial por concepto de servicio de estudios en zonas homogéneas – avalúos, por valor de

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

SESENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS DIECISÉIS PESOS (\$69.356.216), de acuerdo a revisión de estos gastos se encuentran inmersos dentro de componente de gestión predial. **“Contrato EPC clausula 4.05 gestión predial”** por lo cual no pueden certificarse tales rubros dentro de este componente.

Los gastos detallados a continuación no son objeto de certificación puesto que al momento de su revisión NO se pudo validar que los mismos fueran asociados con la ejecución del proyecto. Adicionalmente en algunos casos no anexaron soportes correspondientes al gasto reportado dentro de la planilla o se encontraban ilegibles, por tal motivo no se pudo ejecutar dicha validación, de conformidad con la metodología seguida por la Interventoría.

RUBRO	TOTAL
ADECUACIONES	99.139.006
ALIMENTACION	180.560.762
AMBIENTAL	126.922.811
APORTES	295.619.765
ARRIENDOS	480.226.914
AUXILIOS	3.667.281
CAPACITACIONES	1.340.000
COMBUSTIBLE	157.467.205
COMUNIDAD	1.566.000
CONSULTA PREVIA	2.435.250
ENCOMIENDAS	1.093.289
EQUIPOS	31.962.313
GASTOS ADMINISTRATIVOS	94.493.114
GASTOS DE REPRESENTACION	9.757.253
GASTOS DE VIAJE	63.496.896
HIDRATRACION	8.704.200
HONORARIOS	6.577.400
HOSPEDAJE	37.662.511
INSUMOS	5.619.200
LEGAL	3.401.801
MANTENIMIENTOS	59.801.504
NOMINAS	1.010.930.185
PAPELERIA	8.774.559
PARQUEADEROS	1.306.920
PEAJES	16.757.400
PREDIAL	69.356.216
PUBLICIDAD	2.201.178
REEMBOLSO DE CAJA	43.276.233
RETENCION	39.566.998
SEGUROS	149.467.776
SERVICIOS	207.784.675
TRANSPORTE	45.620.863
TOTAL	3.266.557.478

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

A continuación, se encuentran los comentarios más relevantes por los cuales no se avalaron los pagos a las órdenes de operación mostradas en la tabla anterior:

Arriendos: *Dentro de este rubro se encontraron cuatro (4) apartamentos, los cuales no fueron certificados porque están ubicados en un edificio de uso residencial. Adicionalmente, no se aportó el contrato de arrendamiento que permitiera acreditar el vínculo contractual con la Concesión.*

En el arriendo de lotes para capacitación no se indicaba que tipo de capacitación se realizaba, no se adjuntó registro fotográfico, listado de asistencia y temática de la capacitación. Tampoco se evidenció orden de servicio, que hace parte de los procedimientos de la compañía para verificar la solicitud del arrendamiento de los lotes. Adicionalmente tampoco se aportó contrato de arrendamiento de dichos lotes.

Arriendo de maquinaria pesada, en las fechas en que se realizó este gasto, el concesionario ya poseía maquinaria propia para el desarrollo de las actividades, y no se recibió soporte que demostrara la necesidad de maquinaria adicional, por lo tanto, estos rubros no tuvieron certificación.

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña arriendos.

(...)

Adecuaciones y dotación inmuebles: *No se certifican los valores que a continuación se relacionan, por cuanto como se indicó en el punto anterior, no se aportó el contrato de arrendamiento que permitiera acreditar el vínculo contractual con la Concesión. Adicionalmente, y en gracia de lo anterior, se realizaron adecuaciones hace parte de un inmueble cuyo titular es un tercero. Por otra*

parte, se encontró que dentro de este rubro se incluye la dotación del mobiliario para los apartamentos, dotación en la que se encontraron elementos de uso doméstico tal como plancha, lavadora, vajilla, etc. que no guardan relación con

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

la ejecución del proyecto, y adicionalmente no se remitió listado de baja y siguen a nombre del Concesionario.

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña adecuaciones y dotación de inmuebles.

(...)

Alimentación: *Los gastos de alimentación no fueron certificados ya que los relacionados con las ordenes de operación que a continuación se describen, no son costos directos asociado a la ejecución al proyecto, de conformidad con la metodología seguida y lo solicitado por la agencia.*

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña alimentación.

(...)

Ambiental: *Dentro de los fondos rotatorios se incluyeron gastos que ya estaban reconocidos en el componente de Intervenciones en la modalidad de gestión ambiental: son gastos por concepto de autorización para aguas superficiales, permiso para aprovechamiento forestal y evaluación ambiental, y de acuerdo a la revisión efectuada se encontró que estos gastos estaban inmersos dentro del componente de gestión ambiental del Contrato EPC "clausula 4.06 gestión ambiental y social", por lo tanto no pueden certificarse tales rubros dentro de este componente ya que, si así se hiciera, se reconocería dos (2) veces el mismo concepto.*

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña ambiental.

(...)

Pago de Aportes a la Seguridad Social: *Una vez realizada la revisión a los pagos de los aportes a la seguridad social el valor no certificado corresponde a*

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

\$295.619.765, por falta de soportes de planillas de pago de seguridad social con sus respectivos anexos, sin estos soportes no fue posible verificar el pago que se realizaba, ni a quienes hacía referencia, ni si se calculó sobre salarios o sobre qué concepto, ni en general las novedades reportadas.

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña aportes.

Auxilios del Decreto No. 0233 de julio de 2017 – Convenio Polca: *Este rubro no contó con los soportes suficientes para su certificación. Soportes como cuenta de cobro donde se especificara el mes que estaba haciendo objeto de pago y transacción bancaria.*

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña auxilios.

Combustible: *Dentro de este rubro no se encontró soporte documental amplio y suficiente, para emitir la certificación correspondiente, de conformidad con la metodología seguida. Los documentos en algunos casos no coincidían con los gastos reportados, también se encontraron facturas en periodos diferentes al desembolsado por el fondo. Por ejemplo, en el fondo rotatorio 57 tb 1 2186, el Concesionario solicitó un reembolso en el año 2017 aportando una factura del 2015 y además en algunos casos aportó vales de combustible cuya sumatoria no coincide con el valor de la factura, siendo esta última mayor a la del soporte.*

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña combustible.

Refrigerios y Auditorio: *Dentro de este rubro se encontró ausencia de soporte documental, de conformidad con la metodología seguida. Los documentos son insuficientes para determinar el gasto, por ejemplo en algunos casos no se podía conocer a qué actividad estaban asociados.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña refrigerios y auditorios.

(...)

Encomiendas: *Dentro de la revisión se pudo evidenciar que algunos destinos donde fue enviada la correspondencia NO pertenecen a sitios donde se estaba desarrollando el proyecto por lo tanto no guarda relación nexo causal con el mismo, y no se certificó, de conformidad con la metodología adoptada.*

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña encomiendas.

(...)

Equipos: *Para este rubro, se evidencia la compra de equipos y mobiliario los cuales no están dentro del acta de reversión, no presentan acta de activos dados de baja, y están a nombre del Concesionario.*

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña equipos.

(...)

Gastos Administrativos: *En la revisión de este rubro, se evidenciaron pagos de eventos culturales tales como celebración día de las madres, día del padre, día del ingeniero, día de la mujer, día del niño, fiestas de fin de año, traspaso de vehículos y servicios administrativos cancelados a Construcciones El Cóndor, se determinó que estas actividades no se certificaron puesto que no tenían relación directa con las actividades del proyecto.*

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña gastos administrativos.

(...)

Gastos de Representación: Dentro de rubro se encontraron gastos de servicios que no guardan relación con las actividades del proyecto, por lo tanto, se determinó que estos gastos no tienen nexo causal con el proyecto y se determinó su no certificación.

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña gastos de representación.

(...)

Gastos de viaje: En la revisión realizada se encontraron gastos de tiquetes aéreos pagados a terceros que no están dentro de la nómina de la concesión. Respecto de personal en la nómina de la concesión, figuran pagos de pasajes con una periodicidad mínima mensual que en principio no son una obligación laboral de ley y, aunque se mencionaba que eran para tomar descansos compensatorios, no pudieron ser validados a través de los contratos de trabajo. Además, al ser unos pasajes recurrentes, constituirían parte del salario, sin embargo, en las planillas de seguridad social no se ven reflejados. De acuerdo a lo anterior no se certificaron estos valores encontrados.

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña gastos de viaje.

(...)

Hidratación: De acuerdo a revisión documental, se determinó que se presentaron inconsistencias en los soportes documentales, por ejemplo, en la OP 1153 fondo 56 tb1-2158 la sumatoria de los vales no coincide con lo facturado, además algunos documentos aportados se encontraban ilegibles para realizar su debida verificación, razón por lo cual no se validó algunos gastos registrados en el P.A, de conformidad con la metodología seguida.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña hidratación.

(...)

Honorarios: *Conforme a lo explicado en precedencia, no se certificó el gasto ocasionado por el Sr. Gustavo Adolfo Robledo, puesto que de acuerdo al Acta No. 7 de la Asamblea General de Accionistas del Concesionario, en reunión ordinaria del día 2 de febrero de 2016 se determinó cancelar honorarios por cada sesión de junta directiva a la que él asistiera. Antes de esta fecha no se encuentra soporte de que el señor Robledo hubiera sido autorizado por la Asamblea para generar ningún cobro.*

Adicionalmente no se certificó el valor causado a nombre de la Sra. Diana Luz Consuegra, respecto de la cual no aportaron los documentos necesarios para su validación.

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña honorarios.

(...)

Hospedaje: *Después de realizar la respectiva revisión sobre este rubro se encontró que personal alojado durante estas fechas no se encontraba dentro de las nóminas de la concesión y se decidió no certificar entendiendo que no tienen nexo causal directo con el proyecto, de conformidad con la metodología seguida.*

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña hospedaje.

(...)

Insumos: *Dentro de este rubro se encontró ausencia de soporte documental, y se evidencia insumos y mobiliario los cuales no están dentro del acta de reversión,*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

no presentan acta de activos dados de baja, y están a nombre del Concesionario.

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña insumos.

(...)

Legal: *Dentro de este rubro se encontró ausencia de soporte documental, cobros de comparendos los cuales desde el punto de vista de la Interventoría deberían ser asumidos por quien cometió la infracción, razón por lo cual se determinó que estos gastos no tienen un nexo causal con el proyecto y no impedían el normal desarrollo del mismo.*

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña legal.

(...)

Mantenimientos: *Una vez realizada la correspondiente revisión de estos rubros, se encontró ausencia de algunos soportes documentales para validar el gasto, por ejemplo, no figuran ni cuentas de cobro, ni facturas.*

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña mantenimientos.

(...)

Nóminas: *Realizada la revisión a los gastos de nómina se pudo constatar bonificaciones que no son una obligación de ley sino que normalmente son entregadas por las empresas con base en sus utilidades, pero que no tenían relación directa con las actividades del proyecto.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Algunas nóminas no se acompañaron con la respectiva planilla de liquidación de nómina donde se discrimina el detalle del pago.

Por otra parte, los gastos en salario por el Señor Carlos Rosado fueron reconocidos en el componente ambiental del Contrato EPC, y los mismos fueron excluidos de los fondos rotatorios, para evitar un doble reconocimiento.

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña nóminas.

(...)

Papelería: *Después de realizada la revisión se encontró ausencia de soporte documental para validar algunos gastos, adicional se encontraron gastos que no presentaban nexo causal con el proyecto.*

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña papelería.

(...)

Parqueaderos: *Después de revisión se encontró ausencia de soporte documental para validar el gasto y los documentos aportados en algunos casos no tienen relación con el gasto reportado.*

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña parqueaderos.

(...)

Peajes: *Después de revisión se encontró ausencia de soporte documental porque no se encuentra cuenta de cobro o factura, de conformidad con la metodología seguida.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña peajes.

(...)

Predial: De acuerdo a revisión de estos gastos, se encuentran inmersos dentro del componente de Intervenciones en la modalidad de gestión predial "**contrato EPC clausula 4.05 gestión predial**", por lo cual no puede certificarse tales rubros dentro de los fondos rotatorios, ya que hacerlo implicaría reconocer un doble pago.

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña predial.

(...)

Publicidad: Después de revisión se encontró ausencia de soporte documental, porque no se encuentra cuenta de cobro o factura.

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña publicidad.

(...)

Reembolso de caja: En algunos casos faltan soportes documentales porque no se encuentra cuenta de cobro o factura, las facturas que se entregaron no venían a nombre del concesionario y en algunos casos eran ilegibles, en el pago de alimentación se presentaron recibos de caja, estos deberían ser facturas con información del sitio donde se prestó el servicio.

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña reembolso de caja.

(...)

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Retención: Como se está reconociendo el neto del gasto, es decir el 100%, no se podría reconocer una retención de salarios independiente, pues hacerlo implicaría reconocer un doble pago. Además, el concesionario indicó que este gasto se originó por el pago de retención de salarios en los periodos 7, 8, 9, 10, 11, 12 del año 2015 y que en su momento no fueron recuperados por el concesionario.

Después de realizar la verificación se encontró diferencia de \$145.002 con respecto a lo reportado, no es claro que se encuentre diferencia cuando los valores deben ser exactos. Por estas razones la interventoría determino no certificar el valor reportado.

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña retención.

(...)

Seguros: Dentro este rubro se encontró que al parecer el concesionario cancelaba el valor de las pólizas que tomaban sus proveedores, y a su vez los descontaba del primer pago que se realizaba a su proveedor, por lo cual después de esta revisión se comprobó que este gasto ya había sido reconocido dentro del componente de operación y mantenimiento, de manera que no se reconoce en fondos rotatorios para evitar un doble pago.

El Proyecto tenía unas pólizas contractuales que otorgaban una cobertura completa a los riesgos. A pesar de esto, reportan pagos de pólizas por aseguramiento de maquinaria y todo riesgo que eran adicionales y no se encuentra justificación de su necesidad. En materia de pólizas la fórmula de liquidación pide reconocer las contractuales, y sus pagos se reconocen dentro del componente de pólizas contractuales. Por lo anterior no se certifican las adicionales.

También se ve reflejado el pago de pólizas de seguros de vida a los empleados, cuando existía una póliza contractual de RCE, y además los empleados contaban con cobertura en riesgos laborales. Se determina que es un beneficio

adicional que no tiene nexo causal con el proyecto y que si no se contaba con ésta, no se afectaba el desarrollo del proyecto.

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña seguros.

(...)

Servicios: *Dentro de este rubro encontramos pago de servicios públicos de energía de los apartamentos ubicados en edificio de uso residencial, de manera que no se reconocen.*

Adicionalmente para el periodo en el cual cobran un servicio de grúa, el Concesionario ya contaba con varias grúas en la modalidad de leasing, de manera que el concesionario ya poseía los equipos para cubrir el servicio.

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña servicios.

(...)

Transporte: *Dentro de este rubro encontramos el pago de transporte por concepto de descanso compensatorio para personal de nómina; se solicitó en su momento al concesionario copia de contratos de los empleados para verificar si se encontraba dentro de las políticas para su contratación, no fue entregada la información para ser validada y de determino que estos tipos de gastos no tienen nexo causal con el proyecto y no impide que si no se generan afecten el desarrollo del proyecto.*

Se generaron gastos de transporte por concepto de viaje de personal a proyecto, no se le brinda reconocimiento porque no brindan detalle del recorrido, ni que personal asistió, ni qué actividades iban a realizar.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado "consolidado fondos rotatorios.xls", pestaña transporte.

(...)"

Por su parte, la Concesionaria aportó con su reforma de la demanda, un medio magnético en cuyas carpetas 86 y 88 se adjuntan numerosos archivos en PDF, como soportes de los archivos que corresponden a los Fondos Rotatorios.

En la exhibición de documentos ordenada por el tribunal también allegó una carpeta contentiva de numerosos soportes sobre Fondos rotarios.

En relación con la prueba testimonial recaudada sobre los cuestionamientos que se presentaron frente a Fondos Rotatorios y en general frente al rubro de Operación y mantenimiento, **la testigo MARITZA CUBILLOS (profesional financiera de la Interventoría)** señaló cuales habían sido las principales discrepancias de las partes en la verificación de los valores que hacen parte del componente AR_n y el propósito para haber solicitado la acreditación de las sumas objeto de reclamación con soportes adicionales que aclararan o soportaran la relación directa del costo con el proyecto:

"En operación y mantenimiento básicamente se surtió el mismo trámite. El trámite era revisar que cada uno de los pagos registrados por las órdenes de operación primero, tuvieran un documento contable, que es la factura o una orden de compra, es decir, un documento contable, tuvieran un contrato o una relación contractual con el concesionario, que van a nombre del patrimonio y efectivamente que pudiéramos evidenciar que esas actividades se realizaban.

Frente a eso los gastos que no se alcanzaron a certificar o que no se certificaron, la mayoría de ellos tiene que ver por falta de documentación que los soportaba, el contrato o un soporte de nómina, digamos si bien es cierto sabemos que habían hechos que, como la nómina, voy a dar ese ejemplo, dentro de la nómina venía dentro del fondo rotatorio un valor fijo, entonces no sabíamos cómo validar si ese valor, además que el valor cambiaba mes a mes, y es normal, es un fenómeno que ocurre en cualquier tipo de empresa, pero como aquí la metodología y la misma forma que se planteó era poder evidenciar que ese

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

pago estaba directamente relacionado con el contrato, pues nos imposibilitaba a dar esa certificación.

(...)

DR. GALLEGO: Gracias. Usted participó en la redacción del informe final de interventoría respecto de esta liquidación?

SRA. CUBILLOS: Sí.

DR. GALLEGO: En su informe ustedes, en términos generales, dicen que la objeción de algunos de los gastos y costos procedía entre comillas por ausencia de soportes contractuales, financieros o contables, usted podría dar unos pequeños ejemplos de a qué se refiere la carencia de soportes contractuales, financieras o contables?

SRA. CUBILLOS: Hago referencia al mismo ejemplo que di hace un rato, que es el que más me acuerdo y el más fácil de entender. El pago de nómina, el pago de nómina si bien es cierto es un gasto que entendido, es un gasto que se da y qué está relacionado con el proyecto, sin embargo yo no puedo decir que son 300, 200 o 50 millones cuando no tengo la relación esa relación no alcanzó a llegar. Por qué? Porque puede ser que de ahí tenga unos pagos que no sean o que sí sean o que estén mal causados, que tenga un error o cualquier cosa.

Como esto es una revisión de los costos y gastos, básicamente lo que íbamos pidiendo la medida que íbamos revisando cada pago era, regáleme este soporte para validar los siguientes y que yo pueda entender cómo se hace esa distribución del pago. No quiere decir que el pago no se dé dentro del contrato, es que falta un documento para poder corroborar el valor que estaba causado con el valor del soporte documental, esa es la razón.

DR. GALLEGO: Correcto. Ustedes hablan entre comillas "falta la acreditación del nexo causal con el proyecto", ¿podría explicar?

SRA. CUBILLOS: Podría ser el otro ejemplo que le di.

DR. GALLEGO: Nexo causal, le estoy hablando.

SRA. CUBILLOS: *Sí, ¿qué quiere decir eso? Que todos los gastos que se causen tienen que estar relacionados con una actividad que... es obligación dentro del contrato. Si yo hago la compra de regalos, es una obligación que está directamente asociada con alguna obligación del contrato, más si no tiene que ver con los empleados, por ejemplo? Entonces ahí no hay nexo causal del contrato.*

DR. GALLEGO: *Y el último era falta de soporte, ¿qué era que ya no había factura o cómo funcionaba?*

SRA. CUBILLOS: *Sí, de repente faltaba el contrato o faltaba el comprobante de egreso, no venía completo los documentos del fondo rotatorio, digamos que faltaba algún documento.*

(...)

DRA. MIER: *Otras dos precisiones pequeñitas, doctora, sí le entendí bien en su primera declaración usted dijo que la interventoría no reconoció algunos costos bajo el argumento de que debían ir a la utilidad del contratista, porque eran costos de carácter comercial, ¿le entendí bien?*

SRA. CUBILLOS: *Es una forma de explicar aquellos que se entienden como costos que no están directamente asociadas al proyecto, y creo que para hacer esa precisión básicamente estoy haciendo referencia a si se pueden o no verificar con un alcance establecido dentro del contrato, como es el cumplimiento de los estudios y diseños, hacer unos estudios y diseños para tener el detalle de la ejecución de todas las intervenciones que se tienen que hacer, las mismas intervenciones productos de esos estudios y diseños, las gestiones que se tienen que hacer por parte del concesionario frente a las gestiones prediales, ambientales, es decir, que cuando uno define, y es bien difícil de poder limitar en este tipo de contratos, son aquellos, cuando uno se va netamente a lo que establece la norma contable, los costos directamente asociados son aquellos que son ineludibles de tal manera que si se dejan de realizar, el proyecto no funciona.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Por ejemplo, y es lo más usual en la academia utilizar los ejemplos de aquellos negocios que son productores, entonces un costos asociado, claramente, o un costo y un gasto asociado es el operario de la máquina y la misma maquinaria, sin eso es imposible que haya producción. Es decir, no hay fin de esa entidad.

Dentro de este contrato todo iba encaminado a que estuviera relacionado con el alcance del proyecto. Cuál es el alcance del proyecto? Las gestiones, los estudios y diseños, las intervenciones, el mantenimiento, el bacheo, todos aquellos gastos que pudimos revisar y que fueron súper precisos, y vuelvo e insisto, los que no, todos quedaron con mire, falta esto, con esto se puede revisar, con esto se puede hacer. De repente hubo un parque no, cuáles son ese par que no? Compra de botellas de Whisky para el gobernador. Se hacen? Sí, porque todos tenemos que hacer gestión comercial, todos hacemos tarjetas de presentación, de repente hay cosas que se las cargamos o no se las cargamos al proyecto. Puedes desde la interventoría consideramos que no era un gasto que fuera delimitante, es totalmente marginal a lo que realmente sí es fundamental.

DRA. MIER: ¿Ese concepto tuvo apoyo en la fórmula de liquidación que prevé el contrato? Es decir ...(interpelado)

SRA. CUBILLOS: Sí, claramente lo que acabo de decir es que el contrato dice que el interventor reconocerá, "el valor reconocido se definirá con base en los valores brutos que corresponden exclusivamente a los costos directos asociados con estas actividades y serán establecidos por las partes de mutuo acuerdo" Es decir que, si de alguna manera las partes hubieran considerado que era un aspecto exclusivo dentro de la ejecución del contrato, también podrían acordarlo que se podría dar así. Vuelvo e insisto, dentro de la información que llega, ¿por qué no? Pero..."

En relación con el procedimiento para la verificación de los costos relacionados con fondos rotatorios, **la testigo DIANA XIMENA CORREDOR REYES (Gerente financiera de la vicepresidencia de gestión contractual de la ANI)**, señaló:

DR. GALLEGO: Usted le ha manifestado al Tribunal que tienen noción de un par de gastos relacionados con un peaje que no hacía parte de ese proyecto y de unas bebidas alcohólicas, usted tendría, de pronto haciendo memoria, más noción de otros gastos que usted haya encontrado?

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

SRA. CORREDOR: No, lo que pasa es que los gastos era un archivo como de 3000 celdas y digamos que tenía un detalle pormenorizado. Muchas de esas hay adicionales, eso se casaron unas comunicaciones en la ANI, en la cual nosotros le decíamos a la interventoría oiga, de la información que usted me ha entregado, por favor verifique este, este, este. Esas comunicaciones pues no las tengo acá a la mano, pero sí las podría conseguir y aportarlas aquí al proceso.

Nosotros enviamos también unos correos electrónicos, enviamos unas comunicaciones en donde por cada una de las áreas de la entidad se dejaba como la evidencia de las diferencias o de las observaciones que teníamos a algunas de las cifras, entonces hay observaciones del punto de vista financiero, técnico, predial, ambiental y cada una de las áreas de la agencia emitían sus observaciones frente a la información que nos era entregada.

DR. GALLEGO: Usted manifestó, cuando cambio de cargo, había hecho un resumen o un informe del estado de esas evaluaciones al momento que usted cambió de cargo.

SRA. CORREDOR: Pues no informes sino se enviaron unas comunicaciones, antes de que yo cambiara de cargo. En ese último mes se sacaron varias comunicaciones tanto al concesionario como a la interventoría, teniendo en cuenta que pues la fecha de la liquidación era en agosto, con los tiempos no se alcanzaron a cumplir los temas teniendo en cuenta toda la información que envió la fiduciaria y eso.

A nosotros nos llegó la información de la interventoría el 13 de agosto del 18, recuerdo, y la fecha límite para aprobar la etapa de liquidación era el 17 de agosto. O sea, nosotros en principio teníamos tres, cuatro días para revisar una información que a los anteriores les había demorado 6 a 9 meses consolidarla, entonces digamos que no era un tiempo suficiente, entonces nosotros empezamos a revisar la información y empezamos enviar observaciones tanto a la interventoría como al concesionario. De eso hay algunas comunicaciones que se enviaron, pero se dejaron todas la evidencia enviado a la interventoría o al concesionario para que resolvieran las inquietudes del tema.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

De manera más amplia, el testigo Alfredo Coral Triviño (director jurídico de la interventoría) refirió las verificaciones efectuadas a la información entregada, las razones por las cuales se consideraba necesario requerir soportes adicionales para reconocer los conceptos reclamados por el Concesionario por concepto el rubro de operación y mantenimiento y fondos rotatorios:

“DR. ÁLVAREZ: Usted ha comentado, nos comenta, ¿nos puede ilustrar cuál era el procedimiento de validación que tenía cada una de las facturas que el con concesionario llevaba para efectos de ese gasto reconocido de la liquidación?”

SR. CORAL: Sí señor, como no, el procedimiento que fue un procedimiento que se estableció con la ANI que está también un poco referido y el soporte de ese procedimiento está contenido en el otrosí 2 al contrato de interventoría, donde dice las actividades que debe hacer la interventoría de verificación y era sencillo, nosotros la fiduciaria nos entrega, como les comenté, un consolidado de facturas pagadas, frente a ese consolidado que también conoció el concesionario, el concesionario empezó a enviarnos soportes.

Qué soportes eran, como les decía, si era un contrato de prestación decía una factura a un profesional, entonces déjeme ver el contrato, al principio y debo ser sincero en eso, pues eso generó mucho escozor, el concesionario pretendía que la interventoría cogiera la certificación que dio la fiduciaria de las facturas, sí, y automáticamente lo certificara.

Él decía sí está en la fiduciaria y si es de los pagos que hizo la fiduciaria pues certifíquelo pero tanto la ANI en su otrosí al contrato de interventoría como la carga de diligencia propia de un interventor de acuerdo a la Ley 1474 de 2011 y la carga propia de un interventor experto pues era hombre, lo mínimo que yo tengo que hacer es tomar esas facturas, cada una de ellas y mirar qué efectivamente la factura de Juan González por \$20 millones, por \$200 millones, por \$2 mil millones de pesos a Juan González, sí, pues corresponda a este proyecto porque puede ser, como les decía, suministro de batería de baños, no decía más, hay facturas que muchas más claras pero estoy dando un ejemplo de lo que podría ocurrir

Y, pues a la interventoría en su carga de diligencia no le quedaba otra, es déjeme ver el contrato para mirar que corresponde a este proyecto, que tenga relación

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

de causalidad porque quien certificaba esa relación de causalidad era la interventoría, entonces no era simplemente coger un papel y pasárselo a la ANI, no era un intermediario, no era un transportador de papeles, era una interventoría que tenía que certificar cada factura y preguntar el soporte.

DR. GALLEGO: Usted podría ampliarnos un poco información sobre qué clase de información quería usted o requería la interventoría que ellos se negaban a entregar con más detalle por favor?

SR. CORAL: Sí, como lo mencioné anteriormente fundamentalmente eran los soportes de las facturas, es decir, contratos, productos, por decir algo, si había un concepto, y estoy especulando en este momento, pero le doy un ejemplo, si había un contrato para emitir un concepto geológico, pues que estuviera el concepto, no solamente la factura con Pedro Pérez para que estuviera ese concepto, pues que esto era el concepto, cosas normales pensábamos nosotros y oídas para acreditar el soporte de la factura, sino simplemente una factura que viene suelta sin ningún soporte o con un soporte que no corresponde, sí, de la ejecución de esa prestación o del suministro de ese bien o servicio que soportara que ese bien o servicio se había prestado.

(...)

DR. GALLEGO: En la revisión documental que ustedes hicieron y que les permitieron hacer hasta el mes de julio del año 2018, usted o el equipo financiero o el equipo técnico manifiesta haber tenido unas dificultades para verificar algo que llamaban los costos de los fondos rotatorios, cuántos fondos rotatorios eran esos?

SR. CORAL: Uy! No me acuerdo, es que la función financiera y contable no me correspondía.

DR. GALLEGO: Y usted sabe cuáles eran las dificultades o podría relacionarnos con más detalle las dificultades de los gastos de los fondos rotatorios que tuvieron ustedes para la verificación de los costos y gastos a reconocer?

SR. CORAL: Sí, por lo que entiendo era el volumen de facturas relacionadas a esos fondos, sí, era un volumen pues muy grande, muy alto y no había suficiente

soporte de que tuvieran relación directa con el proyecto y las contadoras pueden darle mejor explicación a eso pero los soportes eran muy precarios, era simplemente la factura porque pues el concesionario siempre insistió mucho, es que con la simple factura de certificación la interventoría le pedía el soporte de ejecución de esa actividad, vuelvo y reitero, me correspondía dar el concepto general pero no era parte del equipo del día a día de la revisión contable porque no era mi experticia.

(...)

Usted podría ilustrar al Tribunal desde lo que usted conoció al momento de efectuar la versión final del informe de interventoría, cuáles eran los más significativos rubros por los cuales la interventoría negaba gastos de operación?

SR. CORAL: No tengo esa información, lo único que le puedo decir al respecto de la diferencia que hay entre lo que certificó la interventoría y el valor que puede estar pretendiendo el concesionario que estaba incluido más o menos en el acta de liquidación que sí conocí, donde si usted mira el acta de liquidación dice qué se certificó, en qué puntos se estaban de acuerdo en qué no y tal vez el rubro más alto como usted lo menciona era en operación y mantenimiento.

Pero a renglón seguido de eso y por eso desconozco la información por lo que le voy a decir, dice que no se certifica más o no hay más identidad en los valores que certifica la interventoría y la diferencia solicitada por el concesionario, en que el concesionario no entregó más información, o sea, de julio en adelante no entregó más información.

O sea, en eso quiero ser muy enfático, si el concesionario a pesar de lo engorroso que era porque yo sé que era hartó, era difícil, a veces las contadoras se ponían complicadas, hubiese entregado la información suficiente seguramente o la diferencia disminuye, o llega a cero, o se disminuye a un punto en que hay unos que definitivamente no nos vamos a poner de acuerdo, unos en que nosotros vamos a decir no, efectivamente el soporte a través simplemente de la factura o el soporte no es legible, entonces en ese no nos vamos a poner de acuerdo, pero hubiese sido menor.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Pero la conducta del concesionario en ese punto de decir no entrego más información cuando veníamos fluidamente, y fluidamente no quiero decir que sin discusiones no, claro, que había discusiones normales, pero había un trabajo, teníamos un equipo, nos hablábamos todos los días, un equipo contable muy sólido, ellos también tenían un equipo muy sólido.

La razón por la que pararon de suministrar información no la conozco pero pararon de suministrar información y eso hizo que la diferencia en mi criterio se tan alta, sí, que haya una diferencia en el acta de liquidación si no estoy mal como de \$30 mil millones en algunos de los rubros es por falta de información, no porque no tenga derecho o sí tenga derecho, la interventoría nunca dijo en su certificación si tenía o no tenía derecho.

Él anticipó el llevar la controversia a un tribunal arbitral que era lo que consideraba la misma cláusula que se podía hacer, si no están de acuerdo vaya automáticamente al Tribunal para resolver ese tema, me imagino que decidió anticipar esa situación y dijo no me enredo más con esta interventoría que me pide soportes de todo, me voy a un tribunal arbitral a que me resulta si me pueden o no me pueden pedir esos soportes, o me piden, o no me piden soportes.

DR. GALLEGO: Esa era la primera dificultad, la falta de información.

SR. CORAL: La segunda dificultad, allá voy.

DR. GALLEGO:Cuál era la segunda dificultad?

SR. CORAL: Era como lo dice la misma certificación de la interventoría, que había información, había soportes o que no eran idóneos, o eran ilegibles, o no guardaban relación con el proyecto.

DR. GALLEGO: Discúlpeme, entonces vamos por partes, cuáles a juicio de la interventoría no eran idóneos?

SR. CORAL: Aquellos que no le permitían al equipo contable tener la certeza, sí, de que esa factura tenía relación directa con el proyecto, había un contrato cualquier, una factura mejor donde no se acreditaba el contrato o el servicio, bien o servicio entregado y facturado por ese concepto, entonces la

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

interventoría, el equipo contable y técnico decían oiga de esto no tengo soporte, sí, o el soporte no es claro.

No le puedo decir específicamente cuál porque como le digo yo no hacía parte de ese equipo contable ni me correspondía entrar a verificar cada factura, lo que sí le puedo decir es que eran supremamente exigentes de que hubiese un nexo claro de causalidad, si aparecía una factura que era de otro proyecto, sí, y entonces obviamente se factura así la hubiese pagado la fiduciaria no la podía reconocer la interventoría porque era de otro proyecto.

DR. GALLEGO: Y eso pasó?

SR. CORAL: No tengo la certeza, le estoy dando un ejemplo de lo que pudo haber pasado, por qué se rechazaban le estoy diciendo, pero no tengo la 021 pasó eso, no, no, no me corresponde ni me correspondía hacer eso, le estoy dando el criterio general en el que yo capacité a las personas para ese cuidado que sea de este proyecto, que tenga el contrato, si es de diseños que tenga el diseño, sí.

DR. GALLEGO: Y en tercer lugar?

SR. CORAL: Decíamos que no fuera clara la información, es decir, que fuese borrosa porque mucha información podía estar borrosa o confusa y así se dijo tal todo lo que estoy contando está dicho en nuestra certificación como interventoría, dice un título qué no se certificó y por qué, y allí me remito más para ser más puntual y no que me tire una imprecisión, qué no y por qué no, igual todo eso se transcribió en el acta de liquidación también de la misma manera.

DR. J. PINZÓN: Al principio de su declaración usted hablaba de que había unos soportes que no fueron subsanados, eso hace parte de otro grupo?

SR. CORAL: No, no, no, igual.

DR. J. PINZÓN: O es el mismo?

SR. CORAL: Como le digo había mesas semanales de trabajo, es más, se presentaron informe semanal a la ANI de cómo iba el avance y podíamos haber

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

pedido un soporte y el soporte no llegaba o era insuficiente, entonces quedaba entre no soportados.

DR. GALLEGO: Existe posibilidad que después del mes de julio que ellos no entregaron más información a ustedes, interventoría, ¿ellos le hayan entregado información directamente a la ANI sobre lo que no le entregaron a usted?

SR. CORAL: Pues a mí no me consta, físicamente posible seguramente sí es posible, pero a mí ni me costa que después de esa fecha se hubiese entregado información.

DR. GALLEGO: ¿Al momento de usted emitir su certificación de noviembre del 2018 pudo evidenciar eso o no?

SR. CORAL: No.

DR. GALLEGO: ¿Ni en los ajustes de agosto?

SR. CORAL: No, no, no, todo era basado en lo que nos habían entregado a julio del 2018.

DR. GALLEGO: O sea, ¿la certificación de agosto y la de noviembre todo estaba sustentado?

V SR. CORAL: Sí señor y así lo dice la certificación y así lo reconoce la liquidación. (...)

DRA. PRADA: En el acta de reversión hay alguna salvedad por parte de la interventoría?

SR. CORAL: No, no, no y como le dicho no hay una discusión técnica, aquí el problema es que, quiero ser enfático en esto, ahí seguramente en la fiduciaria hay miles de costos, el problema es qué es del proyecto y qué no, es así de sencillo, no es que no le paguen el proyecto claro, todos queremos y quisimos que le pagaran el proyecto y la totalidad del proyecto.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Este no es un concesionario incumplido, claro que queremos que le pague el proyecto pero la fórmula desafortunadamente o afortunadamente nos llevaba nuestro contrato de interventoría a decirle todos esos costos que están ahí en una fiduciaria porque la fiduciariamente paga, la fiduciaria no es un técnico que verifique si eso tiene relación directa o no porque no le corresponde, si le toca la interventoría pues nos tocó hacer la labor de decir si eso correspondía o no correspondía.

Había facturas que no claramente no correspondían, había botellas de whisky de celebraciones que no correspondían a costos directos, las vi, entonces es por eso que se hace el control de si correspondía o no correspondía, no es si tenía derecho a que le pagaran el proyecto, esa no era la discusión, la discusión es más allá, claro que le paguen el proyecto pero los costos directos del proyecto no otros costos porque eso no lo puede hacer el Estado, esa es la discusión y esa era la discusión que queríamos dar en sede administrativa y que el concesionario a voto propio decidió no dar más.”

Antes de producirse la liquidación bilateral anticipada del Contrato de Concesión, en la reforma de la demanda se aportó **el dictamen pericial elaborado por la firma Strategas Consultores SAS.**

El dictamen entra a precisar los valores que en criterio de la firma que elabora el experticio debían ser reconocidos por cada uno de los conceptos del componente AR_n, previa precisión de la información que sirvió de base para sus conclusiones, según se evidencia del cuaderno de pruebas No. 2:

“11. A partir de las certificaciones, registros contables y soportes del patrimonio autónomo y del Concesionario, sírvase determinar y cuantificar los costos en que incurrió el concesionario en virtud de la ejecución del contrato, que son aptos de ser incluidos en la fórmula de liquidación.

Antes de proceder a la respuesta me permito precisar que la presente experticia se enmarca en los temas financieros y contables, y no me es posible referirme sobre:

- *La razonabilidad del costo pretendido frente a los precios del mercado;*
- *El cumplimiento de las obligaciones contractuales del concesionario;*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

- El cumplimiento de las condiciones técnicas del contrato;

- El Procedimiento adelantado durante la ejecución del contrato para la acumulación de ingresos y egresos en el Patrimonio Autónomo APP Cesar Guajira. El perito parte de la premisa que los costos y gastos reflejados en el patrimonio autónomo siguieron el procedimiento establecido por el auditor del Concesionario para contabilizar la acumulación de los ingresos y egresos, y que los mismos fueron debidamente informados a la interventoría y la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI.

Basado en lo expuesto en el numeral anterior, se procede a determinar los costos realizados desde la fecha de inicio (primer mes) hasta el mes en que se suscribió el Acta de Reversión (febrero de 2018), para los conceptos o actividades que hacen parte de la variable ARh.

Para el efecto el perito tuvo acceso a la siguiente información:

- i) Certificación de la Fiduciaria Bancolombia S.A. de mayo y julio de 2018.

- ii) Información soporte de la certificación de la fiduciaria (ordenas de pago, notas créditos, facturas, otros comprobantes contables).

- iii) Archivos en Excel con el detalle de los registros y movimientos contables del patrimonio Autónomo.

- iv) Base de datos de registros de costos y gastos suministrada por el Concesionario.

- v) Información y soportes suministrados por el Concesionario.

- vi) Informe de Interventoría del 10 de agosto de 2018, de validación de costos y gastos con el fin de expedir la certificación de la variable ARh, de que trata la cláusula 18.3 (e) del contrato no. 006 de 2015.

Es preciso reiterar que se consideran los costos realizados hasta la terminación de la Etapa de Reversión, siendo posible en algunos casos que los mismos se hayan registrado en el Patrimonio Autónomo con posterioridad a dicha fecha.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En relación con los fondos rotatorios el peritazgo señala:

“iii) Costos reflejados en los 67 Fondos Rotatorios

Para efectos de verificar los valores a ser reconocidos se revisaron los registros de las 67 cuentas de reembolso de Fondos Rotatorios, verificando los conceptos y correspondientes soportes.

Se verificaron registros por valor de \$14,696,580,619 en los 67 fondos rotatorios, encontrando que no fue posible validar la totalidad de registros debido a falta de soportes.

Los siguientes son los valores registrados por cada fondo:

No.	Orden No.	No. Factura	Concepto	Valor
1	OP0066	2015-0002	Reembolso Fondo Rotatorio No. 1	178,328,833
2	OP0067	2015-0003	Reembolso Fondo Rotatorio No. 2	175,560,425
3	OP0068	2015-0004	Reembolso Fondo Rotatorio No. 3	179,955,209
4	OP0069	2015-0005	Reembolso Fondo Rotatorio No. 4	180,704,464
5	OP0070	2015-0006	Reembolso Fondo Rotatorio No. 5	182,611,877
6	OP0071	2015-0007	Reembolso Fondo Rotatorio No. 6	192,349,388
7	OP0072	2015-0008	Reembolso Fondo Rotatorio No. 7	190,696,638
8	OP0102	2015-0009	Reembolso Fondo Rotatorio No. 8	192,589,340
9	OP0103	2015-0010	Reembolso Fondo Rotatorio No. 9	55,848,075
10	OP0128	2015-0011	Reembolso Fondo Rotatorio No.10	197,323,806
11	OP0135	2016-12	Reembolso Fondo Rotatorio No.11	116,438,994
12	OP0171	2016-13	Reembolso Fondo Rotatorio No.12	149,186,710
13	OP0172	2016-14	Reembolso Fondo Rotatorio No.13	196,023,401
14	OP0173	2016-15	Reembolso Fondo Rotatorio No.14	147,743,835
15	OP0174	2016-16	Reembolso Fondo Rotatorio No.15	194,557,800
16	OP0209	2016-17	Reembolso Fondo Rotatorio No.16	189,577,134
17	OP0240	2016-18	Reembolso Fondo Rotatorio No.17	199,763,611
18	OP0274	2016-19	Reembolso Fondo Rotatorio No.18	131,354,315

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

19	OP0274	2016-21	Reembolso Fondo Rotatorio No.19	163,650,393
20	OP0295	2016-22	Reembolso Fondo Rotatorio No.20	375,625,952
21	OP0297	2016-23	Reembolso Fondo Rotatorio No.21	215,711,170
22	OP0320	2016-24	Reembolso Fondo Rotatorio No.22	442,268,998
23	OP0359	2016-25	Reembolso Fondo Rotatorio No.23	331,517,449
24	OP0400	2016-30	Reembolso Fondo Rotatorio No.24	292,646,303
25	OP0428	2016-31	Reembolso Fondo Rotatorio No.25	128,262,966
26	OP0432	2016-32	Reembolso Fondo Rotatorio No.26	363,300,678
27	OP0471	2016-35	Reembolso Fondo Rotatorio No.27	157,204,951
28	OP0474	2016-36	Reembolso Fondo Rotatorio No.28	414,182,537
29	OP0526	2016-37	Reembolso fondo rotatorio No. 29	95,404,710
30	OP0530	2016-38	Reembolso fondo rotatorio No. 30	81,205,323
31	OP0532	2016-39	Reembolso fondo rotatorio No. 31	358,313,990
32	OP0587	2016-43	Reembolso fondo rotatorio No. 32	106,535,659
33	OP0593	2016-45	Reembolso fondo rotatorio No. 33	491,226,649
34	OP0653	2016-47	Reembolso fondo rotatorio No. 34	283,933,344
35	OP0656	2016-50	Reembolso fondo rotatorio No. 35	203,808,763
36	OP0713	2016-52	Reembolso fondo rotatorio No. 36	308,894,959
37	OP0724	2016-53	Reembolso fondo rotatorio No. 37	357,094,358
38	OP0762	2016-54	Reembolso fondo rotatorio No. 38	317,504,321
39	OP0769	2016-55	Reembolso fondo rotatorio No. 39	188,900,290
40	OP0832	2016-56	Reembolso fondo rotatorio No. 40	160,437,623
41	OP0837	2016-57	Reembolso fondo rotatorio No. 41	368,147,893
42	OP0891	2016-58	Reembolso fondo rotatorio No. 42	159,993,623
43	OP0896	2016-59	Reembolso fondo rotatorio No. 43	120,742,590
44	OP0901	2016-60	Reembolso fondo rotatorio No. 44	313,501,736
45	OP0966	2016-61	Reembolso fondo rotatorio No. 45	195,596,602
46	OP0968	2016-62	Reembolso fondo rotatorio No. 46	86,289,704
47	OP0971	2016-63	Reembolso fondo rotatorio No. 47	163,902,124
48	OP0976	2016-64	Reembolso fondo rotatorio No. 48	431,317,363
49	OP0998	2016-65	Reembolso fondo rotatorio No. 49	111,861,681
50	OP1020	2016-66	Reembolso fondo rotatorio No. 50	251,203,641
51	OP1028	2016-67	Reembolso fondo rotatorio No. 51	290,612,987
52	OP1074	2016-68	Reembolso fondo rotatorio No. 52	277,375,652

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

53	OP1078	1016-69	Reembolso fondo rotatorio No. 53	148,467,827
54	OP1097	2016-70	Reembolso fondo rotatorio No. 54	238,775,517
55	OP1125	2016-71	Reembolso Fondo Rotatorio No 55	289,092,541
56	OP1153	2016-72	Reembolso fondo rotatorio No. 56	146,676,768
57	OP1172	2016-73	Reembolso fondo rotatorio No. 57	361,478,471
58	OP1224	2016-74	Reembolso fondo rotatorio No. 58	250,361,702
59	OP1260	2016-75	Reembolso fondo rotatorio No. 59	335,831,509
60	OP1291	2016-76	Reembolso fondo rotatorio No. 60	151,790,766
61	OP1309	2016-77	Reembolso fondo rotatorio No. 61	190,878,991
62	OP1324	2016-78	Reembolso fondo rotatorio No. 62	171,404,546
63	OP1324	2016-79	Reembolso fondo rotatorio No. 63	3,695,920
64	OP1331	2016-80	Reembolso fondo rotatorio No. 64	304,330,268
65	N/A		Reembolso fondo rotatorio No. 65	291,403,342
66	N/A		Reembolso fondo rotatorio No. 66	91,575,719
67	N/A		Reembolso fondo rotatorio No. 67	62,025,895
Total				14,696,580,619

En el anexo 5 se presenta el detalle de registros de este grupo de costos de Operación, Mantenimiento, Gastos de Administración e impuestos."

Revisado el anexo 5, el archivo de excel contiene un listado de las OP que el perito reseña que corresponden a fondos rotatorios y una columna de observaciones con algunos criterios sobre si el costo debe o no ser reconocido.

Además, se anexa otra carpeta con múltiples soportes.

En el dictamen no se evidencian una explicación con valoración y clasificación documental tendiente que permita evidenciar el análisis de las pruebas para efectos de determinar los costos que reconoce el perito.

Para efectos de valorar la prueba es relevante referir apartes de las respuestas del ingeniero **EDGAR ENRIQUE VILLOTA LEGUIZAMÓN** que representa a la firma que elaboró el dictamen, efectuadas en la audiencia de contradicción del referido dictamen llevada a cabo el 21 de octubre de 2019 especialmente sobre fondos rotatorios y el rubro de operación y mantenimiento:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

DR. ÁLVAREZ: Usted considera, usted miró los informes de la interventoría y las posiciones de la ANI, ¿cuál sería el error financiero en que ellos estaban, que lo llevaran a una diferencia de cifras como las que usted ha mostrado?

SR. VILLOTA: No, yo pienso que más que error, yo lo entiendo como un concepto, sí, cuando se excluyen yo hacía mención a costos de viajes, hoteles, computadores, algunos equipos, pues yo observo que se está cambiando totalmente el contrato a un contrato de obra o..., o creo que es así y de alguna manera desconozco que el contrato, pues de buena fe entiendo que las partes no lo firmaron para terminarlo anticipadamente, lo firmaron para ejecutarlo y una empresa no puede operar sin personal, sin equipo y si el contrato opera en Valledupar y el contratante está en Bogotá y el socio mayoritario está en Medellín pues necesariamente tiene que ocurrir.

No estaba referido a que el contrato tiene que los socios estar en Valledupar, el contratante en Valledupar, hay todo un tema que está asociado a la dinámica y a la parafernalia de una empresa en funcionamiento que tenía un objeto único, o sea, si esa empresa tuviese la posibilidad de licitar en otros proyectos pues podría ser diferente, pero este es un contrato que implicaba esta situación.

Y, en el tema de los contratos de intervención pues yo pienso que está muy referido a temas formales, como le digo, tratamos de buscar y preguntamos qué elementos técnicos que hubiesen rechazado las actividades ejecutadas, que se hubiesen rechazado los indicadores de cumplimiento del concesionario, no está el acta de liquidación del contrato EPC, entonces no.

El registro, por ejemplo, en algunos casos la interventoría dice la imputación presupuestal debería ser por 2 mil pero está por \$1.019, entonces reconozco \$1.019, entonces yo digo bueno, si la imputación presupuestal del contrato EPC es por 30 y no por 34 pues y por qué acá sí reconoce y por qué acá no, o sea, encuentro como ciertos elementos que no son como muy claros y que a nuestro juicio pues nos tomamos el trabajo de mirar, preguntar qué es, por qué pasa esto, denos los soportes fuimos y verificamos los informes de fiduciaria, la fiduciaria entregó posteriormente otros informes con ajustes, entonces nosotros revisamos todos los elementos y nos parecen que deben ser considerados, básicamente eso.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Hay otros elementos que son como puntuales tal vez, ahí es donde veíamos una diferencia de \$9 millones de pesos y todo, son diferencias que están referidas, por ejemplo, a una retención de una póliza, entonces resulta que se hizo una retención el valor de la póliza, la póliza fue efectivamente pagada pero no era que no se hubiese generado el costo sino que la póliza del concesionario es para evitar problemas con las pólizas y que el contratista me traiga una póliza que no es, que no corresponde.

Ellos contratan directamente las pólizas y le descuentan directamente al contratista ese valor pero pagan la póliza directamente, de esa forma las pólizas de ellos salen siempre, con la estructura que ellos quieren, las coberturas que ellos necesitan y evitan esa actividad para el contratista y la asumen ellos directamente pero no quiere decir que no haya que pagarla, es un costo que se tuvo, entonces hay algunos temas relacionados con esos que los verificamos mucho, o sea, de hecho desconocimos algunos montos que había incluido la interventoría y otros los incorporamos al hacer esas revisiones.

(...)

DR. ÁLVAREZ: Es que la cifra es bastante significativa, quiero volver a representarla o poner la diferencia de cifra para usted nos diga, aunque conocemos el peritazgo, dónde encontraron las grandes diferencias, las grandes brechas con lo que consideró en su momento la ANI en el proceso porque usted ha recurrido mucho al tema de los viajes, pero creo que los viajes no pueden llegar a no ser que se la pasaran en un avión para llegar a una diferencia tan fuerte.

SR. VILLOTA: Sí, hay unas diferencias importantes aquí, en intervenciones ejecutadas doctor, pues fijémonos principalmente a los conceptos que están en los puntos 6 y 7, intervenciones y costos de operación y mantenimiento, intervenciones ejecutadas los grandes conceptos son unas actas de obra que no están siendo reconocidas por parte de la interventoría en razón a unos temas de imputación presupuestal en la fiduciaria y algunos documentos contractuales, básicamente es eso.

En costos operación y mantenimiento hay diferentes conceptos, están gravámenes financieros, entiendo y supongo porque no conozco las memorias, pero supongo que al excluir un costo pues tengo que excluirle su correspondiente

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

gravamen financiero y tengo que excluirle su correspondiente IVA, entonces hay una parte importante que corresponde a gravámenes financieros y en una parte importante a IVA.

Está también fletes, honorarios, tiquetes aéreos, retenciones en la fuente, por supuesto un costo que se decida excluir pues tiene que excluirse su correspondiente retención en la fuente, esos costos entre gravámenes financieros, comisiones financieras y varios de diferentes conceptos suman alrededor de \$3 mil millones de pesos de estos \$7 mil millones que están aquí, casi \$ 8 mil millones.

Tenemos alrededor de \$128 millones de pesos de intereses por..., tenemos impuestos, gastos de seguridad y vigilancia, gastos de ambulancias, gastos de mantenimiento que suman alrededor de \$808 millones de pesos, honorarios profesionales por \$119 millones de pesos y hay un concepto importante en fondo rotarios que es alrededor de \$2.716 millones de pesos entre la diferencia que nosotros tenemos que es diferente de la diferencia que se tiene frente a lo que tiene como pretensión el concesionario, entre los costos de fondo rotarios que es importante de estos \$7 mil millones encontramos muchas nóminas, encontramos peajes, tiquetes aéreos y son una cantidad enorme de conceptos que suman esos \$2.716 millones de pesos, servicios profesionales, licencias de software, básicamente eso, es una minucia realmente de conceptos, entonces es eso.

DR. ÁLVAREZ: DR. ÁLVAREZ: Y su concepto global para ver los aprobados es que el SPV incurrió en esos costos?

SR. VILLOTA: Sí, pero también hay que casos que la nómina, por ejemplo, la nómina está incluida en algunos meses si, en otros meses no, entonces pues quizás en el momento le faltaba a la interventoría algún soporte entonces lo excluyó, entonces nosotros verificamos si lo incluyó, pero estamos hablando de sumas importantes por nómina, estamos hablando de cifras relacionadas con asesorías, seguridad y vigilancia, por ejemplo, seguridad y vigilancia existe un rubro, existen los conceptos, existe los pagos entonces se incluyeron hay toda una cantidad de costos que no todo está referido a tiquetes aéreos, o sea, los tiquetes aéreos son alrededor de, no sé, pueden ser alrededor de \$130, \$140, \$150 millones de pesos.

Lo mismo pues restaurantes, gastos de hospedaje son cifras que hay pero que no son representativas, los costos representativos sí son nomina, sí son las retenciones, sí son servicios contratados, o sea, vi pues que se excluye el costo de los honorarios de este perito entonces pues no sé, eso es otro criterio, pero por ejemplo, bueno, y los míos tampoco son representativos."

1.2.5.1.2. Consulta Previa

En lo que atañe a los valores asociados a consulta previa reconocidos dentro del rubro de fondos rotatorios, a página 140 de la versión final del informe de interventoría se constata que en el análisis de la información de terceros para el reconocimiento de actividades de consulta previa se precisó:

"1. Palomares Tours S.A., con 6 órdenes de operación y 14 registros los cuales fueron revisados conforme a los aspectos mencionados en la Tabla anterior; 11 de estos registros fueron certificados y 3 no fueron certificados, porque las facturas presentadas no coincidan con las informadas en las Actas de Verificación de Costos (las actas suscritas entre El Concesionario y la Interventoría, donde constan los costos y gastos en los que incurrió el Concesionario para el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con la Consulta Previa ordenadas en virtud de los fallos de tutela proferidos por la H. Corte Suprema de Justicia) estas facturas y sus correspondientes Ordenes de Operación son:

- OP 881 factura 115413
- OP 962 facturas 116741 y 116742

Los soportes aportados son: Factura, Reporte Fiducia y Actas de Verificación de Costos, que se anexan al presente informe.

(...)

En el siguiente cuadro, se presenta un resumen de la validación realizada por esta Interventoría a los registros contables del Patrimonio Autónomo por este concepto:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

RESUMEN VALIDACIÓN INTERVENTORÍA	
REGISTROS BASE DE DATOS	29
REGISTROS VALIDADOS	26
REGISTROS NO VALIDADOS POR ESTE COMPONENTE	3
VR. PRETENSIÓN	211.515.625,00
VR. VALIDADO	210.342.222,00
DIFERENCIA	1.173.403,00
% VALIDACIÓN	99,45%

Es importante reiterar, que los 3 registros no validados para este componente se reubicaron en el componente de operación y mantenimiento tal como se explicó en precedencia.

*Dentro del componente de Operación y Mantenimiento en Fondos Rotatorios se evidenciaron gastos por valor de **TRECIENTOS DOCE MILLONES CIENTO SETENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS \$ 312.176.835** de Consulta Previa, correspondientes básicamente a la ruta metodológica.*

A su turno a páginas 280 y 281 del referido informe de Interventoría, se explicaron las razones por las cuales no se reconocieron las OP de fondos rotatorios referidos a consulta previa:

“Consulta Previa:

Dentro de este rubro se encontraba servicio de hospedaje de personas que no pertenecían al proceso que se desarrolló para la consulta previa, por lo tanto se determinó no certificar por insuficiencia documental de conformidad con la metodología seguida.

Para conocer el detalle de cada OP, el lector podrá remitirse al cuadro de Excel que se adjunta con el presente informe, denominado “consolidado fondos rotatorios.xls”, pestaña consulta previa.”

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

OP	FONDO ROTATORIO	CONSULTA PREVIA
OP0896	43	1,551,200
OP0966	45	202,300
OP0976	48	255,800
OP891	42	425,950
TOTAL		2,435,250

1.2.5.2. Gastos, honorarios, viajes, herramientas, equipos de oficina, mantenimiento, otros

El valor pendiente de reconocimiento en lo que se refiere a este rubro asciende a **\$3.010.839.485 conforme a lo previsto en el acta de liquidación bilateral.**

Mediante la pluricitada **comunicación 20184090866902 de 27 de agosto de 2018 que obra en el carpeta digital No. 99** de los aportados con la reforma de la demanda y No. 42 de los aportadas con la contestación a dicha reforma, **el Concesionario** fijó el valor de la controversia en el concepto de operación y mantenimiento, gastos de administración e impuestos teniendo en cuenta los resultados del informe de validación de costos y gastos presentado por la Interventoría y radicado en la ANI el 13 de agosto de 2018. En lo que atañe a este rubro el concesionario señaló:

- Sobre los costos de operación v mantenimiento, gastos de administración e impuestos.

La Interventoría desconoce los costos Incurridos en desarrollo del Contrato de Concesión en relación con algunos contratos y gastos propios de la ejecución del Contrato de Concesión, así como la causación de algunos costos asociados a su administración. A continuación, se exponen las desavenencias en relación con estos puntos:

Proveedor	Argumento
AVANTEL. OP: 0052, 0241	<i>En relación con la OP 0052 no existe controversia pues efectivamente fue reconocida por la Interventoría, en relación con la OP 0241 por valor de</i>

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.

c./

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

5504

	<p>\$15.783.038 no compartimos que dicha OP había sido reversada como equivocadamente informa la Interventoría, adicionalmente, omite la Intervención hacer mención a la OP 0764 por valor de \$17,300.673 el cual insistimos en su cobro, en consecuencia se deja resera para efectos de la reclamación por la valor de \$33.083.711.</p>
<p>PALOMARES TOURS S.A. OP: 0414,0415,0563, 0564, 0822,0823, 0830,0958,0960, 0961,1065,1066</p>	<p>No exige el Contrato de Concesión la entrega de certificaciones adicionales a la presentada por la Fiducia, máxime cuando de las certificaciones y las órdenes de operación consta el beneficiario y perfectamente la Interventoría pudo constatar que se trató de personal vinculado a la Concesión, En este sentido se deja reserva sobre el valor no reconocido por parte de la Interventoría de los costos asociados al pago de PALOMARES TOURS S.A., y que se calculan en el valor de DOCE MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHO PESOS (\$12,555,308), y solicita a la entidad que se deje expresa constancia de esta salvedad en el Acta de Liquidación de forma tal que las mismas sean posteriormente resueltas en el escenario de un Tribunal de Arbitramento.</p>
<p>GUSTAVO ADOLFO ROBLEDO PERDOMOOP: 0007,0021,0057</p>	<p>La designación de GUSTAVO ADOLFO ROBLEDO PERDOMO como miembro independiente de la Junta Directiva de la Concesión Cesar- Guajira S.A.S., se hizo desde la misma constitución de la sociedad, y de ello consta en los Estatutos de la misma en el denominado "Artículo Transitorio" del Capítulo XI, documento firmado el 12 de junio de 2015. Así mismo, en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad consta que por "documento privado del 12 de junio de 2015 suscrito por la Asamblea de Accionistas de Medellín registrado en esta cámara de comercio bajo el número 29631 del Libro IX del registro mercantil el 30 de noviembre de 2015, fueron nombrados. (...) CARGO / INDEPENDIENTE - NOMBRE / ROBLEDO PERDOMO GUSTAVO - IDENTIFICACIÓN / CC 71,697,129. De tal suerte que es claro que su participación como miembro de la Junta Directiva se dio desde el momento mismo del nacimiento de la</p>

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.

c./

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

5504

	<p>sociedad concesionaria; en este sentido se deja reserva sobre el valor no reconocido por parte de la Interventoría de los costos asociados al pago de GUSTAVO ADOLFO ROBLEDO PERDOMO como miembro de la Junta Directiva de la Concesión Cesar-Guajira S.A.S, y que se calculan en el valor de TRES MILLONES OCHOCIENDO SESENTA Y SEIS MIL CIEN PESOS (\$3,866,100), y solicita a la entidad que se deje expresa constancia de esta salvedad en el Acta de Liquidación de forma tal que las mismas sean posteriormente resueltas en el escenario de un Tribunal de Arbitramento.</p>
<p>SERACIS LTDA. OP: 0026, - 0051</p>	<p>No exige el Contrato de Concesión la entrega de certificaciones sobre el personal y las actividades desarrolladas, el servicio de seguridad y vigilancia prestado por Seracis se dio desde el momento de inicio del proyecto, es por ello que la misma presentó sus facturas por concepto de los servicios prestados tal y como lo reconoce la Fiducia en la certificación emitida con ocasión de la liquidación del Contrato de Concesión, En este sentido se deja reserva sobre el valor no reconocido por parte de la Interventoría de los costos asociados al pago de SERACIS LTDA, y que se calculan en el valor de DOCE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS DIEZ PESOS (\$12,674,210), y solicita a la entidad que se deje expresa constancia de esta salvedad en el Acta de Liquidación de forma tal que las mismas sean posteriormente resueltas en el escenario de un Tribunal de Arbitramento.</p>
<p>COMCENTER. OP: 0076</p>	<p>Para efectos del reconocimiento de los costos basta con que el mismo tenga soporte contable y certificación de la Fiducia, la cual está acompañada de la cotización de los suministrados y los servicios prestados, igualmente se acompaña de los documentos del proveedor, las facturas correspondientes y las constancias de egreso, dejando claro que el destinatario de las mismas fue la Concesión Cesar-Guajira S.A.S. En este sentido se deja reserva sobre el valor no reconocido por parte de la Interventoría de los costos asociados al pago</p>

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.

c./

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

5504

	<p>de COMCENTER., y que se calculan en el valor de TREINTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS (\$32,587,677), y solicita a la entidad que se deje expresa constancia de esta salvedad en el Acta de Liquidación de forma tal que las mismas sean posteriormente resueltas en el escenario de un Tribunal de Arbitramento.</p>
<p>ANTONIO SPATH& CIA S.A. OP: 0038.</p>	<p>Para efectos del reconocimiento de los costos basta con que el mismo tenga soporte contable y certificación de la Fiducia, la cual está acompañada de la declaración de importación de las plantas eléctricas, factura, remisión del proveedor y los documentos del proveedor, dejando claro que el destinatario de las mismas fue la Concesión Cesar-Guajira S.A.S., los cuales fueron revertidos a la ANI asociados a la infraestructura de peajes de Rincón Hondo, San Diego y Rio Seco. En este sentido se deja reserva sobre el valor no reconocido por parte de la Interventoría de los costos asociados al pago de ANTONIO SPATH & CIA S.A., y que se calculan en el valor de CIENTO SETENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS SIETE MIL VEINTINUEVE PESOS (\$179,407,029), y solicita a la entidad que se deje expresa constancia de esta salvedad en el Acta de Liquidación de forma tal que las mismas sean posteriormente resueltas en el escenario de un Tribunal de Arbitramento.</p>
<p>BTG PACTUAL S.A. COMISIONISTA DE BOLSA. OP: 1264</p>	<p>Para efectos del reconocimiento de los costos basta con que el mismo tenga soporte contable y certificación de la Fiducia, la cual está acompañada de la factura, imputación contable y los documentos del contratista, se aclara adicionalmente que la OP 1264 asociada a BTG PACTUAL S.A. se refiere a la comisión de éxito en el acompañamiento del cierre financiero del proyecto el cual se acreditó mediante comunicaciones 20164091054532 del 21 de noviembre de 2016 y 20164091067872 del 23 de noviembre de 2016, y aprobado por la ANI mediante Radicado 20163080370431 del 25 de noviembre de 2016. En este sentido se deja reserva sobre el valor no</p>

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.

c./

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

5504

	<p>reconocido por parte de la Interventoría de los costos asociados al pago de BTG PACTUAL S.A. COMISIONISTA DE BOLSA. Por valor de OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$874,650,000), y solicita a la entidad que se deje expresa constancia de esta salvedad en el Acta de Liquidación de forma tal que las mismas sean posteriormente resueltas en el escenario de un Tribunal de Arbitramento.</p>
<p>PHILLIPPI PRIETO CARRIOSA FERRERO DU & URIA. OP: 1068</p>	<p>No exige el Contrato de Concesión la entrega de certificaciones sobre el personal y las actividades desarrolladas, pero valga aclarar que esta firma de abogados fue contratada por solicitud de los Prestamistas y en el marco del cierre financiero que adelantaba la sociedad Concesionaria para efectos de cumplir con su la obligación contemplada en la sección 3.9 del Contrato de Concesión. Adicionalmente durante la reunión celebrada el 27 de julio, se entregó copia del contrato que celebró la Concesión con PHILLIPPI PRIETO CARRIOSA FERRERO DU & URIA, por lo cual la Interventoría cuenta con toda la información necesaria para verificar la existencia del costo y con ello reconocer el mismo. En este sentido se deja reserva sobre el valor no reconocido por parte de la Interventoría de los costos asociados al pago de PHILLIPPI PRIETO CARRIOSA FERRERO DU & URIA por valor de CIENTO DIECINUEVE MILLONES SETENTA Y OCHOS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS (\$119,078,467), y solicita a la entidad que se deje expresa constancia de esta salvedad en el Acta de Liquidación de forma tal que las mismas sean posteriormente resueltas en el escenario de un Tribunal de Arbitramento.</p>
<p>LONDOÑO&ARANGOS.A.S, OP: 0492</p>	<p>No exige el Contrato de Concesión la entrega de certificaciones sobre el personal y las actividades desarrolladas, pero valga aclarar que esta firma de abogados fue contratada por solicitud de los Prestamistas y en el marco del cierre financiero que adelantaba la sociedad Concesionaria para efectos de cumplir con su la obligación contemplada en la</p>

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

	<p>sección 3.9 del Contrato de Concesión. En este sentido se deja reserva sobre el valor no reconocido por parte de la Interventoría de los costos asociados al pago de LONDOÑO & ARANGO S.A.S. por valor de VEINTITRES MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$23.200.000), y solicita a la entidad que se deje expresa constancia de esta salvedad en el Acta de Liquidación de forma tal que las mismas sean posteriormente resueltas en el escenario de un Tribunal de Arbitramento.</p>
--	---

Por otra parte, en relación con las ordenes de operación No 175, 191, 218, 317, 363, 401, 1126, se deja reserva sobre el valor no reconocido por parte de la Interventoría de los costos asociados a las citadas OP, en consecuencia se insistirá en su reconocimiento en el Tribunal de Arbitramento en relación con el pago de TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS DIESCINUEVE PESOS (\$388.446.619).

En relación con las órdenes de operación 1164, 1165, 1221, 1310, 1328 por valor de \$1.746.687.028 (MIL SETECIENTOS CUARENTAY SEIS MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL VENTIOCHO PESOS M/CTE.), este Concesionario deja reserva sobre el valor no reconocido por parte de la Interventoría, y solicita a la entidad que se deje expresa constancia de esta salvedad en el Acta de Liquidación de forma tal que las mismas sean posteriormente resueltas en el escenario de un Tribunal de Arbitramento, esto toda vez que al igual que en los demás ítems no reconocidos por la Interventoría él Concesionario considera que hay suficiente información que le permite validar los costos tales como las certificaciones emitidas por Fiduciaria Bancolombia y los soportes de las órdenes de operación suministradas.

Es común por la Interventoría negar el reconocimiento de costos por ausencia de documentos que ni el Contrato de Concesión, ni el Contrato de Fiducia exigen como soportes para la validación o la incorporación como soporte contable tal es el caso de las órdenes de operación 1126, 42, 191 que se refiere a la venta de activos fijos por valor de \$14.023.021 (CATORCE MILLONES VEINTITRES MIL VENTIDUECE PESOS M/CTE.) y la orden de operación 1360 sobre arrendamiento de equipos por valor de \$70.768,805 (SETENTA MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS CINCO PESOS M/CTE.)

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Para el Contrato No. 26 de 2016 (Contrato de Mantenimiento), la Interventoría se excusa en el no reconocimiento de los costos asociados en las órdenes de operación 1355, 1308, 1330 para las actas de corte de obra No. 17, 18 y 19 por falta de soporte en el Acta de Liquidación, si bien al momento de requerirse por parte de la interventoría dicho documento este no se encontraba suscrito, pero si elaborado desde el 5 de marzo de 2018, a la fecha este documento está plenamente firmado por todas las partes. Ahora bien, con independencia de lo anterior el acta de liquidación de los contratos que celebra la Concesión con sus diferentes contratistas no es una condición contractual para efectos del reconocimiento de estos costos en el componente de la fórmula, pues ya contaba la Interventoría con la información suficiente para efectos de verificar el costo del mantenimiento ejecutado, es decir, con las certificaciones emitidas por Fiduciaria Bancolombia, junto con todos los soportes de facturas, y adicionalmente y de manera proactiva, el Concesionario suministró copia del Contrato de Mantenimiento celebrado entre la Concesión Cesar Guajira S.A.S, y Construcciones El Cóndor S.A., así como sus modificaciones.

Por lo expuesto, las razones esbozadas por la Interventoría son solo excusas sin soporte contractual para no reconocer el valor del mantenimiento realizado en desarrollo del Contrato de Concesión, contrato que además fue necesario para el sostenimiento de la infraestructura operada y el cumplimiento de los indicadores exigidos en el Contrato de Concesión, indicadores que fueron cumplidos y que de ello da cuenta el recibo a satisfacción sin deducciones o sanciones por incumplimiento tal y como se evidenció en el Acta de Reversión de la Infraestructura a la ANI, por todo lo anterior es posible para nosotros afirmar que el Concesionario probó en debida forma la causación de estos costos y por tanto tenía la Interventoría suficientes elementos para dar y validar lo certificado por la Fiduciaria,

Por lo expuesto, este Concesionario deja reserva sobre el no reconocimiento de los costos asociados al Contrato No 26 de 2016 por parte de la Interventoría, y solicita a la entidad que se deje expresa constancia de esta salvedad en el Acta de Liquidación de forma tal que las mismas sean posteriormente resueltas en el escenario de un Tribunal de Arbitramento."

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En el informe de Interventoría remitido mediante comunicación con radicado **No. 20184091191102 del 15 de noviembre de 2018** se menciona dentro del análisis de este rubro, el valor no reconocido frente al contrato No. 26 con Construcciones El Cóndor por las actividades de mantenimiento. A página 259 a 266 del referido informe se constatan las razones para el rechazo de las cifras reclamadas por el Concesionario:

“7.9.5. GASTOS HONORARIOS, VIAJES, HERRAMIENTAS, EQUIPOS DE OFICINA, MANTENIMIENTO, OTROS

En atención al comunicado con radicado ANI No. 20183000349571 del 18 de octubre de 2018, y a las sesiones de verificación conjunta sostenidas los días 12 y 17 de octubre del año en curso, en las cuales se revisaron algunos rubros que hicieron parte de la certificación preliminar No. ICG-OP-129 del 10 de agosto de 2018 con radicado ANI No. 2018-409-081258-2, especialmente en lo relacionado con los componentes de operación y mantenimiento (dentro de los cuales se encuentran inmersos fondos rotatorios) gastos de administración e impuestos, esta Interventoría procede a emitir un alcance a la certificación de la variable ARh antes anotada.

*Así las cosas, a continuación, se presentan los proveedores de los cuales no se certifican gastos por valor de **SEIS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL CUATRO PESOS (\$6.432.683.004)**, en atención a los resultados de las mesas de trabajo sostenidas en las fechas antes anotadas. Adicionalmente, se presentan consideraciones generales respecto del por qué no se certificaron dichos rubros por parte de la Interventoría, mismos que también podrán ser consultados en detalle el archivo de Excel que se adjunta con el presente informe denominado “8112018Entrega Liquidación Final CJE.xls” en la pestaña de Operación y Mantenimiento.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

PROVEEDOR	ORDENES DE OPERACIÓN	VALOR
SA ACONDICIONAMIENTOS Y SERVICIOS S.A.S	OP1283	2.244.340
AC SOLUCIONES MOBILIARIAS SAS	OP25,92,146,203,243,404,476,534,595	16.710.960
ANTONIO SPATH & CIA S.A.	OP38	179.407.029
AVANTEL SAS	OP241,764	33.083.711
BANCOLOMBIA SA	SB	17.250
BTG PACTUAL SA COMISIONISTA DE BOLSA	OP1264	874.650.000
CASA FERRETERA SA	OP58,205,598,909	5.228.183
COMCENTER SAS	OP76	32.587.677
COMERCIALIZADORA TECNOLÓGICA DG SAS	OP0018,352,374,436	15.749.767
COMPUTADORES Y SOLUCIONES CAD DE COLOMBIA LTDA	OP194	17.383.944
COMSYS DE COLOMBIA SAS	OP524	895.959
CONCESIÓN CESAR - GUAJIRA SAS	OP355,357,427,527,533,617,675	13.853.571

PROVEEDOR	ORDENES DE OPERACION	VALOR
COMPANIA ASEGURADORA DE FINANZAS SA	OP319,518,531	6.214.683
CONSTRUCCIONES EL CONDOR SA	OP14,42,175,191,218,317,363,401,1126,1164,1165,1220,1221,1268,1301,1308,1310,1328,1330,1355,1360	4.015.529.955
COOPERATIVA DE TRABAJADORES ASOCIADOS DE CONSTRUCCIÓN MANTENIMIENTO DE VIAS DE CASACARA	OP176	5.220.000
DATECSA S.A	OP988	914.268
ECCO ESTUDIOS CONTRACTUALES SAS	OP291,377,441,484,545,604,680,736,818	109.044.000
ELECTRICAS DE MEDELLIN INGENIERIA Y SERVICIOS S.A.S	OP442	853.065
ESTRATEGIA SAS	OP1174,1258	71.400.000
FERRETERIA MONTAJES INDUSTRIALES LTDA	OP309	8.004.000
FERRETIENDAS MEDELLIN SAS	OP118,486	4.273.440
GUSTAVO ADOLFO ROBLEDO PERDOMO	OP7,21,57	3.866.100
INDUSTRIAS OFFLINE SAS	OP12,56,184,192,982	133.192.653
INTERLAN SAS	OP360	8.876.556
LONDONO & ARANGO SAS	OP492	23.200.000
PALOMARES TOURS SA	OP124,125,132,153,154,155,156,157,158,195,196,197,222,223,224,226,227,228,252,253,283,285,286,304,348,349,350,351,386,387,388,414,415,416,448,449,451,510,511,513,514,515,522,562,563,564,565,639,640,642,643,644,646,711,718,719,758,822,823,824,825,830,877,878,879,880,881,958,959,960,961,1007,1008,1065,1065,1066,1070,1075,1113,1140,1141,1142,1143,1195,1196,1197,1198,1248,1249,1250,1275,1335,1354	97.306.798
PAPELERIA EL PUNTO SAS	OP16,159	14.943.588
PHILIPPI PRIETO CARRIOSA FERRERO DU & URIA	OP1068	255.575.387
RADIO ENLACE SAS	OP391,453	4.598.529
RISKS PROTECTION	OP519,953	688.322
S.I. SEGURIDAD INDUSTRIAL SA	OP455	562.550
SERACIS LTDA	OP26,51,84,107,129,232,258,362,623,788,1014	353.994.610
STRATEGAS SA	OP1256,1293	64.260.000

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

PROVEEDOR	ORDENES DE OPERACIÓN	VALOR
TECNO SOLUCIONES JP SAS	OP234	880.000
TECNO SOLUCIONES LJ SAS	OP13,17,262,307,353,396,505,633,708,757,955	29.265.356
TOYO SAAVEDRA MOBILIARIOS	OP664,872	5.477.650
V&S COMERCIAL SAS	OP36	333.500
VIDEO CONFERENCIAS INTEGRALES SAS	OP463	893.708
VIRTUAL SAS	OP20,45,116,187,193,467,508	12.578.038
VIVECOMP SAS	OP188-	523.857
DIANA LUZ CONSUEGRA ORTEGA	OP190	8.400.000
TOTAL	224	6.432.683.004

En la siguiente tabla, se encuentran los comentarios más relevantes por los cuales no se avalaron los pagos a las órdenes de operación mostradas en la tabla anterior, de conformidad con los resultados de las mesas de trabajo conjuntas realizadas entre la ANI y la Interventoría:

PROVEEDOR	COMENTARIO
SA ACONDICIONAMIENTOS Y SERVICIOS S.A.S	Para los rubros relacionados con la OP1283, se evidencian servicios de desmonte mobiliario, no se certificó el gasto de las instalaciones donde operó la concesión por falta de contrato de prestación de servicios con el proveedor, de esta manera ningún gasto que se relacione con esta actividad puede certificarse.
AC SOLUCIONES MOBILIARIAS SAS	Para los rubros relacionados con las OP 25,92,146,203,243,404,476,534,595, se evidencia la compra de mobiliario, no se certifica este gasto porque el concesionario no presentó acta de activos dados de baja y estos continúan a nombre del Concesionario. (Muebles y enseres)
ANTONIO SPATH & CIA S.A.	Para los rubros relacionados con la OP 38, se evidencia que la orden de operación no cuenta con orden de compra, entrada al almacén y destinación final de los elementos (Plantas Eléctricas).
AVANTEL SAS	Para los rubros relacionados con la OP 241 y 764, no certificó las dos órdenes de operación presentadas por este proveedor, la primera porque el gasto se generó y se realizó reversión dentro de la misma orden de operación y para la segunda orden de operación no certificada, la concesión no presentó contrato de prestación de servicios ni relacionan los números de las líneas telefónicas facturadas y a que personal se encontraban asignadas.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.

c./

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

5504

PROVEEDOR	COMENTARIO
BANCOLOMBIA SA	Para los servicios bancarios relacionados, no se certifican los valores por cuanto:
BTG PACTUAL SA COMISIONISTA DE BOLSA	Para los rubros relacionados con la OP 1264, se evidencia que esta orden de operación no cuenta con contrato de prestación de servicios por comisión de cierre financiero del proyecto, se desconoce qué actividades realizaron. Adicionalmente, el cierre financiero fue aprobado en noviembre de 2016 y ocho meses después se realizó la firma del Acta de Ocurrencia de una Causal de Terminación Anticipada, mientras que la factura es de un año después, noviembre de 2017.
CASA FERRETERA SA	Los rubros relacionados con las OP 58,205,598,909 evidencian la compra de mobiliario, no certificó este gasto porque el concesionario no presentó acta de activos dados de baja y estos continúan a nombre del Concesionario.
COMCENTER SAS	Los rubros relacionados con las OP 76, evidencian la compra de elementos eléctricos. La concesión no aporta orden de compra de materiales, entrada almacén y tampoco indica destino final de estos elementos. (Materiales eléctricos)
COMERCIALIZADORA TECNOLÓGICA DG SAS	Los rubros relacionados con las OP 0018,352,374,436 evidencian la compra de equipos, la concesión no presenta acta de activos dados de baja y están a nombre del Concesionario. (Computadores)
COMPUTADORES Y SOLUCIONES CAD DE COLOMBIA LTDA	Los rubros relacionados con la OP 194 evidencian la compra de licencia Autocad, la concesión no presenta acta de activos dados de baja, y están a nombre del Concesionario.
COMSYS DE COLOMBIA SAS	Los rubros relacionados con la OP 524 evidencian la compra de equipos, la concesión no presenta acta de activos dados de baja y están a nombre del Concesionario. (Equipos de Computación y Comunicación)
CONCESIÓN CESAR - GUAJIRA SAS	Los rubros relacionados con las OP 355,357,427,527,533,617,675, evidencian reintegro de pólizas de seguros y anticipos a terceros. No se certifica, por cuanto verificando cada uno de estos terceros ya se había reconocido la totalidad del valor del contrato, se podría incurrir en doble certificación.
COMPAÑIA ASEGURADORA DE FINANZAS SA	Los rubros relacionados con las OP 319,518,531 evidencian reintegro de pólizas de seguros y anticipos a terceros. No se certifica, por cuanto verificando cada uno de estos terceros ya se había reconocido la totalidad del valor del contrato, se podría incurrir en doble certificación.
COOPERATIVA DE TRABAJADORES ASOCIADOS DE CONSTRUCCIÓN MANTENIMIENTO DE VIAS DE CASACARA	Los rubros relacionados con la OP 176 evidencian arriendo de maquinaria. En la fecha en que se realizó este gasto, el concesionario ya poseía maquinaria propia para el desarrollo de las actividades, y no se recibió soporte o información adicional que demostrara la necesidad de arriendo de maquinaria adicional. Por lo

18

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

PROVEEDOR	COMENTARIO
	tanto, este rubro no tuvo certificación de conformidad con lo dicho. (Guadañas)
DATECSA S.A	Los rubros relacionados con la OP 988, evidencian compra de equipos, los cuales no presentan acta de activos dados de baja, y están a nombre del Concesionario. (Equipos de computación y comunicación)
ECCO ESTUDIOS CONTRACTUALES SAS	Los rubros relacionados con las OP 291,377,441,484,545,604,680,736,818 se encuentran relacionados con la prestación de servicios técnicos. No se certifica tal rubro, por cuanto la concesión contractualmente contaba con un Componente Técnico que le era reconocido mensualmente dentro de su nómina.
ELECTRICAS DE MEDELLIN INGENIERIA Y SERVICIOS S.A.S	Los rubros relacionados con la OP 988, evidencian la compra de equipos. La concesión no presenta acta de activos dados de baja y están a nombre del Concesionario. (Equipos de computación y comunicación.)
ESTRATEGIA SAS	Los rubros relacionados con la OP 1174,1258 no se certifican por cuanto el concesionario fue quien constituyó la demanda ante el tribunal de arbitramento, por lo cual se determinó que los gastos ocasionados por este concepto deben ser asumidos por la Concesión. Adicionalmente, no se evidencia que el objeto del contrato de prestación de servicios suscrito guarde relación con una actividad que involucre el desarrollo del objeto del Contrato de Concesión. (Contrato para presentar demanda arbitral por costos de estructuración).
FERRETERIA MONTAJES INDUSTRIALES LTDA	Los rubros relacionados con la OP 309, evidencian la compra de mobiliario, no presentan acta de activos dados de baja, y están a nombre del Concesionario. (Estanterías metálicas)
FERRETIENDAS MEDELLIN SAS	Los rubros relacionados con la OP 118,486, evidencian la compra de mobiliario, no presentan acta de activos dados de baja, y están a nombre del Concesionario. (Muebles y Enseres – Neveras)
GUSTAVO ADOLFO ROBLEDO PERDOMO	Los rubros relacionados con las OP 7,21,57 evidencian el gasto ocasionado por el Sr. Gustavo Adolfo Robledo, los mismos no se certifican, toda vez que, según el Acta No. 7 de la Asamblea General de Accionistas del Concesionario, en reunión ordinaria del día 2 de febrero de 2016 se determinó cancelar honorarios por cada sesión de junta directiva a la que él asistiera. Antes de esta fecha no se encuentra soporte de que el señor Robledo hubiera sido autorizado por la Asamblea para generar ningún cobro.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

PROVEEDOR	COMENTARIO
INDUSTRIAS OFFLINE SAS	Para este rubro, relacionado con las OP 12,56,184,192,982 se evidencia la compra de mobiliario para acondicionar oficinas. Reiteramos que los costos relacionados con las instalaciones donde operó la concesión no se certificaron por falta de acreditación del vínculo contractual.
INTERLAN SAS	Para este rubro, relacionado con la OP 360, se evidencia la compra de equipos. La concesión no presenta acta de activos dados de baja y están a nombre del Concesionario. (Repetidores de Señal)
LONDOÑO & ARANGO SAS	Para este rubro, relacionado con la OP 360, se evidencia que la Orden de Operación no cuenta con contrato de prestación de servicios por asesoría para el proceso de cierre financiero del proyecto, se desconoce qué actividades realizaron.
PALOMARES TOURS SA OP 124,125,132,153,154,155,156,157,158,195, 196,197,222,223,224,226,227,228,252,253,283,285,286,304, 348,349,350,351,386,387,388, 414,415,416,448,449,451,510,511,513,514, 515,522,562,563,564,565,639,640,642,643, 644,646,711,718,719,758,822,823,824,825, 830,877,878,879,880,881,958,959,960,961, 1007,1008,1065,1065,1066,1070,1075,1113, 1140,1141,1142,1143,1195,1196,1197,1198, 1248,1249,1250,1275,1335,1354	Para los rubros relacionados con las OP anotadas, se evidencia que, respecto de personal en la nómina de la concesión, figuran pagos de pasajes con una periodicidad mínima mensual que en principio no son una obligación laboral de ley y aunque se mencionaba que eran para tomar descansos compensatorios, no pudieron ser validados a través de los contratos de trabajo. Además, al ser unos pasajes recurrentes, constituirían parte del salario; no obstante, en las planillas de seguridad social no se ven reflejados. De acuerdo con lo anterior, no se certificaron estos valores encontrados. Adicionalmente, en algunos registros se encuentra el pago de penalidades por cambios de vuelos, de manera que esto tampoco puede ser certificado.
PAPELERIA EL PUNTO SAS	Los rubros relacionados con las OP 16, 159, evidencian la compra de equipos. La concesión no presenta acta de activos dados de baja y están a nombre del Concesionario. (Computadores Portátiles)
PHILIPPI PRIETO CARRIOSA FERRERO DU & URIA	Los rubros relacionados con la OP 1068, no se certifican, por cuanto la relación de actividades aportadas con la facturación presenta incongruencias con las fechas en que se realizaron las mismas y el desarrollo del Contrato de Concesión. De otro lado, por la factura No. 91039 no se aportó oferta mercantil que permitiera corroborar las actividades relacionadas con el vínculo contractual. Adicionalmente la mayoría de las actividades relacionadas no son concordantes con las actividades propias del Proyecto, como lo son la figura de "due diligence" (dd) o debida diligencia para la estructuración de proyectos, y otras de revisión de documentos para el mismo fin teniendo en cuenta que por las fechas a las cuales corresponden, no eran útiles para los fines del Proyecto Cesar Guajira.
RADIO ENLACE SAS	Los rubros relacionados con la OP 391,453, evidencian la compra de equipos. La concesión no presenta acta de activos dados de baja y están a nombre del Concesionario. (Radios de comunicación)

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.

c./

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

5504

PROVEEDOR	COMENTARIO
RISKS PROTECTION	Los rubros relacionados con la OP 519,953, no se certifican por cuanto las órdenes de operación por concepto de reintegro de pólizas de seguros y anticipos a terceros se certificaron con la totalidad del valor del contrato.
S.I. SEGURIDAD INDUSTRIAL SA	Los rubros relacionados con la OP 455 evidencian la compra de equipos. La concesión no presenta acta de activos dados de baja y están a nombre del Concesionario. (Equipos Médicos)
SERACIS LTDA	Los rubros relacionados con las OP 26,51,84,107,129,232,258,362,623,788,1014 no se certifican por cuanto se trata de gastos ocasionados para el año 2015 que no cuentan con un contrato de prestación de servicios ni orden de operación. (Servicios de Vigilancia)
STRATEGAS SA	Los rubros relacionados con la OP 1256,1293 no se certifican, por cuanto corresponde a un rubro que no se encuentra asociado al desarrollo del objeto del Contrato de Concesión. (Peritaje Financiero para presentar demanda arbitral en contra de la ANI)
TECNO SOLUCIONES JP SAS	Los rubros relacionados con las OP 234 evidencian compra de equipos. La concesión no presenta acta de activos dados de baja y están a nombre del Concesionario. (equipos de computación y comunicación)
TECNO SOLUCIONES LJ SAS	Los rubros relacionados con las OP 13,17,262,307,353,396,505,633,708,757,955, evidencian la compra de equipos, la concesión no presenta acta de activos dados de baja y están a nombre del Concesionario. (equipos de computación y comunicación)
TOYO SAAVEDRA MOBILIARIOS	Los rubros relacionados con la OP 664, 872 Se evidencia la compra de mobiliario, no presentan acta de activos dados de baja, y están a nombre del Concesionario. (Muebles y enseres – Mesas, sillas, etc)
V&S COMERCIAL SAS	Los rubros relacionados con la OP 36 Se evidencia la compra de mobiliario, no presentan acta de activos dados de baja, y están a nombre del Concesionario. (Telón para proyectar)
VIDEO CONFERENCIAS INTEGRALES SAS	Los rubros relacionados con la OP 463, evidencian la compra de equipos. La concesión no presenta acta de activos dados de baja y están a nombre del Concesionario. (Proyector)
VIRTUAL SAS	Los rubros relacionados con las OP 20,45,116,187,193,467,508, evidencian la compra de equipos, la concesión no presenta acta de activos dados de baja y están a nombre del Concesionario. (impresoras)
VIVECOMP SAS	Los rubros relacionados con la OP188, evidencian la compra de equipos. La concesión no presenta acta de activos dados de baja y están a nombre del Concesionario. (videocámara)
DIANA LUZ CONSUEGRA ORTEGA	Los rubros relacionados con la OP 190, no se certifican por cuanto la actividad no cuenta con una orden o contrato de prestación de servicios que permita acreditar el vínculo contractual. Adicionalmente, no cuenta con acta de entrega de actividades realizadas.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

Como se anunció previamente, mediante memorando 20183000208493 de 24 de diciembre de 2018 que obra en el CD a folio 269 del cuaderno principal No. 2, dentro de los anexos del acta de liquidación allegados por la ANI, la entidad objetó el reconocimiento de algunas OPS aceptadas por la interventoría, conforme se evidencia en la tabla No. 2 de ese memorando, en que se señala:

Tabla 2. Registros certificados por Interventoría sobre los cuales SI HAY OBJECCIÓN para su reconocimiento toda vez de que persisten dudas.

Proveedor	OP No.	Fecha OP	No. Factura	Concepto	Valor total
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0134	18-feb-16	0566	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 5.800.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0134	18-feb-16	0577	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 5.800.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0186	18-mar-16	0584	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 5.800.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0278	27-may-16	0615	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 5.800.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0327	05-jul-16	0638	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 5.800.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0509	13-oct-16	0689	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 5.800.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0373	29-jul-16	0666	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 5.800.000
VIDEO CONFERENCIAS INTEGRALES SAS	OP0398	29-jul-16	1211	Polycom Audioconferencia	\$ 1.345.465

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

Proveedor	OP No.	Fecha OP	No. Factura	Concepto	Valor total
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0434	07-sep-16	0671	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 5.800.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0535	09-nov-16	0713	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 6.206.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0667	17-ene-17	753	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 6.206.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0667	17-ene-17	754	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 6.206.000
GÓMEZ PINZON ZULETA ABOGADOS SAS	OP0683	17-ene-17	44774	Honorarios por servicios legales	\$ 104.591.702
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0728	09-feb-17	0769	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 6.206.000
TIENDA GALAXY SAS	OP0041	14-dic-15	2156	2 computadores clones	\$ 2.693.888
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0049	14-dic-15	0519	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 5.800.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0780	16-mar-17	0774	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 6.366.500
POSSE HERRERA & RUIZ SA	OP0967	24-may-17	BOG81271	Prestación de servicios	\$ 144.783.373
POSSE HERRERA & RUIZ SA	OP0967	24-may-17	BOG81272	Prestación de servicios	\$ 23.800.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0985	12-jun-17	824	Honorarios profesionales	\$ 6.366.500
CASUS SAS	OP1037	10-jul-17	19	Servicio de asesoría y acompañamiento	\$ 12.495.000
POSSE HERRERA & RUIZ SA	OP1049	10-jul-17	BOG-81684	Servicios profesionales	\$ 23.800.000

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

Proveedor	OP No.	Fecha OP	No. Factura	Concepto	Valor total
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0843	19-abr-17	0802	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 6.366.500
RISKS PROTECTION	OP0851	19-abr-17	994 2017	Expedición Póliza Espejo Vigencia Unificada 2017	\$ 9.575.428
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP1052	10-jul-17	830	Honorarios profesionales por asesoría jurídica	\$ 6.366.500
CASUS SAS	OP1255	08-nov-17	42	Servicio de asesoría y acompañamiento en el proceso de terminación y liquidación anticipada	\$ 12.495.000
SALUD RIESGOS Y RECURSOS HUMANOS CONSULTORES LTDA	OP1257	08-nov-17	BOG-0010587	Prestación de servicios para la debida diligencia en seguros	\$ 30.404.500
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0907	12-may-17	810	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 6.366.500
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0080	18-ene-16	0534	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 5.800.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0015	23-oct-15	0507	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 5.800.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0244	06-may-16	0602	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 5.800.000
TOTAL					\$ 492.240.856

En relación con este rubro el dictamen pericial precisa que:

"i) Los costos y gastos generales de administración, operación y mantenimiento verificados ascienden a la suma de \$18,667,086,841, en un total de 2364 registros, los cuales se incluye en el anexo 4 del presente dictamen."

A continuación, el dictamen enlista los principales proveedores de ese rubro y acto seguido señala:

“Frente a los mismos conceptos de este grupo, la Interventoría avaló registros por valor de \$16,932,733,369, con lo cual se tiene una diferencia por valor de \$1,734,353,472. A continuación se explica cada una de las diferencias:”

Acto seguido añade una tabla con algún comentario global sobre razones para reconocer un listado de OPs del que no se desprende un análisis o explicación de los documentos verificados. El anexo 4 del dictamen contiene una tabla en formato pdf con 2259 filas que sumadas contienen un valor total de \$18.667.086.841.

1.3. PRUEBAS REFERIDAS A LA APLICACIÓN DE LOS COMPONENTES DE LA FORMULA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO EN FASE DE CONSTRUCCION

Dado que como se ha dicho, el contrato se encontraba en fase de construcción, la fórmula de liquidación del contrato aplicable al caso es la prevista en el literal e) del precitado capítulo 18.3 a folio 296 del cuaderno de pruebas No. 1, siendo relevante volver a transcribir la referida fórmula, esta vez con la explicación de todos sus componentes:

“(e) Terminación Anticipada en Fase de Construcción

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

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

Siendo

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

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

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Donde,

$VL_{(c)}$	<p>Es el valor de la liquidación del Contrato de Concesión cuando la Terminación Anticipada se produce durante la Fase de Construcción. Este valor está expresado en Pesos del Mes $m+1$ que corresponde al Mes en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato</p>
AR_h	<p>Componente modificado por la cláusula décima tercera del Orosí No. 10 al Contrato de Concesión suscrito el 10 de julio de 2017 según se refiere en el pacto arbitral suscrito por las partes el 3 de octubre de 2018 como uno de los anexos de la reforma de la demanda que obra a folios 425 y 426 del cuaderno principal No. 1, así como en los informes de interventoría que sirvieron de insumo para la liquidación y en el acta de liquidación bilateral del contrato en el capítulo I.XII FORMULA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO folios 245 y 246 del cuaderno principal No. 2., en los cuales se indica que el componente AR_h corresponde a:</p> <p>CLAUSULA DÉCIMA TERCERA. TERMINACIÓN ANTICIPADA EN FASE DE CONSTRUCCIÓN. El componente AR_h de la Tabla de la sección 18.3 (e) de la Parte General, el cual queda así:</p> <p>Costos durante el Mes h (siempre que se traten de costos realizados hasta la terminación de la Etapa de Reversión), asociados con las actividades que haya realizado el Concesionario con anterioridad al inicio de la Etapa de Operación y Mantenimiento y que hayan sido reconocidos por ANI, en Pesos corrientes.</p> <p>Las actividades reconocidas incluyen exclusivamente aquellas relacionadas con las obligaciones del Concesionario durante la Etapa Preoperativa y hasta la terminación de la Etapa de Reversión.</p> <p>Para los Meses h posteriores a la Fecha de Inicio se reconocerán exclusivamente los costos asociados con las siguientes actividades:</p> <ul style="list-style-type: none">• Valor efectivamente desembolsado por concepto de primas de seguros y comisiones para la obtención y el mantenimiento de i) la Garantía Única de Cumplimiento, ii) la póliza de

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

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

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

	<ul style="list-style-type: none"> Valor de los Costos de Estructuración efectivamente desembolsados en el Mes h, en los términos establecidos en la Parte Especial. <p>El valor reconocido por estas actividades se definirá con base en los valores brutos (sin incluir depreciaciones, amortizaciones o valorizaciones) que corresponderán exclusivamente a los costos directos asociados con estas actividades y será establecido por las Partes de mutuo acuerdo o, en su defecto, por el Amigable Componedor, pero en todo caso su valor no podrá ser superior al consignado en los registros contables del Patrimonio Autónomo para estos rubros, registrados en los estados financieros y certificados por el Interventor."</p>
R_h	<p>Corresponde al valor de la Retribución (incluyendo la Compensación Especial, cuando sea aplicable) ajustada en el Mes h, calculada de acuerdo con la siguiente fórmula:</p> $R_h = \text{Retribución}_h * \left(\frac{1}{IC_h}\right) + D_h$ <p>R_h Retribución ajustada para el Mes h.</p> <p>Retribución$_i$= Valor de la Retribución (incluyendo la Compensación Especial, cuando sea aplicable) recibida por el Concesionario en el Mes h</p> <p>IC_h= Índice de Cumplimiento aplicado a la Retribución h</p> <p>D_h= Descuentos realizados a la Retribución h.</p>
IPC_h	IPC correspondiente al Mes h
IPC_{m+l}	IPC correspondiente al Mes inmediatamente anterior al Mes $m+l$.
TE	Tasa de descuento real expresada en términos efectivo mensual y que para efectos de esta fórmula será la que se incluye en la Parte Especial.
DyM_{m+l}	Es el valor de las Deducciones, así como de las Multas, otros Descuentos y obligaciones dinerarias pendientes de pago a cargo del Concesionario, causados hasta el momento de terminación del Contrato de Concesión, expresado en Pesos del Mes $m+l$.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

CP_{m+l}	Cláusula Penal, si es del caso su aplicación conforme a la Sección 10.5 de esta Parte General, siempre que no haya sido pagada por el Concesionario, expresada en Pesos del Mes $m+l$.
h	Cada uno de los Meses desde la suscripción del Contrato hasta el Mes m .
m	Mes en que ocurre la Terminación Anticipada del Contrato.
l	Número de Meses transcurridos desde el Mes de terminación del Contrato hasta el Mes en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato.
$OANI_{m+l}$	Obligaciones dinerarias pendiente de pago a cargo de la ANI, expresadas en Pesos del Mes $m+l$ de acuerdo con el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgos.

En relación con el componente TE, el contrato parte especial a folio 320 del cuaderno de pruebas No. 1 establece en su tabla de referencias a la parte general, lo siguiente:

18.3 (e)	(...) Cuando la Terminación Anticipada del Contrato obedezca a las causales incluidas en la Sección 17.2 (b) de la Parte General, el valor de TE expresada en términos efectivos reales mensuales será del cero punto setenta y nueve trece por ciento [0,7913%].
----------	--

A folio 303 del cuaderno de pruebas No. 1 la parte general del Contrato continua refiriendo:

“18.4 Pago de las sumas por concepto de Liquidación

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

(b) Sumas a Cargo de la ANI: Cuando de las fórmulas establecidas en la Sección 18.3 anterior surja la obligación de algún reconocimiento económico a cargo de la ANI y a favor del Concesionario, la ANI cancelará esta obligación con los saldos

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

disponibles en las cuentas y subcuentas a las que se refiere la Sección 18.2(c)(ii) de esta Parte General. Si esos recursos no fueren suficientes, la ANI contará con un plazo de mil ochocientos (1800) Días contados desde el Día Hábil siguiente a la fecha en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato para el pago del saldo. Dicha suma será cancelada en cinco (5) pagos anuales iguales, cuyo primer pago se efectuará un año después de la suscripción del Acta de Liquidación del Contrato y así sucesivamente. Sin perjuicio que las Partes acuerden un plazo y una forma de pago diferentes.

Durante el plazo de que trata el literal anterior, la suma adeudada devengará un interés remuneratorio a la tasa DTF más nueve puntos porcentuales (9%) efectivo anual, en caso de mora en los pagos se aplicará las tasas previstas en la Sección 3.7 de esta Parte General. Cada pago incorporará el valor anual del pago y los intereses remuneratorios causados, así como los intereses de mora, si a ellos hubiere lugar.

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

(d) Sumas a Cargo del Concesionario: Cuando de las fórmulas establecidas en la Sección 18.3 anterior surja la obligación de pago a cargo del Concesionario y a favor de la ANI, el Concesionario pagará esta obligación con los saldos disponibles de la Cuenta Proyecto, exceptuando los recursos de la Subcuenta Predios, Subcuenta Compensaciones Ambientales y Subcuenta Redes. Si esos saldos no son suficientes, el Concesionario tendrá un plazo de quinientos cuarenta (540) Días para pagar el remanente, contados desde el Día Hábil siguiente a la fecha en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato. Durante este período se causarán intereses remuneratorios. Vencido ese plazo se causarán intereses de mora conforme lo previsto en la Sección 3.7 de esta Parte General. La ANI dará la destinación que corresponda a los recursos pagados por el Concesionario, de conformidad con la Ley Aplicable.

18.5 Pagos en caso de controversias

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En el evento en que no haya acuerdo entre la ANI y el Concesionario en relación con los montos de la liquidación del Contrato, se harán los pagos de los montos que no se encuentren en disputa. Sobre lo demás se acudirá al Amigable Componedor²⁶. Los pagos y/o devoluciones producto de la decisión del Amigable Componedor serán cancelados en los mismos plazos y condiciones establecidos en la Sección 18.4 anterior."

En relación con la fórmula de liquidación antes transcrita, es importante referir la **explicación de dicha fórmula y de cada uno de sus componentes, consignada en el dictamen pericial elaborado por la firma Strategas Consultores SAS aportado por la Concesionaria con la reforma de la demanda** a folios 24 a 30 del cuaderno de pruebas No. 2 en los siguientes términos:

"10.1 Definición de variables

10.1.1. "VL(c)"

Es el valor de la liquidación del Contrato de Concesión cuando la Terminación Anticipada se produce durante la Fase de Construcción. Este valor está expresado en Pesos del Mes m+1 que corresponde al Mes en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato.

Para efectos del presente dictamen, el perito toma el mes de agosto de 2018 como Mes en que se suscribe el Acta de Liquidación del contrato, teniendo en cuenta que el 17 de agosto de 2018 se cumplía el término contractual para la liquidación del contrato²⁷. No obstante, lo expuesto, el valor de liquidación deberá ajustarse a la fecha efectiva de liquidación del contrato.

²⁶ Se precisa, en concordancia con lo referido en el análisis de la competencia del tribunal para proferir el presente laudo, que el 3 de octubre de 2018 las partes suscribieron pacto arbitral que obra a folios 424 a 429 del cuaderno principal No. 1, en virtud del cual "las partes acuerdan someter a arbitraje todas las controversias existentes o que pudieran presentarse con posterioridad al presente pacto, relativas o relacionadas con lo dispuesto en el Capítulo XVIII de la Parte General del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, y en general conocerá de cualquier diferencia o controversia relacionada con la liquidación del referido Contrato. El tribunal de Arbitramento sesionará en la sede del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá y el funcionamiento e integración del Tribunal se someterá a lo previsto en los literales (d), (e), (f), (g), (h), (i), (j) y (k) de la Sección 15.2 de la Parte General del Contrato de Concesión, y de ninguna manera el presente acuerdo se entiende como una derogatoria de dicha sección".

²⁷ Según el numeral 18.1 de la parte general del contrato, el contrato se liquidará en un término máximo de ciento ochenta (180) Días contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de Reversión.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

10.1.2. "ARh"

(...)

10.1.3. "Rh"

Corresponde al valor de la Retribución (incluyendo la Compensación Especial, cuando sea aplicable) ajustada en el Mes h.

No hay lugar a la estimación de la variable "Rh", debido a que el Concesionario no ha tenido retribución por recaudo de peajes o explotación comercial, y que no suscribieron Actas de Terminación de Unidad Funcional.

10.1.4. "IPCh"

Corresponde al IPC del Mes h.

En el anexo 2 de soportes de información se adjunta los índices IPC utilizados en la fórmula de liquidación del contrato para cada uno de los meses h, es decir para los meses entre junio de 2015 y agosto de 2018.

10.1.5. "IPCm+l"

Corresponde al IPC del Mes inmediatamente anterior al Mes m+l.

Teniendo en cuenta que el mes m+l es agosto de 2018 el IPCm+l es el IPC de julio de 2018.

10.1.6. "TE"

Es la Tasa de descuento real expresada en términos efectivo mensual y que para efectos de esta fórmula será la que se incluye en la Parte Especial.

De acuerdo con el capítulo II del contrato parte especial: "Cuando la Terminación Anticipada del Contrato obedezca a las causales incluidas en la Sección 17.2 (b) de la Parte General, el valor de TE expresada en términos efectivos reales mensuales será del cero punto setenta y nueve trece por ciento [0,7913%]."

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En este orden, para efectos de estimar el valor de liquidación del contrato, él TE es 0,7913%, tasa expresada en términos efectivos reales mensuales.

10.1.7 "DyMm+l"

Corresponde al valor de las deducciones, así como de las Multas, otros Descuentos y obligaciones dineradas pendientes de pago a cargo del Concesionario, causados hasta el momento de terminación del Contrato de Concesión, expresado en Pesos del Mes m+l.

Teniendo en cuenta que el Concesionario no fue objeto de multas, descuentos y no tiene obligaciones dineradas pendientes, no hay lugar a la aplicación de este concepto.

10.1.8."CPm+l"

Corresponde a la cláusula penal, si es del caso su aplicación conforme a la Sección 10.5 de esta Parte General, siempre que no haya sido pagada por el Concesionario, expresada en Pesos del Mes m+l.

Teniendo en cuenta que el concesionario no fue requerido por la entidad contratante tratante para el pago de la pena pecuniaria de acuerdo con lo previsto en la Sección 10.5 de la parte General del contrato, no hay lugar a la aplicación de este concepto.

10.1.9. "h"

Es cada uno de los meses desde la suscripción del Contrato hasta el Mes m. Son los meses entre junio de 2015 y agosto de 2018.

10.1.10. "m"

Es el mes en que ocurre la Terminación Anticipada del Contrato.

Teniendo en cuenta que la fecha de terminación del contrato fue el 17 de febrero de 2018, m es febrero de 2018

10.1.11 "I"

Es el número de meses transcurridos desde el mes de terminación del Contrato hasta el Mes en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato.

Teniendo en cuenta que la fecha de terminación del contrato fue el 17 de febrero de 2018, la fecha de liquidación se considera a los síes meses, es decir el 17 de agosto de 2018.

10.1.12 "OANIm+I"

Son las obligaciones dinerarias pendiente de pago a cargo de la ANI, expresadas en Pesos del Mes m+I de acuerdo con el Acta de Cálculo de la Compensación por Riesgos.

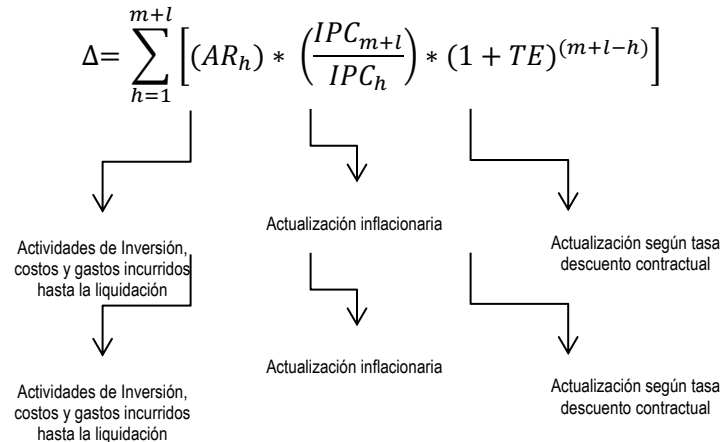
Teniendo en cuenta que no existen obligaciones dineradas a cargo de la ANI por Compensación por Riesgos, no hay lugar a la aplicación de este concepto.

"10.1.13 Conclusión

Teniendo en cuenta lo expuesto, la fórmula para estimar liquidación del Contrato de Concesión por terminación anticipada durante la Fase de Construcción, para el caso en que las causas no son imputables a ninguna de las partes, se simplifica así:

$$VL_{(c)} = \Delta$$

Siendo



TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En la exposición efectuada por el ingeniero **EDGAR ENRIQUE VILLOTA LEGUIZAMÓN** en representación de la firma que elaboró el dictamen pericial, se refirió a los componentes de la fórmula de liquidación anticipada del contrato en los siguientes términos:

“SR. VILLOTA: En la segunda parte del contrato estamos básicamente aplicando la fórmula de terminación anticipada del contrato, aquí yo hago una pequeña descripción de lo que es la fórmula del contrato, la fórmula contempla básicamente los costos que están reconociéndose, los ingresos recibidos en caso de que se hubiesen recibido ingresos, que en este caso no aplica, está un componente de actualización inflacionaria, o sea, de corrección monetaria de la moneda y está una actualización por una tasa de descuento que está establecida contractualmente.

Los elementos que están en rojo aquí son elementos, están en rojo porque no aplican para efectos de esta fórmula, por qué, porque como les dije no tenemos ingresos, no tenemos multas, no tenemos cláusula penal y no tenemos obligaciones pendientes de nadie, entonces de alguna manera la fórmula está referida básicamente a los costos que permite reconocer el numeral 183E del contrato y la actualización inflacionaria y la actualización o el ajuste por tasa de descuento.”

(...)

DR. F. PINZÓN: Ingeniero en las respuestas que usted ha dado en precedencia ante las múltiples preguntas que le han hecho no solamente el panel arbitral sino el apoderado de la entidad pública convocada, usted dijo que la fórmula de determinación anticipada lo que busca es que el concesionario recupere los costos en que efectivamente incurrió.

Le hago la siguiente pregunta: eso quiere decir que la fórmula no involucra ningún concepto de rentabilidad o utilidad esperada por el concesionario y que se vio frustrada por la terminación anticipada en cuanto a esos costos a reconocer?

SR. VILLOTA: No, la fórmula contempla un concepto que se llama el TRE que ahí está explicado y los ilustro: ella permite que esos costos tenga 2 tipos de

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

reconocimientos, uno, inflacionario, o sea, por corrección monetaria y, uno, por tasa de descuento.

Por qué lo considera así, porque la tasa que incorporó en el contrato es una tasa real, o sea, una tasa desprovista de inflación, entonces por esa razón sobre los costos está el tema, sobre los costos desde su momento de su causación hasta el momento en que de acuerdo con el contrato se deban reconocer, se reconoce una tasa."

Mediante **Comunicación 20184090503012 de 22 de mayo de 2018 que obra en la carpeta digital No. 43** de la USB contentiva de los anexos de la reforma de la demanda a folio 2 del cuaderno de pruebas No. 2, el concesionario explica los componentes de la fórmula así:

"En razón de todo lo expuesto, a continuación, se procede a explicar los componentes de la fórmula de liquidación que proponemos sean reconocidos en esta primera liquidación parcial, sin embargo, nos parece oportuno precisar la fórmula de liquidación aplicable:

(...)

1. AR_h

De acuerdo con la explicación de la fórmula este corresponde a los Costos durante el Mes h (siempre que se traten de costos realizados hasta la terminación de la Etapa de Reversión), asociados con las actividades que haya realizado el Concesionario con anterioridad al inicio de la Etapa de Operación y Mantenimiento y que hayan sido reconocidos por ANI, en Pesos corrientes. Sobre estos Costos a continuación proponemos para efectos de la Liquidación los siguientes:

(...)

7. R_h

Como el Concesionario no alcanzó el inicio de la Etapa de Operación y Mantenimiento, ni tampoco se llegó a suscribir ninguna Acta de Terminación de

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Unidad Funcional o Acta de Terminación Parcial de Unidad Funcional, no alcanzó a tener derecho a la Retribución o Compensación Especial, por lo cual este componente de la fórmula es CERO.

8. IPC_h

Para los efectos de la fórmula de liquidación este corresponde a certificado por el DANE para cada uno de los Meses desde la suscripción del Contrato y hasta el Mes m , que corresponde a Mes en que ocurre la Terminación Anticipada del Contrato, siendo este el IPC vigente para el Mes de febrero, por ser este el mes en el que se suscribe el Acta de Reversión, siendo este el momento de la terminación del Contrato, tal y como lo dispone la Sección 17.1 y 18.2(a) de la Parte General.

Se anexa tabla obtenida de la página oficial del DAÑE en la que se identifica el IPC desde el mes de julio de 2015 (mes en el que inicia el Contrato con su suscripción) y el mes de febrero de 2018 (mes en que ocurre la Terminación Anticipada).

9. iPC_{m+i}

Para los efectos de la fórmula de liquidación este corresponde a certificado por el DANE para cada uno de los Meses desde la suscripción del Acta de Reversión, siendo esta la causa de la Terminación Anticipada del Contrato, como se explicó en el punto anterior, y el mes i que corresponde al Mes en que se suscriba la Liquidación del Contrato.

Si el mes en que suscribimos la liquidación es el mes de Mayo, se presenta el efecto de la variación del mes en que se suscribe el Acta de Reversión, y el IPC vigente para el mes de mayo, el cual corresponde al mes de abril, sin embargo, si la liquidación no se suscribe en el presente mes, este componente de la fórmula será recalculado con el nuevo IPC de la fecha de liquidación.

10. TE

Para los efectos de la fórmula de liquidación, la TE (tasa de descuento real expresada en términos efectivo mensual) corresponde a cero punto setenta y

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

nueve trece por ciento (0,7913%), tal y como lo describe el numeral 18.3(e) de la TABLA DE REFERENCIAS A LA PARTE GENERAL, descrito en el Capítulo II de la Parte Especial del Contrato de Concesión; esto por cuanto la causal de Terminación Anticipada del Contrato es la señalada en la Sección 17.2(b)(iii) y (iv) de la Parte General, tal y como se definió en la declaración PRIMERA del Acta de Ocurrencia de una causal de Terminación Anticipada del Contrato, suscrita por las partes e Interventoría el 10 de julio de 2017:

PRIMERO. Las Partes aceptan la ocurrencia de la causal de Terminación Anticipada del Contrato prevista en la Sección 17.2 (b) (iii) y (iv), consistente en la ocurrencia del evento previsto en la Sección 3.4 (g) (i) por un término superior al establecido en la Sección 3.4(h) (iii), considerando que no fue posible la operación de la Estación de Peaje de Río Seco desde el día 16 de febrero de 2017, materializándose un riesgo a cargo de la ANI que no puede ser compensado mediante los Mecanismos para la Compensación del Riesgo establecidos en la Sección 3.2 de la Parte General, toda vez que se comprobó la insuficiencia de estos.

11. DyM_{m+i}

Para efectos del presente Contrato y al momento del Acta de Reversión, el Concesionario no ha sido sujeto de imposición de Deducciones, Multas, otros Descuentos u obligaciones dineradas pendientes de pago, por lo cual este valor corresponde a CERO.

12. CP_{m+i}

Para efectos del presente Contrato y al momento del Acta de Reversión, no existe obligación del Concesionario por concepto de pago de la Cláusula Penal pactada en la Sección 10.5 de la Parte General, esto por cuanto a la fecha no se ha hecho ejercicio de dicha cláusula, por lo cual este valor corresponde a CERO.

13. $OANI_{m+i}$

En relación con las Actas de Compensación de Riesgos suscritas entre las Partes con el fin de compensar el menor ingreso del Recaudo de Peaje por conceptos

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

de no aplicación de la Resolución 1919 de 2015 desde la Fecha de Inicio del Contrato (estructura tarifaria del Contrato), y la aplicación de las tarifas diferenciales en la Estación de Peaje de San Juan, los valores reconocidos en estas actas no cumplieron la condición para el pago a favor del Concesionario. En este sentido estas actas pierden su vigencia y las mismas no serán consideradas en la fórmula de liquidación de acuerdo con lo expuesto este valor en CERO."

Precisados y explicados los componentes de la fórmula que corresponde aplicar al Tribunal, debe rememorarse cuáles son las interpretaciones diversas que tienen las partes para efectos de la aplicación de la fórmula. Es así como **en el capítulo XIII del Acta de Liquidación Bilateral**, según se evidencia a folios 254 y siguientes del cuaderno principal No. 2 así:

"XIII. CONTROVERSIA EN LA APLICACIÓN DE LOS COMPONENTES DE LA FÓRMULA DE LIQUIDACIÓN

Aunque en el proceso arbitral que hoy en día cursa ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, las Partes han brindado y continuarán fortaleciendo los argumentos que sustentan la controversia existente entre ellas, brevemente se dejará constancia de la misma respecto de la aplicación de los componentes de la fórmula de liquidación que corresponden a $\left(\frac{IPC_{m+l}}{IPC_h}\right) y (1 + TE)^{(m+l-h)}$, de la siguiente manera:

-Para el Concesionario el Mes h aplicable a las variables AR_h , IPC y TE y que determina la fecha de inicio de aplicación de la fórmula de liquidación prevista en la Sección 18.3 (e) de la Parte General del Contrato, corresponde a la fecha en que se haya registrado cada una de las facturas en el Patrimonio Autónomo es decir al momento de su causación, al paso que la ANI y el Interventor consideran que corresponde a la fecha en que se hizo el pago efectivo de cada una de las mismas.

-Para el Concesionario el Mes l aplicable a las variables IPC y TE descritos dentro del Δ de la fórmula de liquidación prevista en la Sección 18.3 (e) de la Parte General del Contrato, debe aplicarse hasta el Mes en que efectivamente se suscriba el Acta de Liquidación, al paso que la ANI considera que dicha fórmula debe aplicarse hasta el Mes de agosto de 2018, mes en que se pactó la

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

suscripción del Acta de Liquidación bilateral y, desde septiembre de 2018 en adelante, únicamente se debe reconocer IPC."

En la precitada **comunicación 20183000277891 del 27 de agosto de 2018 que obra en el archivo digital No. 10** del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI, la ANI señaló las razones sobre las que considera que el mes I debe corresponder al periodo contractual para liquidar el contrato.

"2. Llamado al Concesionario para la continuidad en la entrega de soportes

Mediante comunicación con radicado ANI 20184090757442 del 27 de julio de 2018 el Concesionario indica, entre otros, lo siguiente: "dada la proximidad del vencimiento del plazo para la liquidación bilateral, la necesidad que tiene la Interventoría de realizar un estudio de toda la información adicional entregada por el Concesionario mediante correos electrónicos, teniendo en cuenta que la Interventoría debe emitir un concepto sobre lo verificado, y el tiempo que requiere el Concedente para el estudio de dicho concepto, este Concesionario manifiesta a la Interventoría y al Concedente que no entregará más documentación al nivel de detalle solicitado por la Interventoría porque, se reitera, con la información entregada y las certificaciones se cumple lo preceptuado por el Contrato de Concesión". Al respecto:

*Cuando en la Parte General del Contrato se establece que el valor reconocido en el componente ARh **"no podrá ser superior al consignado en los registros contables del Patrimonio Autónomo para estos rubros"**, es claro que puede ser inferior y que lo consignado en los registros contables, certificado por la Fiduciaria, no es el único elemento probatorio para soportar la liquidación, sino que fue convenido por las Partes como límite máximo a reconocer para cada uno de los componentes.*

Ahora bien, es claro que el Contrato no enlista o detalla los soportes con los cuales podrá el Interventor validar las cifras pretendidas por el Concesionario, no obstante, aquél tiene la facultad de pedir información dentro de un grado de razonabilidad y necesidad suficiente, ya que no se pueden destinar recursos públicos al cubrimiento de valores inciertos o injustificados. En el Informe que el Interventor entregó el día 13 de agosto de 2018, aquél evidencia que

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

aproximadamente un cuarenta por ciento (40%) de los registros no pudieron ser validados debido a la ausencia de soportes; de esta manera, aunque comprendemos que su decisión de no continuar entregándolos tiene un sustento que solicitarán sea dirimido o reconocido por un tercero en una controversia, lo cierto es que tal proceder afectaría el valor final de la liquidación, ya que implicaría aguardar los resultados de los mecanismos alternativos de solución de conflictos para obtener estos soportes, con el consecuente incremento que representa la aplicación de la fórmula de liquidación diferida en el tiempo.

A partir del recibo de soportes remitidos por ustedes, con los cuales el interventor informó haber validado aproximadamente un sesenta por ciento (60%) de los registros, nos permitimos trasladar el Informe del Interventor allegado a través de Rad. 20184090818872 del 13 de agosto de 2018, con el fin de que evalúe con mayor detenimiento lo solicitado por aquél, y verifique si tiene a su disposición la información requerida por la Interventoría para que pueda suministrarla. Reconsiderar su decisión de no hacer entrega de más soportes para la liquidación, garantizaría al Interventor la posibilidad de revisar de fondo su propuesta sobre el 100% de los rubros presentados, toda vez que como se mencionó anteriormente, a la fecha existe aproximadamente un 40% de registros sobre los cuales no le ha sido posible hacer su verificación de fondo por ausencia de soportes.

En caso de que ratifique no hacer entrega de los soportes requeridos, de antemano la Agencia manifiesta que si el tercero que eventualmente dirima la controversia decreta una prueba en la cual revele o entregue la información que ya ha solicitado el Interventor, y con base en la misma decide su reconocimiento, la entidad se reserva el derecho de solicitar al tercero no reconocer dentro de la actualización de la fórmula de liquidación los componentes IPC y TE para el(los) respectivo(s) registro(s) contable(s), ya que hubieran podido haberse reconocido en el acta de liquidación bilateral si hubieran sido aportados en estos momentos."

A su turno, es importante referir que **la Interventoría no compartió la posición asumida por las partes frente a la falta de aplicación de los demás componentes de la fórmula de liquidación** tal y como se consignó en la Cláusula Vigésima Segunda del Acta de Liquidación Bilateral, que obra a folios 257 y siguientes del cuaderno principal No. 2:

“CLÁUSULA VIGESIMA SEGUNDA. OBSERVACIONES DE LA INTERVENTORÍA Y

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

RESPUESTA DE LAS PARTES:

A) La interventoría se permite poner de presente las siguientes observaciones: El capítulo XVIII de la parte general del Contrato de Concesión, establece el marco dentro del cual debe adelantarse la liquidación. En ese sentido, la Sección (18.3) literal (a) numeral (ii) dispone que: En caso en que ocurra la Terminación Anticipada del Contrato, se causarán los pagos entre las partes que resulten de las fórmulas incluidas en dicha sección.

En concordancia con lo anterior, dispone el literal (c) de la sección (18.3) antes anotada, que para efectos de calcular el valor de la liquidación del Contrato, se causarán los pagos entre las Partes que resulten de las fórmulas incluidas en la sección anotada. En ese sentido, indica el literal (e) de la misma Sección, que si se produce la Terminación Anticipada del Contrato durante la Fase de Construcción, se procederá a establecer el valor de la liquidación del Contrato de Concesión, mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

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

Siendo

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

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

Así, de conformidad con lo estipulado en el contrato, en entendimiento de esta Interventoría, los componentes que se hacen parte de la fórmula de liquidación indicada en la Sección 18.3 del Contrato, deben aplicarse en su integralidad de la siguiente forma:

- DyM_{m+l} : Deducciones: Multas, descuentos y obligaciones. No se presentan cargos por este concepto en la ejecución del desarrollo del contrato.
- CP_{m+l} : Cláusula Penal. No se presentan cargos por este concepto.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

- $O A N / m +$: Obligaciones pendientes de pago ANI de compensación por Riesgos. No se presentan cargos por este concepto en la ejecución del desarrollo del contrato.
- A : Corresponde a la sumatoria de los costos directos asociados menos el valor de la retribución, ajustada en el mes del desembolso, con la indexación del IPC y el reconocimiento de la tasa de descuento.
- AR_h : Corresponde a los costos durante el Mes h (siempre que se traten de costos realizados hasta la Etapa de reversión), asociados con las actividades realizadas por el Concesionario en la etapa de construcción, expresado en pesos corrientes, registrado en el Patrimonio Autónomo y certificados por el Interventor por un monto de \$85.840.751.774 de conformidad con la metodología empleada y acogida por las partes (ANI-Concesionario) y/o al valor reconocido en la presente acta, con o sin salvedades, por un monto de \$85.235.649.395.

Para la aplicación de este componente dentro de la fórmula de liquidación y según lo establecido en la sección 18.3 (e), se reconocerá exclusivamente el "Valor efectivamente desembolsado por concepto de: primas de seguros, costos de operación y mantenimiento, valor de estudios y diseños, aportes a las subcuentas, costos de gestión predial y ambiental, valor de las intervenciones, comisiones y otros pagos; en el mes en que efectivamente se realice el desembolso. De esta manera, la certificación de la Interventoría del componente AR_h , registró para cada mes desde la suscripción del contrato, los costos validados a partir de la certificación de la Fiduciaria y su informe de pagos, es decir, que se tomó como fecha para cada costo reconocido en el AR_h , la fecha de pago de cada una de las ordenes de operación reportada por la Fiduciaria.

- R_h : Valor de la retribución recibida por el concesionario. No se presentan cargos por este concepto.
- IPC_h : IPC correspondiente al mes h . El IPC para cada uno de los meses corresponde al publicado por el DAÑE, para los meses entre la fecha de suscripción del contrato y el mes de la fecha del Acta de liquidación.
- IPC_{m+l} : IPC correspondiente al mes inmediatamente anterior al Mes $m + l$.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Corresponde al IPC del mes inmediatamente anterior a la fecha en la que se firma el Acta de liquidación. Con este IPC, se calcularán los factores de indexación para cada uno de los valores a aplicar a la fórmula.

- *TE: Tasa de descuento real expresada en términos efectivos mensual, definida para este contrato en la Parte Especial, con un valor de 0,7913%. Esta variable de la fórmula de liquidación es parte del componente A (delta), descrito en este capítulo anteriormente, con el cual se calcula el factor $(1 + TE)^{(m+l-h)}$, que está en función de las variables m, l y h, las cuales se definen a continuación:*
- *m: Corresponde al mes que ocurre la terminación anticipada, esto es, febrero de 2018.*
- *h: Corresponde a cada uno de los meses desde la suscripción del contrato hasta el Mes m.*
- *l: Número de meses transcurridos desde el mes de terminación del contrato hasta el mes que se suscriba el Acta de liquidación del Contrato.*

CONCLUSIONES:

A partir de lo anterior, la Interventoría señala que:

- ✓ *La aplicación precisa de la fórmula matemática de liquidación, se impone para el caso de terminación anticipada del contrato, no solamente porque así lo acordaron las partes en el Contrato de Concesión, sino porque la observancia y aplicación de dicha fórmula, lo impone un mandato legal establecido tanto en la Ley 1508 de 2012 -artículo 32, modificado por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018-, como en la Ley 1682 de 2013 -artículo 13-*
- ✓ *En los términos anteriormente descritos, en criterio de la Interventoría, la única forma para liquidar efectivamente el contrato y así establecer el valor de la liquidación de conformidad con lo establecido en el mismo, es aplicando en la presente acta todos y cada uno de los componentes que integran la fórmula consagrada en el literal (e) de la Sección 18.3.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

- ✓ *El reconocimiento de algunos y no todos los componentes contemplados en la fórmula de liquidación en la fase de construcción, que dicho sea de paso, son variables contractuales, de conformidad con lo previsto en la Ley, conllevaría a que la presente liquidación resultare inane, toda vez que quedarían elementos de la fórmula sin reconocimiento, llevando a que no se cumpla el objeto de la liquidación, que es el finiquito o balance final del negocio jurídico celebrado.*

- ✓ *Si bien es cierto de conformidad con lo estipulado en la cláusula décimo novena del presente documento, existe una controversia entre la ANI y el concesionario, respecto de la aplicación de los componentes de la fórmula de liquidación que corresponden a $\left(\frac{IPC_{m+l}}{IPC_h}\right) * (1 + TE)^{(m+l-h)}$, no lo es menos que, en criterio de la Interventoría, para liquidar efectivamente el contrato en la presente acta, la Agencia debía aplicar cada uno de los elementos que la componen de conformidad con su entendimiento, permitiéndole consecuentemente al Concesionario incorporar las salvedades que a bien tenga respecto de dicho procedimiento.*

- ✓ *La certificación emitida por el Interventor, refleja el costo de las actividades relacionadas con la variable ARh que pudo verificar de conformidad con la metodología empleada para el efecto; anotándose, que no pudo certificar más costos ante la imposibilidad de obtener mayor información por parte de la Fiduciaria y del Concesionario en virtud de la negativa de este último a remitir mayor documentación como consta en radicado 39CCG001-20180727000219 del 27 de julio del año en curso, teniendo en cuenta la etapa de cierre de la liquidación.*

Pese a la posición de la Interventoría, las partes liquidaron el contrato sin aplicación de la fórmula, pero dejando claridad y salvedades sobre las interpretaciones para la referida aplicación y, en **el literal B) de la misma Cláusula Vigésima Segunda del acta de liquidación bilateral** (reverso del folio 258 y folio 259 del cuaderno principal No. 2), manifiestan su posición frente a las precisiones efectuadas por la Interventoría:

“B) POSICIÓN DE LAS PARTES (ANI Y CONCESIÓN CESAR - GUAJIRA S.A.S) EN RELACIÓN CON LAS OBSERVACIONES DE LA INTERVENTORÍA:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Las Partes manifiestan que a pesar de las observaciones de la Interventoría consignadas en el literal a) de la presente cláusula, la presente Acta que aquí se suscribe cumple con todos los requisitos legales y el acatamiento del desarrollo jurisprudencial²⁸, en tanto se trata de un acta de liquidación bilateral con salvedades, es decir, se resuelve sobre los asuntos en los que las Partes encuentran coincidencia y se dejará al trámite y/o resultado del proceso arbitral descrito en el numeral I.V de la presente acta, todos los asuntos que quedan bajo controversia en los términos descritos en la CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA "CONTROVERSIAS, RECLAMACIONES PENDIENTES Y SALVEDADES". Adicionalmente, las Partes están haciendo uso legítimo de los mecanismos previstos por el legislador para dar solución a las controversias que se presentan y, en aplicación

²⁸ Sobre la Liquidación bilateral con salvedades ha dicho el Consejo de Estado lo siguiente:

(1) "En reiteradas providencias emanadas de la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha considerado que en aquellos casos en los cuales el contrato se liquida por mutuo acuerdo entre las partes, el documento en que se plasma dicho acto contiene un consenso acerca de los datos y valores allí establecidos y no puede ser controvertido posteriormente por vía jurisdiccional, salvo en los siguientes puntos: i) en los aspectos que hayan sido materia de *salvedad expresa* o ii) en aquellas partidas en relación con las cuales pueda probarse un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). El contenido del acta de liquidación bilateral del contrato reviste *obligatoriedad para las partes y no puede ser desestimado en los estrados judiciales toda vez que con ella se desarrolla la obligación legal de establecer el finiquito de la cuenta contractual, de conformidad con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, el cual se impone como *real general en los contratos de tracto sucesivo cuando se rigen por la referida ley*". (Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera- Subsección A, de 13 de abril de 2016, C.P. Martha Nubia Velásquez Rico, Radicado 26000-23-26-000-2007-00622-01).*

(2) "Sobre los requisitos que deben cumplir las observaciones que se dejen en el acta de liquidación bilateral del contrato se ha dicho: De modo que los requisitos de las inconformidades que se deben incluir en el documento de liquidación bilateral, son las (sici) siguientes: i) es preciso que se identifiquen de manera adecuada y clara los problemas o circunstancia que le sirven de fundamento fáctico a la reclamación. Es decir, que se indiquen cuáles son los motivos en los que se estructura esa glosa, ii) La inconformidad debe ser señalada de manera expresa, clara, concreta y específica; por lo tanto, no son válidas salvedades genéricas que no especifiquen de forma puntual el tópic o la materia sobre la que recaen las mismas, iii) Es preciso que se incluya al menos una breve consideración sobre las razones que dan soporte a la reclamación, sin que ello suponga la necesidad de incluir argumentos de índole técnica o jurídica, pero sí al menos las razones o fundamentos por los que se considera que es viable la *salvedad*" (Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera- Subsección A, de 7 de diciembre de 2016, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Radicado 25000-23-26-000-2002-01913-01)

(3) "Así las cosas, en atención a la buena fe los co contratantes tienen el deber de informar a la otra parte, de manera clara y específica, aquellas inconformidades y situaciones que pretende que se le reconozcan, mencionando los motivos o razones que lo llevan a reclamar y haciendo las salvedades del caso si ellas no fueren atendidas o aceptadas, dentro del acta de liquidación bilateral (...) Finalmente, si la verdadera naturaleza jurídica de la liquidación bilateral o de mutuo acuerdo es la de ser un negocio jurídico que extingue la relación contractual preexistente, forzoso es concluir que ése momento configura la última oportunidad de las partes para manifestar su inconformidad, realizando las observaciones, reclamos o salvedades a las que haya lugar, pues de lo contrario se entendería que se encuentran conformes con ello y no pretenden posteriormente iniciar una acción para solicitar que se les reconozcan unas sumas que no reclamaron en la oportunidad debida". (Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera- Subsección C, de 29 de enero de 2018, C.P. Jaime Santofimio Gamboa, Radicado 680012333000201300118 01)

(4) De igual manera, en sede de arbitramento se cuenta con el Laudo del Tribunal de Arbitramento de GRUPO EMPRESARIAL VIAS BOGOTÁ S.A.S. contra EL INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU y LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A., de fecha 28 de abril de 2017 en el cual se manifestó: "siguiendo las orientaciones que ha establecido la reiterada jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, según se deja señalado, es claro entonces que en un caso como el que ocupa la atención de este Tribunal, *las únicas pretensiones que podrían ser examinadas en sede judicial o arbitral son aquellas que correspondan a las precisas y expresas salvedades que la parte Convocante hubiere consignado en el correspondiente Acta de Liquidación bilateral*".

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

de la normativa descrita al inicio de la presente Acta, han sentado sus acuerdos y diferencias, recordándose precisamente que la naturaleza misma de bilateralidad que goza el presente documento hace plenamente válido que, tras los múltiples esfuerzos efectuados por las Partes para alcanzar un consenso, estos se plasmen como en efecto se ha hecho en la presente Acta, sin que exista sustento alguno para desconocer el derecho de las Partes a acceder a la administración de justicia en todo aquello en lo que no alcanzaron un consenso²⁹.

Las Partes (ANI Y CONCESIÓN CESAR - GUAJIRA S.A.S) manifiestan que en la presente acta no se está inaplicando la fórmula de liquidación contenida en la Sección 18.3(e) de la Parte General "Terminación Anticipada en Fase de Construcción", sino que entienden las Partes que se dejará al trámite y/o al resultado del proceso arbitral en curso la decisión final sobre la aplicación de algunos componentes de la fórmula, dada la discrepancia en la interpretación de cómo y en qué periodo deben aplicarse. A esta controversia que está plenamente identificada en el numeral II.II del acta, se suman las diferencias sobre el reconocimiento de los costos del ARh y de los costos de estructuración, dejando claro que estas controversias seguirán su proceso a instancias del proceso arbitral como se describe en la cláusula DÉCIMO NOVENA de la presente acta.

Respecto a las cifras reconocidas al Concesionario a través de la presente acta, éstas se basan en la Certificación de la variable ARh emitida por la Interventoría el 30 de octubre de 2018, sin embargo, no se reconocen algunos costos asociados a Órdenes de Operación sobre los cuales se presentan dudas por parte de la Agencia, y las cuales fueron expuestas a la Interventoría a través de:

- Comunicación con Rad. ANI No. 20183000413271 del 11 de diciembre de 2018, respecto al reconocimiento de \$492.240.856 del Componente Operación y Mantenimiento.
- Correo electrónico del 16 de noviembre de 2018, enviado por la Gerencia Predial.

²⁹ "Lo jurisprudencia de este Corte ha sostenido de manera reiterada que el derecho a acceder a la justicia es un derecho fundamental que, además, forma parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso, y tiene un significado múltiple que comprende contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones" Corte Constitucional, sentencia C-22/13.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Consultada sobre la posición de la Interventoría frente a la aplicación de los demás componentes de la fórmula de liquidación, **la testigo MARITZA CUBILLOS PRADA (profesional financiera de la Interventoría)** señaló:

“DRA. MIER: Hay fórmula de liquidación para la terminación anticipada en fase de construcción?”

Señora cubillos: ... sí

DRA. MIER: Cree?

SRA. CUBILLOS: Es que no... Sí, señora, sí, hay.

DRA. MIER: Esa fue la que aplicaron?

SRA. CUBILLOS: ...

DRA. MIER: Segura?

SRA. CUBILLOS: La aplicación de la fórmula primero, es una situación que se da entre la ANI y el concesionario, además es una de las observaciones al acta de liquidación porque la aplicación de la fórmula, nosotros lo que hacemos es certificarle el AR, y el AR está debidamente certificado y validado por el ejercicio que hicimos nosotros.

DRA. MIER: Es decir, ustedes no revisaron que se estuviera aplicando la fórmula total si no solamente la AR.

SRA. CUBILLOS: No, nosotros como producto entregamos el AR, como obligación contractual, que es lo que dispone el contrato y es que la interventoría debe certificar los costos y gastos asociados al proyecto desde el componente de la fórmula AR. Sin embargo, en ninguna parte está establecido que el interventor haga la revisión de la liquidación del contrato, además cuando la liquidación no la firma el interventor.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

DRA. MIER: *Sí, yo sé lo que dice el contrato, la pregunta es muy concreta, si ustedes la aplicaron o no.*

SRA. CUBILLOS: *¿Qué quiere decir con que la aplicamos?, ¿revisamos la fórmula?*

DRA. MIER: *Sí, ustedes revisaron la fórmula ...(interpelado)*

SRA. CUBILLOS: *Sí, muchas veces hicimos ejercicios, de hecho en los archivos que hay en los anexos del informe de liquidación hay uno particularmente que se llama base final liquidación de la fórmula, y ahí, a manera ejercicio, porque vuelvo e insisto, la liquidación del contrato sólo se da con la firma del acta de liquidación, es un aspecto en el cual sencillamente las partes acuerdan cuál es el valor de la liquidación, y si la pregunta es si la fórmula alguna vez fue revisada por nosotros, sí, claro, muchas veces a manera de ejercicio, muchas veces.*

DRA. MIER: *Y se cumplió con la fórmula integralmente o acudieron a otros elementos para la liquidación?*

SRA. CUBILLOS: *No entiendo a qué se refiere.*

DRA. MIER: *Es muy concreta, si cumplió integralmente la fórmula de liquidación prevista en el contrato por la interventoría, la ANI y el concesionario, en lo que firmaron, en la liquidación del contrato, si se cumplió integralmente la fórmula o se acudieron a otros elementos.*

DR. GALLEGO: *Presidente, ya ella contestó que ella no había firmado la liquidación del contrato.*

DRA. MIER: *A ver, la interventoría firma la liquidación del contrato y ella dice que ella revisó, entonces que diga que no sabe.*

DR. ÁLVAREZ: *A ver, es una pregunta interesante en el sentido, el Tribunal ahí toma la iniciativa de preguntar, ¿ustedes firmaron el acta de liquidación?*

SRA. CUBILLOS: *Nos pidieron firmar el acta de liquidación en la cual, frente a la fórmula de liquidación, si bien es cierto una obligación que como está dispuesto en el contrato, acuerden las partes, que es una etapa posterior a la certificación*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

del AR, cuando se hace la aplicación de la fórmula el concesionario y la ANI consideran que la fórmula, y está escrito en el acta de esa manera, porque no me acuerdo del texto completamente, vuelvo e insisto, yo no escribo el texto, lo que recuerdo como tal es que dice que no están de acuerdo en la aplicación de la fórmula la ANI y el concesionario.

Frente a eso, nosotros como interventoría lo que dijimos es, consideramos que no existe liquidación si no hay aplicación de la fórmula, sin embargo la forma en que aplicaron, entonces eso fue una de las muchas reuniones que se dieron, la forma o la explicación tanto del concesionario como de la ANI, y quiero ser súper clara, tanto del concesionario como de la ANI, era que la fórmula sí se aplicaba, solamente que se ponían unos valores de cierta manera. O sea, unos valores que finalmente daban rubro dentro de la fórmula que no alteraba ese valor del AR, por lo tanto se hizo la aplicación de la fórmula frente al entendimiento, vuelvo e insisto, no sé si sea el concepto o no, el entendimiento del concesionario y de la ANI.

Lo que como interventoría dijimos es que considerábamos que debería haber una posición clara, porque la diferencia era entre el momento de reconocimiento de cada gasto, por lo tanto lo que nosotros dijimos es fácil de tomar una posición y que puede ser también una controversia posterior, es decir, causación o pago, también es un concepto contable, si los gastos se registran en el momento de la causación o se registra en el momento del pago.

Frente a eso lo que dijimos es que nosotros creíamos que la fórmula no se había dado aplicación, sin embargo, lo que decían las partes del contrato, es decir, el concesionario y la ANI, es que la fórmula se había aplicado bajo esos supuestos, y así estaba y así quedó el acta de liquidación.

DR. ÁLVAREZ: Y en qué documentos ustedes dejaron?

SRA. CUBILLOS: En el texto del acta de liquidación."

Sobre el mismo tema, el testigo Alfredo Coral Triviño (Director Jurídico de la interventoría), refirió:

"DRA. PRADA: Quisiera preguntarle: si en el acta de liquidación bilateral que suscribieron las partes el concepto que dio la interventoría fue totalmente

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

acogido por la ANI? O sea, en cuanto a los componentes del AR_h y en cuando a la ampliación de los demás elementos de la fórmula de liquidación?

SR. CORAL: Es una buena pregunta, como lo dije hace un rato nosotros como interventoría no estuvimos de acuerdo con el acta de liquidación y dejamos una salvedades, por cuanto consideramos que el contrato no se había liquidado porque como bien rezaba el contrato para que se liquidara tenía que haberse aplicado la fórmula completa.

El AR_i o los costos directos asociados eran un componente de la fórmula, pero la fórmula tenía muchos más componentes, sí, en los cuales tanto la ANI como el concesionario estaban en desacuerdo, por ejemplo, desde el momento en que debían contar el punto de arranque para aplicar la fórmula, o sea, había una diferencia en la forma de aplicar la fórmula, entonces las partes dijeron como tenemos una controversia frente al mecanismo de aplicar la fórmula, entonces solamente paguemos el AR_i y no apliquemos la fórmula, lo que decía la interventoría es no señor, ANI, usted aplique la fórmula con su criterio y que el concesionario deje la salvedad de que no está de acuerdo y acuda al Tribunal a resolverlo.

Finalmente ese concepto de la interventoría no tuvo éxito y las parte se apartaron del concepto de la interventoría, simplemente cogieron los costos directos certificados por la interventoría y los incluyeron dentro de la liquidación, no aplicaron la fórmula, no corrieron la fórmula de liquidación como lo exige la ley y como lo exigía el contrato, simplemente le pagaron los costos directos asociados hasta ahí reconocidos y quedó en controversia tanto la aplicación de la fórmula como los pagos o mejor los valores que no certificó la interventoría.

DRA. PRADA: O sea, que según le entiendo apartándonos de los otros elementos que conforman la fórmula de liquidación, en lo que respecto al AR_h que es en este caso el valor que dio la interventoría es el mismo que reconoce la Agencia Nacional de Infraestructura?

SR. CORAL: Sí, que yo recuerde no hubo diferencias.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

DR. ÁLVAREZ: Cuénteme una cosa tomando la misma pregunta que le han formulado, dentro de la fórmula había varios elementos, de esos elementos todos eran aplicables o había algunos que no eran aplicables?

SR. CORAL: Según las partes tenían diferencias en la forma de aplicarlos.

DR. ÁLVAREZ: En qué otro elemento diferente al AR_h ?

SR. CORAL: En el momento en que empezaban a correrse los intereses del IPC, sino estoy mal, sí porque el concesionario decía que se empezaba a correr desde que se había radicado la factura en su momento y la interventoría decía desde que se había pagado la factura, entonces ahí había una diferencia conceptual pero lo que la interventoría le decía a la ANI es: usted tiene un criterio, usted va a liquidar el contrato, pues aplique la fórmula, ya tiene los costos directos asociados el problema está en la fórmula calcular allí una actualización, entonces aplique la suya, liquide el contrato con todo como lo dice la ley, con toda la fórmula y la diferencia que haya la llevan al Tribunal, la diferencia que va a dar en la actualización pero no le pague un solo rubro que son los costos directos asociados que era un solo ítem de la fórmula y porque no está liquidando, está es pagándole una plata pero no está liquidando.

DR. ÁLVAREZ: Ese valor que con ciertas diferencias es el AR_h , no está indexado, no está traído?

SR. CORAL: No, eso era lo que tenía que hacer la formula.

DR. ÁLVAREZ: Se pagó el valor?

SR. CORAL: El valor que dio, la interventoría certificó un valor de costos, ese valor de costos faltaba aplicarle unos conceptos adicionales a la fórmula para que se entendiera liquidado el contrato, cosa que no ocurrió.

DR. ÁLVAREZ: Y la diferencia es una diferencia desde cuándo es que ingreso?

SR. CORAL: Sí señor.

DR. ÁLVAREZ: La posición de la interventoría era se indexa desde?

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

SR. CORAL: *El pago de la factura.*

DR. ÁLVAREZ: *Desde el pago de la factura.*

SR. CORAL: *Y el concesionario quería desde la radicación de la factura.*

DR. ÁLVAREZ: *Cuánto tiempo tenía la ANI para pagar una factura radicada?*

SR. CORAL: *No, como lo hacía la fiduciaria no tengo claro el punto, sé que desde el punto de vista jurídico lo que nos preocupaba porque financieramente sí se generaba una diferencia, jurídicamente nos preocupaba era el efecto de la liquidación, es decir, estábamos denominando acta de liquidación a algo que no estaba aplicando la fórmula, sí, y por eso la interventoría dejaba la salvedad en el cuerpo del acta de liquidación porque consideró que al no correr la fórmula no se estaba liquidando el contrato.*

DR. ÁLVAREZ: *Muchas gracias.*

DRA. PRADA: *Sin pretender obviamente que usted funja como financiero porque sé que no lo es, pero sí quisiera que le dijera al Tribunal si, obviamente todo el apoyo financiero que existía en la interventoría hubiese sido posible aplicar parcialmente algunos elementos de la fórmula de liquidación sobre ese AR_n pues certificado como para hacer una liquidación que obedeciera un poco más a la realidad establecida en la fórmula del contrato?*

SR. CORAL: *No me atrevería a decir si sí o si no porque es una discusión financiera, habrá unos que dicen que sí, habrá quienes dicen que no, yo le puedo dar mi opinión jurídica que fue la que di y era que sin correr la fórmula no estaba liquidado el contrato, o sea, que había que correr la fórmula no solo coger el costo, el directo asociado y pagarlo, sí, y por eso se dejó la observación, me imagino que los testigos financieros pueden explicar mucho más lo que usted me está preguntando, no sé."*

1.4. PRUEBAS EN RELACIÓN CON LOS COSTOS DE ESTRUCTURACIÓN

Mediante **comunicación No. 2015-200-005329-1 del 12 de marzo de 2015** aportada por ambas partes al proceso (folios 353-366 del cuaderno No. 1 de pruebas y como documento digital No. 1 del CD de PRUEBAS No 1 aportado con la contestación de la demanda), la ANI determina que el proyecto presentado por CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A., de APP de iniciativa privada es viable y además acepta el valor de los costos de estructuración del proyecto así:

"(...) la Agencia Nacional de Infraestructura considera que la propuesta en Etapa de Factibilidad del Proyecto de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada que no requiere desembolso de recursos públicos denominado: "Cesar- Guajira presentado por CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A, es VIABLE y acorde con los intereses y políticas públicas (...).

El Monto aceptado por la ANI como valor de los estudios realizados por el Originador corresponde a la suma de DIECISÉIS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO (\$16,791,578,824) de 31 de diciembre de 2013 más IVA por concepto de Costos de Estructuración y su forma de pago se encuentra contenida en la Sección 3.7 del Borrador de Minuta de Contrato Parte Especial que contiene las condiciones de aceptación técnicas, financieras y jurídicas, y que hace parte de la presente comunicación como una de las condiciones bajo las cuales la Entidad otorga viabilidad a la propuesta en Etapa de Factibilidad del presente Proyecto de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada."

A su turno, en la misma comunicación la ANI hace referencia a las condiciones adicionales bajo las cuales la Entidad aceptaría la iniciativa privada, precisando en el literal (iv) del numeral 3.2 de dicha comunicación, lo siguiente:

(iv) CONSTITUCIÓN DEL SPV

1) Dentro de los treinta (20) Días Hábiles siguientes a la Adjudicación de la Selección Abreviada de Menor Cuantía, el Adjudicatario deberá constituir un SPV para la suscripción del Contrato de Concesión. El SPV deberá ser una sociedad comercial por acciones de nacionalidad colombiana, cuyo único objeto sea la suscripción y ejecución del Contrato de Concesión.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

2) La no constitución del SPV en los plazos y términos indicados en este Pliego de Condiciones, facultará a la ANI para hacer efectiva la Garantía de Seriedad de la Oferta, a menos que dicho plazo sea prorrogado por la entidad.

NOTA: Las condiciones precedentes se aplicaran en el evento en que no se presenten terceros interesados en el proyecto.

Mediante **Comunicación 001-2015-0285 con radicado ANI No. 2015-409-014390-2 del 12 de marzo de 2015** suscrita por la representante legal de Construcciones El Cóndor S.A., y dirigida a la ANI, (folio 367 del cuaderno No. 1 de pruebas) señaló:

“acepto en su integridad los términos y condiciones de la aprobación de factibilidad de la Iniciativa Privada referenciada, contenidos en su escrito oficio de la referencia y en sus documentos anexos y complementarios, y teniendo en cuenta los estudios y la debida diligencia financiera y técnica adelantada por el originador.”

En **Resolución 823 de 19 de mayo de 2015** suscrita por la Vicepresidente Jurídica (E) de la ANI (folios 368-372 del cuaderno No. 1 de pruebas), señaló en los considerandos de la referencia resolución que:

“Que de conformidad con lo previsto en el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, logrado el acuerdo entre la entidad y el originador del proyecto, el 12 de marzo de 2015 la Agencia Nacional de Infraestructura publicó en la página del SECOP los documentos del proyecto de asociación público privada de iniciativa privada señalando las condiciones que debían cumplir los terceros interesados en participar en la ejecución del proyecto, y publicó el acuerdo, la minuta del contrato y sus anexos, el proyecto de pliego de condiciones selección abreviada de menor cuantía, y demás documentos correspondientes al proceso de Asociación Público Privada No VJ-VE-APP- IPV-003-2015, cuyo objeto es “Construcción, Rehabilitación, Operación y Mantenimiento y Reversión del sistema vial para la conexión de los Departamentos del Cesar y la Guajira”, anunciando su intención de adjudicar un contrato al proponente originador en las condiciones acordadas, si no existieren otros interesados en la ejecución del proyecto.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Que llegado el día y la hora previsto en el cronograma para la presentación de manifestaciones de interés, esto es el día 12 de Mayo de 2015 a las 10:00 a.m., no se recibió ninguna manifestación de interés para el presente proceso de Asociación Público Privada No VJ-VE-APP- IPV-003-2015, por lo que no resulta procedente la conformación de la lista de precalificados ni la apertura del respectivo proceso de selección abreviada."

De manera que se resolvió:

"ARTICULO PRIMERO: Adjudicar el Contrato de Concesión bajo el esquema de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada para la ejecución del proyecto cuyo objeto es "Construcción, Rehabilitación, Operación y Mantenimiento y Reversión del sistema vial para la conexión de los Departamentos del Cesar y la Guajira", al originador sociedad CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. identificada con el NIT. No. 890.922.447-4.

ARTÍCULO SEGUNDO. Suscribir el Contrato de Concesión bajo el esquema de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada para la ejecución del proyecto cuyo objeto es "Construcción. Rehabilitación, Operación y Mantenimiento y Reversión del sistema vial para la conexión de los Departamentos del Cesar y la Guajira", de conformidad con las condiciones acordadas entre el Originador y la Agencia, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, el inciso 2 del artículo 6 del Decreto 2043 de 2014, que modificó el artículo 30 del Decreto 1467 de 2012 y con fundamento en las consideraciones anteriormente expuestas.

PARÁGRAFO: El valor del contrato resultante de la Asociación Público - Privada de Iniciativa Privada denominada "Proyecto Cesar - Guajira", es de UN BILLÓN SEISCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CUARENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE (\$1.659.041.494.747) Pesos del Mes de Referencia."

A folios 127 y siguientes del cuaderno de pruebas No. 1 se estipula en relación con el beneficiario real del contrato:

"2.6 Declaraciones y Garantías de las Partes

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

(a) *Del Concesionario*

Con la suscripción del Contrato, el Concesionario declara y garantiza lo siguiente:

(...)

(viii) Beneficiario Real del Contrato: el Concesionario declara que las personas jurídicas y naturales identificadas en la Oferta u Oferta en Etapa de Factibilidad, son los únicos Beneficiarios Reales del Contrato y particularmente de la Retribución aquí pactada. Lo anterior, salvo por aquellos pagos que, para la cabal ejecución del Proyecto, deban hacerse a través del Patrimonio Autónomo a terceros, entre los que se encuentran los Contratistas y Prestamistas autorizados en los términos de este Contrato. Así mismo, declara que enviará notificación a la ANI en el caso en que durante la ejecución del Contrato cambien los Beneficiarios Reales del Contrato por cualquier causa dentro de los cinco (5) Días siguientes a dicha modificación.

(...)

(xiv) El concesionario declara que en su calidad de Originador ha puesto en conocimiento de la ANI toda la información que tiene a su disposición en relación con el proyecto. Asimismo manifiesta que tal información es completa, adecuada o suficiente, siendo su responsabilidad la realización de la debida diligencia adicional, sobre cada uno de estos aspectos.

A folio 95 del cuaderno de pruebas No. 1 **El contrato parte general** suscrito el 30 de junio de 2015 precisa la definición de concesionario:

"1.31 "Concesionario"

Es la sociedad de objeto único identificada plenamente en la Parte Especial, conformada por quien(es) resultó(aron) adjudicatario(s) con motivo del Proceso de Selección o por quien(es) suscribió(eron) el Contrato de Concesión."

En efecto, del **certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio** de Valledupar que obra a folios 28 a 34 del cuaderno de pruebas No.1, se verifica que:

"POR DOCUMENTO PRIVADO DEL 12 DE JUNIO DE 2015 DE LA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS, SUSCRITO EN MEDELLÍN, REGISTRADO EN ESTA CÁMARA DE COMERCIO BAJO EL NÚMERO 29631 DEL LIBRO IX DEL REGISTRO MERCANTIL EL 30

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

DE NOVIEMBRE DE 2015, SE INSCRIBE: LA CONSTITUCIÓN DE PERSONA JURÍDICA DENOMINADA CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.

(...)

OBJETO SOCIAL: LA SOCIEDAD TENDRA COMO OBJETO SOCIAL UNICO SUSCRIBIR Y EJECUTAR EL CONTRATO DE CONCESION BAJO EL ESQUEMA DE ASOCIACION PUBLICO PRIVADA (APP) EN LOS TERMINOS DE LA LEY 1508 DE 2012, DERIVADO DEL ACTO DE ADJUDICACION DEL PROCESO N VJ VE APP IPV 003 2015, PROFERIDO POR LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA MEDIANTE (...)RESOLUCION 823 DE 19 DE MAYO DE 2015 Y CUYO OBJETO ES 1A CONSTRUCCION, REHABILITACION, OPERACION Y MANTENIMIENTO Y REVERSION DEL SISTEMA VIAL PARA LA CONEXION DE LOS DEPARTAMENTOS DEL CESAR Y LA GUAJIRA, DE CONFORMIDAD CON EL CONTRATO DE CONCESION, SUS ANEXOS, ADENDAS. SUS APENDICES, Y DEMAS DOCUMENTOS QUE HAGAN PARTE DEL PROYECTO. (...).

Ahora bien, volviendo al Contrato Parte General, a folios 96 y 97 del cuaderno de pruebas No. 1 se definen los costos de estructuración en los siguientes términos:

"1.40 Costos de Estructuración"

Corresponde al pago que el Concesionario deberá hacer (a) al Originador equivalente al monto que la ANI hubiere aceptado como valor de los estudios realizados para la estructuración del Proyecto de conformidad con el artículo 16 de la Ley 1508 de 2012, en los términos de la Sección 3.7(a) de la Parte Especial y sólo en los casos en que el Originador del Proyecto no haya sido el adjudicatario del Contrato y (b) a la ANI por los costos incurridos por la ANI en el proceso de estructuración del Proyecto de Iniciativa Pública, en el evento en que se hayan configurado los presupuestos establecidos en el párrafo primero del artículo 19 del Decreto 1467 de 2012, pago que se realizará en los términos de la Sección 3.7 de la Parte Especial."

El contrato parte especial que obra a folios 315 a 366 del mismo cuaderno No. 1 señala en relación con los costos de estructuración a folio 327:

"3.7 Costos de Estructuración"

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

El Concesionario, en caso que éste no sea el mismo Originador, deberá la suma de DIECISÉIS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO (\$16.791.578.824) Pesos del Mes de Referencia más IVA por concepto de Costos de Estructuración que será cancelado de la siguiente forma:

(a) Al Originador, CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A., la suma de TRECE MIL SETENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA MIL (\$13.076.880.000) Pesos del Mes de Referencia más IVA que deberá ser cancelada en los siguientes términos, previa presentación de la correspondiente factura por parte de CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.: (i) setenta por ciento (70%) dentro de los treinta (30) Días siguientes a la suscripción del Contrato y (ii) treinta por ciento (30%) dentro de los treinta (30) Días siguientes a la acreditación del Cierre Financiero. En el caso que la ANI celebre el Contrato de Concesión con el Originador no habrá lugar al pago de la suma prevista en este literal.

(b) A la ANI o a quien designe expresamente la ANI en los términos que esta defina y sobre lo cual Notifique al Concesionario, la suma de TRES MIL SETECIENTOS CATORCE MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO (\$3.714.698.824) Pesos del Mes de Referencia más IVA que deberá ser cancelada en los siguientes términos, previa presentación de la correspondiente factura por parte de la ANI: (i) setenta por ciento (70%) dentro de los treinta (30) Días siguientes a la suscripción del Contrato y (ii) treinta por ciento (30%) dentro de los treinta (30) Días siguientes a la acreditación del Cierre Financiero, correspondiente a parte de los costos de estructuración del Contrato Interadministrativo No. 006 (ANI) – 211038 (FONADE) contratada por la ANI con FONADE, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 3° del Decreto 2043 de 2014."

Con soporte en los hechos y disposiciones contractuales antes referidas, además de otros fundamentos legales citados por cada una de las partes, se desató una diferencia referida al reconocimiento al concesionario de los costos de estructuración del contrato pagados por el Concesionario al originador. Conforme a lo que el Tribunal encontró probado documentalmente y, al menos en lo que se refiere al contrato que nos ocupa, la diferencia entre las partes se empezó a plantear con fecha posterior al año de ejecución del contrato 006 de 2015.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Es así como en el documento digital No. 2 de los anexos de la contestación de la demanda presentada por la ANI que se encuentran en el CD que obra a folio 736 del cuaderno No. 1, se evidencia **memorando de la ANI No. 20167020167653 del 23 de diciembre de 2016** en que el vicepresidente de estructuración, el gerente jurídico de estructuración y el Gerente de proyectos 9 de la Vicepresidencia jurídica, manifiestan a otros funcionarios de la ANI que la interpretación del concesionario sobre el pago de los costos de estructuración del contrato no es correcta por las siguientes razones:

"1.Una vez agotada la evaluación de la información allegada por el Originador en la etapa de factibilidad, la Vicepresidencia de Estructuración expide el acto administrativo en el cual comunica al Originador las condiciones sobre las cuales se acepta el proyecto y, en dicho documento, en la nota del IV de la sección 3.2 - Condiciones relacionadas con la constitución del SPV, se señaló que las condiciones relacionadas con la constitución del SPV se aplicarán en el evento en que no se presenten terceros interesados en el proyecto.

2. Así las cosas, una vez surtido el plazo de publicación de las condiciones en la que fue aceptado el Proyecto, sin que se presentaran terceros interesados para mejorar la oferta del Originador Construcciones el Cóndor S.A., éste estaba en la obligación de constituir el SPV descrito "por lo tanto, la sociedad Concesión Cesar – Guajira S.A.S no tiene la calidad de tercero interesado diferente al Originador del Proyecto como este lo interpreta, toda vez que, como se explica Construcciones el Cóndor S.A. aceptó la condición de constituir una sociedad de objeto único para el desarrollo del proyecto, sin que por ello se entienda un tercero interesado distinto al Originador que haya presentado una mejor oferta a la aceptada por la entidad, para que obtuviera su adjudicación como resulta del proceso de selección de conformidad con la ley.

3. En conclusión, la correcta interpretación que debe realizar de la cláusula 3.7 de la Parte Especial del Contrato, para todos los contratos de concesión de la cuarta generación, parte de la base que el concesionario no puede ser el mismo originador, por cuanto, en todos existe la obligación de constituir un SPV, que será la persona jurídica que asumirá como contratista, por tanto, se cae de peso la interpretación realizada por la sociedad CONCESIÓN CESAR -GUAJIRA S.A. ya que el evento descrito en esta sección se refiere al evento en que el adjudicatario sea un tercero diferente al Originador".

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Dando respuesta al requerimiento hecho por la ANI en comité fiduciario de diciembre de 2016, **en comunicación con radicado ANI No. 2017-409-009070-2 de 30 de enero de 2017** que obra a folio 708 a 710 del cuaderno de pruebas No. 1, la CONCESIÓN informa a la ANI:

“De acuerdo con la solicitud hecha en el Comité Fiduciario de Diciembre 19, informamos que la factura No. 11324 por concepto de costos de estructuración por valor de \$16.247.132.160.00 de fecha junio 28 de 2015, se reconoció en los estados financieros del Patrimonio Autónomo en el mes de Julio de 2015, esta factura corresponde al 100% de los Costos de estructuración que de acuerdo con el Contrato de Concesión debe reconocerse a favor de Construcciones el Cóndor S.A. EN SU CALIDAD DE ORIGINADOR del Proyecto Cesar- Guajira.

<i>Fecha de contabilización</i>	<i>Movimiento</i>
<i>Julio 28 de 2015</i>	<i>La factura fue contabilizada como una cuenta por pagar a Construcciones el Cóndor \$16.247.132.160</i>
<i>Julio 31 de 2015</i>	<i>El 70% del valor de la factura No. 11324 se aporta en especie al Patrimonio Autónomo por valor de \$11.372.992.510.</i>
<i>Diciembre 17 de 2015</i>	<i>El 30% de la factura No. 11324 se aporta en especie al Patrimonio Autónomo por valor de \$4.874.139.648</i>

En el patrimonio autónomo el valor de la factura No. 11324 por valor de \$16.247.132.160 se encuentra contabilizado bajo las normas internacionales como un costo del periodo contra los bienes fideicomitidos (Aportes en especie) a su vez se reconoció el ingreso a valor razonable contra activo intangible. ”

En **comunicación 2017-308-012259-1 de 25 de abril de 2017** que obra a folios 711 a 713 del cuaderno de pruebas No. 1, la ANI dio respuesta a la comunicación anterior del concesionario señalando:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

"(...) El literal (a) del numeral 3.7 de la Parte Especial del Contrato, contiene la siguiente prohibición:

"... En el caso que la ANI celebre el Contrato de Concesión con el Originador no habrá lugar al pago de la suma prevista en este literal".

No puede entenderse simplemente- como pareciera entenderlo el Concesionario según su proceder en los oficios del asunto-, que como Construcciones El Cóndor S.A es una sociedad con una razón social diferente a Concesión Cesar Guajira S.A.S, entonces no aplica la prohibición, porque esto implica pasar por alto que fue el propio originador "Construcciones el Cóndor S.A" quien, como ya lo indicamos, con posterioridad a la Resolución de Adjudicación y antes de la celebración del contrato de concesión 08 de 2015 (sic), conformó al Concesionario "Concesión Cesar Guajira S.A.S." como persona jurídica de propósito específico (SPV) como cumplimiento de los requisitos precontractuales.

De acuerdo a lo anterior, la prohibición del literal (a) aplica cuando la ANI celebra el Contrato de Concesión con el SPV que constituyó el Originador.

Ese es el entendimiento natural y razonable de la cláusula, de manera que el Concesionario no puede contabilizar la factura No. 11324 emitida por Construcciones El Cóndor S.A. como un aporte de Equity en especie al Patrimonio Autónomo.

En ese orden de Ideas, resulta necesario reversar el registro contable efectuado en el patrimonio autónomo frente el aporte de equity en especie derivado de esta operación, y elaborar nuevamente la relación de los aportes de equity expresados en pesos del Mes de Referencia para que sean validados frente a la obligación contractual."

Mediante **comunicación con radicado ANI No. 2017-409-051188-2 de 16 de mayo de 2017** en los folio 714 a 719 del cuaderno de pruebas No. 1, la Concesionaria dio respuesta a la comunicación de la ANI manifestando su desacuerdo a la posición esgrimida, con los siguientes argumentos:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

“Para la concesión, la interpretación de la Agencia se aparta del contenido normativo de la Ley 1508 de 2012 y de sus Decretos Reglamentarios, pues si bien es cierto que en una fase de estructuración de un proyecto de iniciativa privada, el desarrollo de la misma corre por cuenta y riesgo de quien ostenta la calidad de originador, y para el proyecto que nos ocupa, éste fue Construcciones El Cóndor S.A., reconoce la norma artículo 16 de la Ley 1508 de 2012, que los estudios que conforman la estructuración constituyen un activo de propiedad del originador, los cuales podrán ser transferidos a la ANI y éste podrá adquirirlos si son de su interés a pesar del rechazo de la factibilidad y en todo caso deberán ser reconocidos en compensación de un esfuerzo exitoso en la presentación, estructuración y análisis de un proyecto de iniciativa privada cuando el adjudicatario es diferente al originador.

En consecuencia, el artículo 14 de la Ley 1508 establece que la asunción de los costos de la estructuración los asume el originador, inicialmente por su cuenta y riesgo en el proceso de estructuración, que corresponde a una instancia precontractual y el cual se divide en dos etapas a saber, prefactibilidad y factibilidad, pero una vez adjudicado el proyecto, sea al originador inicial o a un tercero, según fuere el caso, estos costos constituyen sin duda la inversión inicial del proyecto, susceptible de ser remunerada como cualquiera otra en el contrato de concesión.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, que dichos costos en que incurrió el originador le sean reconocidos en una instancia posterior. En el presente caso, uno fue el originador del Proyecto, y otra persona jurídica el concesionario, el cual ya en desarrollo de un Contrato suscrito y por expresa disposición del mismo Contrato, Sección 3.7 de la Parte Especial debe el Concesionario pagar a CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A la suma de TRECE MIL SETENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA MIL PESOS (\$13.076.880) en los plazos allí pactados, bajo la premisa que el Concesionario, que para este caso es CONCESIÓN CESAR GUAJIRA S.A.S con Nit No. 900.860.520-2 es una persona jurídica diferente al originador que como ya se ha dicho fue Construcciones El Cóndor S.A.

La anterior consideración nos permite concluir que no existe prohibición legal ni reglamentaria expresa para que el Concesionario pague el valor que se disponga a favor del originador de los costos de estructuración, pues no puede confundir la ANI, ni pretender dar valor a una reglamentación de la instancia

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

precontractual en los efectos del desarrollo de un contrato que se rige por las disposiciones que las Partes pactaron en virtud de la autonomía de la voluntad y que para el caso que nos ocupa, expresamente la Sección 3.7 de la Parte Especial del Contrato de Concesión 006 de 2015 (...)

En conclusión, la fuente de la obligación de pago de los costos de estructuración que debe el Concesionario al originador nace del Contrato de Concesión 006 de 2015, lo que se ajusta al marco normativo de Ley 1508 de 2012 y sus Decretos Reglamentarios, en especial el Decreto 1082 de 2015, que establecen expresamente el reconocimiento de los costos de estructuración en la instancia precontractual de la estructuración del Contrato, pero en dichas normas no hay prohibición, ni exclusión expresa que en desarrollo del Contrato de Concesión ya celebrado puedan las Partes pactar el pago de los costos de estructuración a favor del originador y a cargo del Concesionario, esta fue la voluntad de las Partes y así lo pactaron de manera clara en la Sección 3.7 de la Parte Especial (el artículo 1602 del Código Civil dispone que "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales").

(...)

2. EL CONCESIONARIO NO ES EL MISMO ORIGINADOR.

Retomando lo expresado en la Sección 3.7 de la Parte Especial del Contrato de Concesión, la condición para excluir la obligación de pago de los Costos de Estructuración por parte del Concesionario es que éste no sea el mismo Originador; sobre este asunto la ANI interpreta de manera equivocada que en este tipo de proyecto 'La exigencia de los documentos procesales y precontractuales que establecen que el Originador deba constituir una persona jurídica de objeto específico SPV, en nada desvirtúa el hecho de que en esencia se está contratando con el MISMO ORIGINADOR...', queriendo decir entonces que se cumple la condición para exonerar de pago los Costos de Estructuración por parte del Concesionario, precisando que si se llegare a aceptar esta interpretación, dicha obligación se excluiría tanto al originador, Construcciones El Cóndor S.A., como también a la ANI en aplicación de lo señalado en la Sección 3.7(b) de la Parte Especial.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Tal y como lo menciona la Agencia en la comunicación del asunto, mediante Resolución 823 de 2015, la ANI adjudicó a Construcciones El Cóndor S.A., el proyecto del asunto, sin embargo, por exigencia de la misma entidad, para la suscripción del Contrato debía la sociedad adjudicataria constituir una sociedad de objeto único para el desarrollo del proyecto, sociedad que fue constituida el 12 de junio de 2015, y cuyo NIT 900.860.5.20.2. En este sentido se trata entonces claramente de dos personas jurídicas diferentes, cada una con existencia propia y responsabilidad disímiles, por obvio que parezca este planteamiento el cual ni siquiera merece más análisis que el señalado, vale citar al profesor José Ignacio Narvárez García quien expresa "...Claro que ni la sucursal ni la agencia son sociedades distintas de la principal a diferencia de lo que acontece con las filiales, subsidiarias o cualquier subordinada, que son entes jurídicos individualmente considerados. (Teoría General de Sociedades, Séptima Edición Actualizada, Ediciones Doctrina y Ley, página 389).

Por lo expuesto, las cosas en derecho son lo que son, y no en esencia como lo pretende evidenciar la ANI, pues implica entonces que para todos los efectos bajo la interpretación de la ANI las responsabilidades que de toda índole tiene el Concesionario se le trasladen a la sociedad constituyente.

Ahora bien, por fuera de ese análisis, y de insistir la ANI en el mismo, las consecuencias por el no pago de los Costos de Estructuración, o mejor, la exoneración del pago de los Costos de Estructuración por considerar que originador y Concesionario son los mismos, se extienden también al pago de la ANI, pues de acuerdo con la redacción de la Sección 3.7 de la Parte Especial del Contrato de Concesión, los literales a) pago al originador y b) pago a la ANI, están supeditados a la misma condición, "El Concesionario, en caso que éste no sea el mismo Originador", desconociendo el sentido claro y literal de la regla contenida en el numeral 3.7. de la Parte Especial, haciendo una interpretación basada en otras disposiciones contractuales y legales, asumiendo para tal efecto una competencia de la que carecen, dado que la posibilidad de realizar interpretaciones unilaterales está expresamente prohibida en la sección 16.3 de la Parte General del Contrato (...) Ninguna de las disposiciones del Contrato podrá interpretarse en el sentido de crear una relación distinta entre las Partes a la de la vinculación comercial en los términos del Contrato y de la Ley Aplicable, en particular, lo reglado sobre asociaciones público privadas en la Ley 1508 de 2012 (...)" (Subrayas fuera de texto)

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Por lo expuesto, nos abstenemos de dar instrucción a la Fiduciaria para la anulación de la factura relacionada con el pago de los costos de estructuración, en consecuencia solicitamos a la Agencia tener en cuenta los argumentos mencionados y de persistir la controversia podemos concluir que la misma debe ser sometida a la decisión del Tribunal de Arbitramento previsto en el contrato como mecanismo alternativo para la solución de controversias entre las partes, en consecuencia quedamos atentos al pronunciamiento de la Agencia.

(...)

En el presente caso no estamos en presencia de una situación que pueda conducir a la paralización o a la afectación del servicio público que busca satisfacerse con el contrato de concesión ni mucho menos la ANI ha cumplido con los requisitos, procedimiento y formalidades del artículo 15 de la ley 80 de 1993.

Siendo claro entonces que existe una discrepancia sobre la interpretación de una estipulación contractual y teniendo en consideración que no se reúnen los requisitos previstos en el artículo de la Ley 80 de 1993 para que la ANI pueda hacer una interpretación unilateral del contrato, podemos concluir que esta controversia debió haber sido sometida a la decisión del Tribunal de Arbitramento previsto en el contrato como mecanismo alternativo para la solución de controversias entre las partes."

En **oficio 2017-300-018782-1 de 20 de junio de 2017** que se consigna dentro del expediente en los folios 721 a 732 del cuaderno de pruebas No. 1, la ANI se pronuncia respecto de la comunicación anterior mediante escrito dirigido tanto al Concesionario como a la entidad fiduciaria, en los siguientes términos:

"1. El artículo 19 de la Ley 1508 de 2012 establece lo siguiente:

ARTÍCULO 19. INICIATIVAS PRIVADAS QUE NO REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PUBLICOS: Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el Originador del proyecto,... la entidad competente publicara el acuerdo... en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública "Secop".

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En esta publicación la entidad estatal competente señalará las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente Originador en las condiciones acordadas, si no existieren otros interesados en la ejecución del proyecto.

Transcurrido el plazo de la publicación anteriormente referida, sin que ningún interesado distinto al Originador del proyecto manifieste a la entidad estatal competente, su interés de ejecutarlo o cumpla las condiciones para participar en su ejecución, se podrá contratar con el originador de manera directa en las condiciones pactadas."

2. En concordancia con el anterior precepto, el inciso 2 del artículo 6 del Decreto 2043 de 2014 estableció:

"Si se recibieren manifestaciones de interés dentro del término señalado en el artículo anterior y se cumple con los requisitos previstos en la publicación, la entidad estatal competente/sin consideración al presupuesto estimado de inversión, deberá proceder a conformar la lista de precalificados... En caso contrario, procederá a contratar con el originador de manera directa en las condiciones publicadas".

(...)

4. El Contrato de Concesión establece lo siguiente en su Parte General:

i. Sección "1.112 Originador"

"Corresponde a la persona o personas que, en virtud de lo dispuesto en el Título III de la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, cumplieron con todos los requisitos establecidos por la Ley Aplicable para la presentación, evaluación y aceptación por parte de la ANI de la Oferta en Etapa de Factibilidad que dio origen al Contrato".

(...)

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Considerando que CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A fue adjudicataria del Contrato de Concesión, no procede el reconocimiento de los Costos de Estructuración que la CONCESIÓN CESAR - GUAJIRA S.A.S. pretende hacer valer. Es incomprensible entonces que el Concesionario alegue una supuesta interpretación unilateral de la ANI, ante una disposición contractual tan clara como lo es la Sección 1.40 de la Parte General que él mismo concertó con la ANI al celebrar el Contrato de Concesión.

iii. Sección "2.3 Perfeccionamiento e Inicio de Ejecución del Contrato. (...)

(b) Para iniciar la ejecución del presente Contrato dentro de los treinta (30) Días Hábiles siguientes a la suscripción del mismo se suscribirá el Acta de Inicio siempre que se hayan cumplido los siguientes requisitos: (...)

(iv) El pago por parte del Concesionario de los Costos de Estructuración, cuando (i) el Concesionario seleccionado en el Proceso de Selección no sea el mismo Originador y (ii) en el evento de haberse configurado los presupuestos establecidos en el parágrafo, primero del artículo 19 del decreto 1467 de 2012, en los términos señalados en la Parte Especial, salvo que la previsión de la Parte Especial prevea un plazo superior a los treinta (30) Días Hábiles siguientes a la suscripción del Contrato, evento en el cual no se exigirá este requisito."

CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. fue el único que hizo parte del Proceso de Selección, nadie más se presentó, y resultó adjudicatario del mismo.

En este sentido, los Costos de Estructuración que pretende hacer valer el Concesionario, procedían si CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. -adjudicatario del Proceso de Selección-, no hubiese sido el mismo Originador.

Dicho en otras palabras, como CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. fue el Originador, no proceden los Costos de Estructuración que el Concesionario pretende hacer valer, confirmándose lo expuesto en el punto anterior.

La sección 2.3 también es tan clara que descarta toda tacha de interpretación unilateral como la que pretende hacer ver el Concesionario.

(...)

Nótese como la norma indica (artículo 17 de la ley 1508 de 2012) que sólo si el Originador no resulta ser el adjudicatario, deberá recibir de este último el valor de los costos de estructuración.

(...)

En este sentido, sólo porque al Concesionario no le es conveniente poner en evidencia todo el marco legal y contractual que regula el caso, eso no significa que le sea dable causar confusión alegando una supuesta interpretación unilateral.

Las demás cláusulas de la Parte General del Contrato de Concesión, remiten a lo indicado en la sección 2.3 (b) (vi), por lo cual nos remitiremos a lo ya expuesto en los dos puntos anteriores:

3.15 Cuentas y Subcuentas del Patrimonio autónomo (...)

(6) Pagar los costos de Estructuración de que trata la sección 2.3 (b) (vi) de esta Parte General"

"18.3 (e) Terminación anticipada durante la Fase de construcción (...) ARh (...)

Valor de los costos de estructuración al que se refiere la Sección 2.3 (b) (iv), de haberse efectivamente pagado dicho valor, en el mes h, en los términos establecidos en la parte Especial (...).

7. De acuerdo con el Pliego de Condiciones que hace parte del contrato de concesión de conformidad con la sección 1.33 de la Parte General:

1.4.4. (...) 1.4.11 (...) 1.4.38 (...) 7.3. (...) 7.3.1. (...) 7.3.2. (...) y según el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012 (...)

De acuerdo a lo anterior, el Adjudicatario podía ser entonces:

- a) El Originador.*
- b) Un oferente distinto al Originador.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En cualquiera de los dos casos, éste debía obligatoriamente constituir una sociedad de propósito específico (SPV) que se convertiría en el Concesionario.

Ahora bien, recuérdese que conforme a lo previsto en el artículo 1620 del Código Civil "[el sentido en el que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno". De esta manera, es evidente que lo que la cláusula señala es que, en el caso que la ANI celebre el Contrato de Concesión con el SPV del Originador, no habrá lugar al pago de la suma prevista en el literal (a) de la Sección 3.7 de la Parte General.

(...)

Considerando que a pesar del requerimiento que se le hizo a través del radicado 20173080122591, respondió en el oficio de la referencia: "por lo expuesto nos abstenemos de dar instrucción a la Fiduciaria para la anulación de la factura relacionada con el pago de los costos de estructuración y de persistir la controversia podemos concluir que la misma debe ser sometida a la decisión del Tribunal de Arbitramento", se indica que en el marco de las consideraciones contractuales y legales precedentemente descritas, y sin perjuicio de que el Concesionario conserva la facultad de acudir a lo dispuesto en el Capítulo XV Solución de Controversias de la Parte General del Contrato, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA le comunica al Concesionario y a la Fiduciaria que no otorga reconocimiento alguno a la factura de venta 11324 del 28 de julio de 2015 por valor de \$ 14.006.148.414 emitida por CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. con destino a la CONCESIÓN CESAR — GUAJIRA S.A.S, ni a los supuestos costos de estructuración que el Concesionario le atribuye, ni autoriza que sea tomada como soporte en especie de Equity al Patrimonio Autónomo, y tampoco reconoce cualquier registro contable que se hubiera efectuado en el Patrimonio Autónomo al respecto".

En la misma línea, **en comunicación 2017-300-027774-1 de 29 de agosto de 2017** a folios 733 a 734 del cuaderno de pruebas No. 1 la ANI requirió a Fiduciaria Bancolombia, considerando que dado que:

"(...) el concesionario ha rehusado instruirle para anular el registro contable de la referida factura, (...) con el fin de asegurar el suministro de información veraz, imparcial, oportuna y completa, se le solicita que en cualquier documento donde

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

se aluda a la factura de venta mencionada, se exponga la cita anterior (esto es la del oficio 2017-300-018782-1 en que la ANI establece que no otorga reconocimiento alguno a la factura DE VENTA 11324 ni a los supuestos costos de estructuración, ni autoriza que sea tomada como aporte en especie de Equity al Patrimonio Autónomo y tampoco reconoce cualquier registro contable que se hubiere efectuado en el Patrimonio Autónomo al respecto) con el fin de evitar el suministro de información inexacta sobre la misma."

La testigo **María Edilma Gaviria Correa, Jefe de Sección de Negocios Fiduciarios de la fiduciaria Bancolombia que conforme a su testimonio rendido el 16 de septiembre de 2019** fue asignada al patrimonio autónomo del proyecto Concesión Cesar Guajira desde aproximadamente marzo de 2016, refiere el momento en que la ANI señala su inconformidad con el registro sobre los costos de estructuración:

(...)

DRA. MIER: ¿Hubo alguna objeción, comentario u oposición por parte de la ANI o del interventor desde diciembre de 2015 hasta que inició esta controversia?

SRA. GAVIRIA: No, nosotros recibimos en junio del 2017, primero verbalmente por abril o mayo la ANI manifestó que no estaba de acuerdo con que registráramos esa cifra de esas facturas como aporte. Sin embargo, hasta junio creo que nos llegó un oficio donde nos dice que por favor coloquemos en todos los informes que la ANI no reconoce ese aporte ni en los registros contables, ni en la información que le suministramos mensual, ni en el flujo de caja de los aportes, que no la reconoce.

DR. J. PINZON: Perdón me permite interpellarla, doctora, Patricia, gracias. ¿Hasta cuándo dijo usted que aparecieron esas manifestaciones?

SRA. GAVIRIA: En junio.

DR. J. PINZÓN: ¿Y usted recuerda o le consta con base en qué, qué se dijo para sustentar esa solicitud?

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

SRA. GAVIRIA: Tengo entendido que la controversia radicaba porque el concesionario y el constructor era la misma persona, entonces... pero no tengo mayor conocimiento.

DR. ÁLVAREZ: A mí me gustaría que nos precisara, ¿abril o mayo de qué año?

SRA. GAVIRIA: Del 2017.

DR. ÁLVAREZ: Es decir, pasa la porción del año 2015 que quedaba y todo el año 2016 ¿de manera pacífica?

SRA. GAVIRIA: Sí, señor.

DR. ÁLVAREZ: Y en 2017 con ocasión de qué, abril, mayo, ¿qué pasa en abril o mayo?

SRA. GAVIRIA: En ese momento estaban en conversaciones con las comunidades por el tema de peaje que ellos no querían que colocaran el peaje, entonces, en ese momento si ese peaje no se construía, digamos que el proyecto era no viable. Entonces estaban como en esas conversaciones, pensaría que pues a raíz de esto también se dio el tema del reconocimiento del aporte por parte de la ANI.

DR. ÁLVAREZ: Había alguna solicitud en especial, es decir, en ese momento, abril, mayo de 2017 ¿reciben ustedes una comunicación oficial de la ANI?

SRA. GAVIRIA: La comunicación la recibimos en junio de 2017, pero en anteriores comités la ANI decía que nos iba a mandar ese oficio diciéndonos que no reconocía ese aporte en los registros contables y que pedía por favor que lo publicáramos, lo colocaremos en los informes, nos pidió que pusiéramos un texto.

(...)

DR. J. PINZÓN: ¿Cómo se hizo esa petición a la luz del contrato? Esa es la pregunta, si es que así fue o sino nos lo explica, cómo se hizo, porque a veces los contratos se ejecutan una manera, que nos cuente lo que usted le conste.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

SRA. GAVIRIA: No, la ANI nos lo pidió mediante un oficio, que colocaremos un párrafo textual en todos los informes que remitiera a la fiduciaria. Eso fue posterior al 2016, fue en el 2017. Yo acá les traje, ustedes me solicitaron todos los documentos, toda la información que remitimos a la ANI, están los informes, las rendiciones de cuenta, las certificaciones que hacen parte de este párrafo que usted me dice de la rendición de cuentas semestral. Lo que pasa es que acá, por política de la fiduciaria, la remitimos de manera mensual, entonces acá se pueden hallar todos los documentos.

Y básicamente digamos que nosotros nos demoramos un poco poner el párrafo, porque el que nos da instrucciones a nosotros es el fideicomitente, sin embargo, por temas de revelación y de publicación de los estados financieros y de que los mismos son auditados, entonces, como era una información relevante porque podría afectar en un cierre financiero posterior o algo, decidimos colocarlo, porque el público general debía saber que existía pues una controversia en este fideicomiso por ese valor del aporte.

DR. J. PINZÓN: Cuando usted dice decidimos, decidieron quiénes. ... (interpelado)

SRA. GAVIRIA: La fiduciaria.

DR. J. PINZÓN: ¿Internamente qué pasos se surtieron para incluir eso?, y ¿hubo alguna comunicación a su vez con el concesionario para indicarle que eso se iba a revelar? Son dos preguntas, ¿me explico?

SRA. GAVIRIA: Sí, al interior de la fiduciaria está el equipo administrativo, el equipo jurídico y el equipo contable. Se analiza esta decisión y se dice bueno, hay que colocarla; y segundo, al concesionario sí le dijimos que la íbamos a colocar, no recuerdo bien si fue a través de un correo electrónico, no recuerdo, la verdad.

DR. J. PINZÓN: Recuerda, y esta es la última, presidente y doctora Patricia, me disculpan, si frente a esta comunicación hubo alguna reacción del concesionario y en qué sentido, en caso tal?

SRA. GAVIRIA: No, yo recuerdo que ellos dijeron que la colocáramos, no tenían problema que la pusiéramos.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

(...)

DRA. MIER: Muy bien. La objeción si uno pudiera, o la manifestación, o la solicitud más bien de la ANI, ¿afecta de alguna manera la validez de los estados financieros del patrimonio autónomo?

SRA. GAVIRIA: No, porque nosotros tenemos los soportes que evidencian la realidad del negocio."

A su turno, **en la audiencia llevada a cabo el 21 de octubre de 2019 compareció el testigo ALFREDO CORAL TRIVIÑO quien fungió como director jurídico de la Interventoría** durante el periodo de la liquidación del Contrato más o menos desde abril del 2018 hasta su liquidación en finales del 2018, que en relación con las razones para no reconocer el valor de los costos de estructuración objeto de controversia, refirió:

"(...) DR. ÁLVAREZ: Y respecto el tema de los costos de estructuración sabe usted ¿qué recuerda?

SR. CORAL: Sí señor, buena pregunta porque hubiese querido decirlo desde la introducción, sí, ese fue un tema que fue ácido en este contrato, cuando yo inicio como director jurídico de la interventoría ese tema ya estaba tal vez en este mismo Tribunal de arbitramento, era controversia ya entre las partes.

La ANI en su momento ya había resuelto por lo menos en lo que nosotros llamábamos vía gubernativa, en mi época, había resuelto la solicitud del concesionario en el sentido de que le reconociera los costos de estructuración y en consecuencia cuando llega la interventoría, simplemente pues ya estas situaciones están aquí en discusión, aquí en el Tribunal.

No obstante, lo anterior, digamos en algunas mesas de trabajo se discutió el por qué no se estaba reconociendo esos costos de estructuración al originador y se analizó mucho el contenido del artículo 17 de la Ley 1508 de 2012 junto con su artículo 20, en el 17 hace alusión cuando las iniciativas de asociación público-privada requieren recursos públicos, este no era el caso, sin embargo, allí señala que en el evento en el que el originador no sea quien sea adjudicatario de la concesión deberá reconocérsele los costos de estructuración.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Posteriormente, el artículo 20 de la 1508 hace la misma mención para los casos en la que la asociación público-privada no requiere recursos públicos como era este caso y siempre habla de que al originador, siempre y cuando el originador sea a quien se le adjudique hacia el adjudicatario del contrato de concesión no se le reconocerán los costos de estructuración, sí.

En este caso qué ocurrió, efectivamente Construcciones el Cóndor era el originador, aquí fue el único originador, nadie más se presentó, había una oportunidad para que se presentara otra personas en el proceso de selección abreviada que trae la ley, no se presentó nadie más, estuvo siempre solamente el Cóndor y Cóndor fue el adjudicatario real del contrato y por lo tanto le aplicaba la regla de que si era el originador a quien se le adjudicaba el contrato no tenía derecho a esos costo de estructuración.

Dónde estaba la disyuntiva, después de adjudicado el contrato de Construcciones el Cóndor y por mandato del pliego se constituyó un SPV, sí, un vehículo de objeto único, un vehículo societario todo único, por parte de Construcciones el Cóndor únicamente, es decir, el 100% de esa sociedad, de ese SPV era de Construcciones el Cóndor y simplemente era un vehículo legal para ejecutar el contrato, es un vehículo legal que se utiliza en las concesiones porque lo que se busca es que haya una sociedad que responde en el contrato de concesión durante esos 20 años, no que sea un consorcio que sea temporal.

Dónde veía yo, que eso ya es a título ya personal, dónde veía yo la dificultad, el pliego de condiciones de la ANI señalaba que el adjudicatario debería constituir o crear un SPV, lo dice el pliego, entonces por esa razón creo Construcciones el Cóndor, constituye el SPV, pero se deja de lado.

Por qué decía eso el pliego de condiciones, el pliego de condiciones decía eso porque normalmente a un proyecto de esta naturaleza concurren varias empresas, 2, 3, 4 compañías se presentan llamémoslo en consorcio..., sí, porque no es fácil que una tenga toda la capacidad financiera, técnica, logística, operativa y de experiencia, entonces se unen varias empresas y la entidad lo que decía en el pliego, fundamentalmente lo que quería decir en el pliego era hombre como seguramente van a hacer varias compañías las adjudicatarias en un consorcio inicialmente, cuando se adjudique necesariamente tendrá que

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

constituir un SPV, para qué, para que sea una sola compañía la que responda en el contrato de concesión.

Qué pasó aquí, pasó una cosa muy sui generis en la infraestructura en Colombia, Construcciones el Cóndor es una compañía muy reputada, muy grande, con mucha experiencia, capacidad en ese momento financiera, logístico, operativa para el proyecto que presentó, él se presentó solo y nadie más presentarse en la etapa de selección abreviada previa, él fue el adjudicatario del contrato de concesión como lo exige el artículo 17 y el artículo 20 y en consecuencia creo que SPV.

En cumpliendo al pliego no había ni siquiera la necesidad legal de hacerlo pero lo constituye y en consecuencia la discusión legal es constituir ese vehículo jurídico que se llama SPV, le daba derecho al reconocimiento de los costos de estructuración, la simple constitución del vehículo jurídico porque claro, se va plantear y se ha planteado, y se planteó en esas discusiones que era otra persona jurídica, sí, y claro que lo es, sí, desde el punto de vista formal propiamente dicho claro que lo es pero desde el punto de vista esencial y fundamental de aquel proponente originador único que finalmente es el adjudicatario único pus se dan las condiciones del artículo 17 o del artículo 20 de la 1508 para no pagar los costos de estructuración.

Por qué, porque así lo contempla la ley, no era fácil ni para la ANI, ni para la interventoría que sin ser el juez del contrato pudiese decir que por el siempre hecho de utilizar un vehículo que hubiese podido decir en su momento oiga, corrijamos eso, no hagamos un SPV, hagámoslos con Cóndor, no es necesario o tomar una precaución sobre esa situación.

Constituye el SPV simplemente por constituir el SPV, ganarse \$16 mil millones de pesos, eso no tenía ninguna presentación desde el punto de vista ANI y desde el punto de vista interventoría ni teníamos la facultad legal y constitucional de interpretar al tal punto del contrato de decir que podíamos desconocer la Ley de Concesiones para decir que por la simple creación de un vehículo podíamos reconocer \$16 mil millones de pesos, entonces ese fue la discusión que se dio en esa materia y finalmente pues en la liquidación no quedó contemplado ese rubro.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

DR. ÁLVAREZ: Doctor Coral, la discusión sobre esa materia que usted menciona está documentada, recuerda usted en qué circunstancias se dio, es una discusión interna de la interventoría, ¿de qué nos está hablando cuando se refiere a una discusión?

SR. CORAL: Como le mencioné, inicialmente la ANI ya había resuelto esta situación con el argumento que le estoy contando, cuando lo resolvió hace muchos años, fue hace mucho tiempo, cuando llega la interventoría a la etapa de liquidación, nosotros tenemos unas reuniones de trabajo internas con la ANI para conocer cuál había sido el argumento de la ANI para no reconocer ese costo de estructuración y nos contaron eso que le estoy contando, yo estaba presente, fueron sesiones de trabajo con el equipo jurídico de la ANI que nos contó esa situación, sí.

DR. ÁLVAREZ: Gracias. Desde el punto de vista de la interventoría usted estaba de acuerdo, como gerente jurídico de la interventoría, en la posición ANI?

SR. CORAL: Sí señor, por lo que le digo, no era, no está dentro del alcance constitucional y legal ni contractual de la interventoría interpretar el contrato, ni interpretar mucho menos la ley, sí, nosotros tomamos la ley, nosotros entendimos claramente el argumento de la ANI en el sentido decir hombre, Construcciones el Cóndor fue el mismo adjudicatario originador y en consecuencia se aplica esta norma a pesar de existir un vehículo jurídico que creaba una nueva persona para ejecutar el contrato.

Creo que el simple hecho y lo creo personalmente por mi formación jurídica, el hecho de simplemente crear un vehículo societario para ejecutar el contrato no generaba una razón fundamental financiera y de peso que me permitiera reconocerle \$10 mil millones de pesos de estructuración por la simple creación de un vehículo jurídico y como sí hay un mandato constitucional y legal de velar por el patrimonio público, la interventoría en ese momento compartimos esa interpretación, vuelo y lo repito, en el entendido también de que podría ser el juez del contrato el que estaría llamado a hacer la interpretación tanto de la ley como del contrato que correspondiera.

(...)

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

DRA. PRADA: Listo, perfecto. Usted tuvo conocimiento de las discusiones que se dieron acerca de los costos de estructuración para ser liquidación, le entendí?

SR. CORAL: Sí señora.

DRA. PRADA: ¿En algún punto la interventoría consideró que al ser originador, que si llegará a ser originador y concesionario de la misma persona no se podía llevar a cabo ese reconocimiento por costos de estructuración?

SR. CORAL: No, lo que analizamos fue que en este caso en particular el originador es el mismo adjudicatario, sí, y que el adjudicatario después creó un vehículo jurídico que se llama SPV que se 100% él, sí, y que esa circunstancia, esa situación no era suficientemente, no podía superar la ley en el sentido en que solamente se le reconocería los costos de estructuración al originador.

En el criterio de esas secciones de trabajo fue que de que la decisión de la ANI ya estaba tomada, fue el único que podía interpretar eso que usted está pidiendo que se analizara, es decir, si el concesionario al ser "diferente" al originador y diferente al "adjudicatario" le pudiera pagar los costos de estructuración, lo que se consideró es que el juez del contrato era el único que podría determinar eso, que en criterio nuestro no se podía hacer.

DRA. PRADA: ¿En criterio de ustedes constituir el SPV generaba automáticamente los \$16 mil millones de pesos?

SR. CORAL: No, vuelvo y le digo, el hecho de constituir un SPV no genera el costo de estructuración.

DRA. PRADA: Okey, perfecto.

SR. CORAL: Porque era el mismo adjudicatario el que estaba haciendo el SPV, que era solamente una figura jurídica que está utilizando para ejecutar el contrato y dicha figura o la constitución de esa sencilla figura jurídica que era un SPV para nosotros no le daba el derecho a cobrar a \$16 mil millones de pesos de estructuración.

(...)

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

DRA. PRADA: Perfecto. Entonces, ¿usted conoció los documentos de factibilidad?

SR. CORAL: No señora, conocí los pliegos de condiciones donde encontramos, por eso lo menciona anteriormente, que fue la ANI la que incluyó la posibilidad o la necesidad de constituir un SPV al adjudicatario y posteriormente cuando se dieron las discusiones y en los planteamientos, pero yo sí revisé la solicitud del concesionario en su momento que había hecho a la ANI, el concesionario le pidió a la ANI en su momento que le reconociera los costos de estructuración con el argumento, único argumento, que era un concesionario diferente al adjudicatario, por qué, porque se llamaba concesionaria Cesar Guajira, que era el SPV, entonces dijo yo soy concesionario de Cesar Guajira SA, SPV, y el que se lo adjudicaron era Construcciones el Cóndor, somos diferentes, págume el costo de estructuración.

Ante ese argumento la ANI en su respuesta, que también la conocí, le dijo no señor, no le puedo reconocer los costos de estructuración porque el hecho de que usted sea un SPV diferente al adjudicatario no es razón suficiente para que yo le reconozca los costos de adjudicación, por qué, porque es el mismo originador, el mismo adjudicatario y solamente por utilizar la figura jurídica de SPV no le daba derecho a esa situación, nunca conocí que hubiese un argumento diferente en sede administrativa por parte del concesionario a ese."

Así mismo, en relación con la posición de la Interventoría frente al no reconocimiento de la ANI de los costos de estructuración del originador, se tiene que la **testigo Maritza Cubillos Prada como profesional financiera de la Interventoría, refirió en su testimonio rendido en audiencia de 8 de octubre de 2019** lo siguiente:

"DRA. MIER: Usted afirmó que el contrato de concesión, o que en el contrato de concesión se afirma que los costos de estructuración no debían reconocerse al concesionario si él era el mismo originador, la pregunta mía es muy concreta, ¿esa es su opinión o ese es su recuerdo de lo que textualmente dice el contrato?

SRA. CUBILLOS: Es mi recuerdo y me gustaría si puedo buscarlo para hacer referencia.

DRA. MIER: Puede.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

SRA. CUBILLOS: Voy a leer lo que dice el contrato en la definición..., los costos de estructuración entonces dice en ...

DRA. BARRAQUER: Entonces lectura del folio 327 del cuaderno de pruebas número 1.

SRA. CUBILLOS: Bueno, frente a los costos de estructuración dice, "el concesionario, en caso éste no sea el mismo originador, deberá la suma de 16.791.578.000" ...(interpelado)

DRA. MIER: Perdóneme, doctora, yo quisiera, y la molesto con eso, puede leer desde el 4.3 del reconocimiento de los costos de estructuración en favor del originador?

SRA. CUBILLOS: 4.3?

DRA. MIER: Sí, es la cláusula.

SRA. CUBILLOS: Pero eso es el cálculo de la retribución.

DRA. MIER: No.

SRA. CUBILLOS: ¿De la parte especial? Es justo lo que estaba leyendo. Básicamente dice, los costos de estructuración y está dentro del capítulo, se llama aspectos económicos del contrato, donde pues básicamente se hace referencia, y también quiero hacer precisiones sobre eso, sobre cómo se dan los ingresos de las estaciones de peaje, cuáles son las fuentes y dónde están también los costos que están asignados al contrato. Mi parte importante frente a los costos de estructuración, que sí es una interpretación del contrato y además de la interventoría, es que el concesionario, en caso de que éste no sea el mismo originador, deberá la suma de tanto.

El concesionario es el mismo originador y es el mismo originador bajo la explicación que dábamos primero, y es que el acta de adjudicación del concesionario, que no sé si está acá pero yo la puedo enviar, cuando revisamos nosotros este aspecto, el concesionario era el mismo originador, es decir, se

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

adjudica el contrato al mismo originador. Y desde ahí parte el concepto que fue solicitado a la interventoría en su momento frente a los costos de estructuración.

Esa controversia o esa diferencia en la interpretación del contrato se dio en la ejecución del mismo, es decir, se presentó que parte de los aportes de equity contenían la capitalización de la factura de los costos de estructuración, lo cual es un hecho que se puede realizar y que no va a en contravía ni de las normas contables ni de los registros financieros, es una operación que se puede dar y quiero ser clara en eso. Sin embargo, esa salía o tenía esa aclaración o ese disclaimer claro dentro de los informes, y además frente a la solicitud de la ANI, y es que el originador era el mismo concesionario, por lo tanto se solicitaba, y lo solicitó la ANI, quien es la parte del contrato, se debía reversar esa factura en esa fase del contrato.

Cuando se hizo la etapa de liquidación frente a los costos de estructuración fue claro que, como se encontraba en controversia, por lo tanto, esos costos iban a ser resueltos en el Tribunal y así dice la certificación.

DRA. MIER: Entonces, respondiendo a mi pregunta, es una interpretación de la...

SRA. CUBILLOS: Es un concepto la interventoría que solicitó la ANI, y el concepto que solicitó la ANI era si se debería hacer o no reconocimiento de los costos de estructuración.

DRA. MIER: Doctora, yo entiendo el conocimiento suyo y le agradecemos mucho su afán didáctico, pero mi pregunta es muy concreta: frente al contrato hay una cláusula que usted tiene en frente, con la venía del Tribunal, le puedo leer la cláusula que tiene frente a la testigo, la pregunta va dirigida a si el concepto de interventoría es una interpretación del contrato o ella obedece a lo que afirmó la testigo en la declaración, que era el texto del contrato.

Voy a leer el texto del contrato: una parte especial se dice costos de estructuración, "el concesionario, en caso de que éste no sea el mismo originador, deberá la suma de 16.791.578.824 pesos del mes de referencia masiva por concepto de costos de estructuración que será cancelado de la siguiente forma: A. al originador, Construcciones El Cóndor la suma de 13.076.880.000, y luego a la ANI el resto.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Por eso le estoy preguntando, le leí el contrato y usted lo tiene en frente, el contrato afirma que al originador, Construcciones El Cóndor, ya había pasado la adjudicación de la que usted habla y había pasado la aseveración del contrato. El contrato afirma que al originador se le deben 13 mil millones y el resto a la ANI, por eso la pregunta es si la negativa en el concepto de interventoría es una interpretación del interventor al contrato que se aleja de su texto.

SRA. CUBILLOS: No, quisiera entender cuando decimos se aleja del texto a qué hace referencia.

DRA. MIER: Cuando se dice al originador, Construcciones El Cóndor, el contrato reconoce que el originador es Construcciones El Cóndor, y el contrato reconoce qué se le deben los costos de estructuración, por eso le estoy haciendo la pregunta.

DR. GALLEGO: Presidente, perdón, se trata de que la testigo reconozca unos hechos no de que interprete...(interpelado)

DRA. MIER: Perdóneme, doctor Gallego, pero la testigo tiene una hora interpretando el contrato.

DR. ÁLVAREZ: El Tribunal considera que si vamos a entrar dentro de la interpretación del contrato o no, es un tema que nos corresponde a nosotros los árbitros. El punto es, yo pensaría que en reformular la pregunta en el siguiente sentido: ¿cuándo usted tomó o la interventoría libró el concepto a petición de la ANI, al que al que usted ha ilustrado al panel arbitral, usted se ciñó al texto del contrato o usted añadió algo al texto del contrato o le quitó algo al texto del contrato?

SRA. CUBILLOS: Primero voy a hacer una precisión y es que la interventoría es un equipo, la interventoría no es un profesional. Si bien es cierto tengo la posibilidad de abordar diferentes aspectos dentro del contrato por varias condiciones, la primera porque entiendo de ingeniería, porque soy ingeniera civil y puedo hablar con propiedad sobre aspectos técnicos, no entrando al detalle de lo que es o no es, sino dentro de la generalidad de lo que son los aspectos de un contrato de concesión y un alcance de obra en una infraestructura de cielo abierto, que es

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

una vía. Segundo, tengo experiencia en contratos de concesión de casi 13 años en la que he pasado de la primera hasta la cuarta generación. Tercero, soy especialista en finanzas, por lo cual me permite entender los aspectos financieros y dar el soporte dentro de mi obligación del contrato que era asistir las actividades financieras.

No obstante en eso, yo no estoy diciendo que la posición sea mía, estoy hablando que la interventoría generó un concepto frente al cual,... y no es un análisis ni financiero, es un análisis que acompaña una interpretación del contrato, y lo único que sí no puedo decir, y con lo cual me siento totalmente no habilitada, no sé si sea la palabra, más bien no habilitada para poder dar una respuesta desde lo jurídico, y no podría decir si lo que estoy diciendo es una interpretación o no, y pensaría que preferiría que las preguntas estén orientadas a no si estoy haciendo una interpretación o no del contrato, porque además jurídicamente no sé qué representa una interpretación. Lo que estoy diciendo es que cada profesional cuando lee un contrato, per se lo está haciendo.

Lo único que yo puedo decir es que cuando se analizó este aspecto dentro de la interventoría con los profesionales que involucra todo el equipo de interventoría, ese fue el concepto que dio la interventoría, y que yo, leyendo mi contrato, haciendo mi control, pues básicamente dice que el concesionario en caso de que no sea el mismo originador, y el originador cuando a mí me pasa el acta de adjudicación, el originador y el concesionario es exactamente el mismo. No tengo ni interpretaciones ni ninguna otra, creo que eso es un tema que se abordó además desde ser unos aspectos legales y desde los aspectos contractuales que sí saben hacer interpretaciones del contrato y creo que esa no es mi...

DRA. MIER: Usted tiene toda la razón, doctora, y le pido excusas. Es que usted lo afirmó varias veces durante su primera declaración...(interpelado)

SRA. CUBILLOS: Claro, porque es una posición de interventoría.

DRA. MIER: Okay, ¿pero es la posición de la interventoría, no es la suya propia?

SRA. CUBILLOS: Es una interpretación de la interventoría en la cual yo hago parte de un contrato.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

DRA. MIER: Quiere decirme entonces es de su conocimiento cuál es la razón por la cual se reconocen los costos de estructuración de la ANI y los del concesionario no, si en esta cláusula y en el análisis que haya hecho la interventoría, se parte del supuesto de que el originador no sea el mismo concesionario, ¿ por qué a la ANI sí y al concesionario no?, ¿cuál fue el análisis que se hizo?, ¿qué fue lo que tuvo en cuenta la interventoría en el informe que dieron?

SRA. CUBILLOS: Cuando se surte el proceso de estructuración y cada cosa que hace parte de mi respuesta tiene que ver con algún proceso en el que haya hecho parte, en algún momento también hice parte de procesos de estructuración de cuarta generación, es habitual o como está dispuesto en las ley de APP, es que no pueden haber una iniciativa privada sobre un corredor que ya tenga una propuesta de estructuración. El corredor de la concesión César-Guajira tenía previamente una iniciativa por parte de la ANI, donde se surtieron estos elementos.

Estos fueron unos gastos en los cuales ocurrió la agencia que tenía consagrados, por lo tanto, por no tener la misma posibilidad en este caso de hacer una retribución vía utilidad, de entrada fueron gastos que fueron reconocidos. Insisto, esto se da en la fase de ejecución del contrato en la cual está lo determinante que se debe pagar, y esa determinante también iba orientada claramente, en esa época que no había liquidación del contrato, no se había hecho reversión del contrato, sobre si esto se pagaba o no se pagaba.

Efectivamente esto fue un gasto que se generó en su momento y que en la medida en que el contrato seguramente se hubiera liquidado anticipadamente al mes y no se hubiera reconocido este gasto, pues hubiera sido un gasto que hubiera asumido la ANI, seguramente, o de las cuentas que hacían parte de su proyecto, de su presupuesto o de alguna fuente porque era una obligación ya causada. Vuelvo e insisto, en la estructura del proyecto, en la estructura del contrato de iniciativa privada no se reconoce o está orientada esta cláusula desde los conceptos, y voy a hablar desde el financiero netamente, no desde lo jurídico, insisto, desde el concepto financiero básicamente es que son gastos que, por ser pre operativos, también son catalogados algunos preparativos como costos muertos.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Es decir que hay pre operativos que van a la inversión y hay otros pre operativos que solamente se amortizan, como es el caso de estos gastos que se daban y que estaban solicitadas el concepto en la etapa de ejecución del contrato.

DRA. MIER: Pero ¿cómo se hizo la verificación de ese gasto para poder reconocérselo a la ANI y no al concesionario?

SRA. CUBILLOS: Creo que es importante abordar este aspecto, que vuelvo e insisto, lo hago desde lo que conozco. Esta es la etapa de estructuración, en la etapa de estructuración están los únicos gastos, que además van a riesgo porque puede ser un riesgo que ni siquiera se materialice con la adjudicación de un contrato, porque dentro de ese proceso en la etapa de factibilidad, la entidad que recibe la iniciativa privada puede rechazarla. Si es rechazo de la iniciativa privada, pues es simplemente un gasto que asumió el originador a cuenta y riesgo sin ninguna prestación del Estado o de la entidad que recibe esta iniciativa.

Así mismo, como lo dije particularmente para este corredor, la ANI venía estructurando un proceso, digamos que tomaba parte del corredor, no era exactamente el mismo, por lo tanto la agencia ya había incurrido en unos costos de estructuración, en unos gastos estructuración. Así como la agencia ya había incurrido en los gastos de estructuración en esta fase, el originador incurrió en unos gastos para poder surtir el trámite de la factibilidad en la etapa de estructuración y llegar a lo que hace un rato dije es un proceso de selección en el cual el originador fue el adjudicatario de esa concesión.

Justo cuando llega acá, hablamos de esa condición, el modelo financiero, que es el que establece la condición económica del contrato, a manera esquemática yo podría dividirlo así teóricamente, que corresponde a un período de inversión y a un período de operación. Incluido ese periodo operación, todo lo que hace referencia en este periodo inversión entonces tengo que básicamente debe ser como esté configurado, insisto, no conozco el modelo, pero teóricamente es como debe estar configurado, aquí están las inversiones de capex, que incluyen estudios y diseños, están incluidas, y todos los preparativos, entre ellos los costos estructuración. Por qué entre ellos? Porque en un proyecto o en un modelo financiero, el Project finance, lo que hace es que todos los preparativos están orientados a retribuir... la tasa de descuento del contrato.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Quiere decir que cuando vienen estos, así como el capex, que hace parte de los estudios y diseños que fueron un gasto real, los costos de estructuración tenían dos componentes: uno un gasto virtual, que era el del concesionario que sí se iba a retribuir vía su esquema; y un gasto de inversión, que también están configurados en la academia, una inversión que debía pagarse, de acuerdo a lo expuesto en el contrato a un tercero, que no era el originador. Por qué esos se pagan y no? Porque éstos no tienen la posibilidad, esa es la razón por la cual el concepto salió en ese sentido desde lo contable,... no va al esquema, y vuelvo e insisto, no puedo responderle de los considerandos legales...(interpelado)

DRA. MIER: Yo no le estoy pidiendo una respuesta legal, mi pregunta es muy concreta, la cláusula parte de un supuesto, y es el análisis financiero que hicieron al interior de la interventoría, la cláusula parte de un supuesto de cómo deben reconocerse esos costos de estructuración. Costos de estructuración se reconocen 13 mil y pico a construcciones El Cóndor y 3 mil y pico, si no estoy mal, a la ANI. La premisa es la misma, ¿cuál fue el análisis que hizo y es la pregunta que quiero que me conteste, porque no me ha contestado, esto es una clase que yo le agradezco mucho, este fue el análisis que hicieron?

SRA. CUBILLOS: Claro, desde lo contable ese es el análisis que se hace.

DR. GALLEGO: Presidente, ya ella ha dicho que hay un concepto escrito de la interventoría que recoge todas las posiciones de la interventoría, entonces yo pienso... (interpelado)

DRA. MIER: Pero a ver, doctor Gallego, usted hizo preguntas sobre el contrato, sobre el informe, si yo no puedo preguntar que me lo diga el presidente.

DR. ÁLVAREZ: Yo creo que la información que tiene de la testigo es suficiente para formar el juicio del Tribunal, si quiere pase otro tema.

DRA. MIER: Okay. Hablemos de las evidencias a las que se refirió usted que dejó la interventoría sobre el tema de los costos de estructuración, ¿sabe usted qué evidencias dejó la interventoría en el comité fiduciario para negar el reconocimiento de los costos de estructuración?

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

SRA. CUBILLOS: *No, están en los informes de la interventoría.*

DRA. MIER: *¿Sólo en los informes de interventoría? ¿Asistía el interventor a los comités fiduciarios?*

SRA. CUBILLOS: *Sí.*

DRA. MIER: *¿Y por qué no se pronunciaba en el comité fiduciario?*

SRA. CUBILLOS: *Fueron temas que se trataron en los comités fiduciarios y podemos ver las actas y son temas que se trataron dentro del comité.*

DRA. MIER: *¿Este tema en concreto de los costos de estructuración se trataron en los comités fiduciarios?*

SRA. CUBILLOS: *Sí.*

DRA. MIER: *Tiene usted de recuerdo ..(interpelado)*

SRA. CUBILLOS: *En todos los comités no, pero sí tratamos el tema en el comité.*

DRA. MIER: *Tiene usted recuerdo en qué época?*

SRA. CUBILLOS: *No, no recuerdo, tendríamos que pedir todas las actas de los comités y con gusto las puedo revisar para dar precisión sobre las fechas.*

DR. PINZÓN: *Señor presidente fue el otro tema documental al que hizo referencia la testigo, y que la doctora mencionó que sería bueno traerlos al expediente para con su venía, que ese documento lo aportemos, para que si fuera posible, ya fijaremos un término, para que esto que soporte la pregunta que acaba de contestar, más esos documentos nos los haga llegar dentro de un término que lo vamos a fijar."*

En relación con los documentos referidos por la testigo en este aparte del testimonio transcrito se tiene que revisadas las actas de comité que fueron aportadas por la testigo mediante correo electrónico remitido el 8 de noviembre de 2019 que fueron incorporadas al expediente en el CD que obra a folio 95 del cuaderno de pruebas No.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

2, no se evidencia dentro de las mismas mención alguna relevante en relación con debate o cuestionamiento originada en los costos de estructuración cobrados por Construcciones El Cóndor y que fueran reconocidos por la Fiducia.

Por su parte, frente al concepto proferido por la Interventoría en relación con la decisión adoptada por la ANI referida a la falta de reconocimiento de los costos de estructuración derivados de la factura 11324, en correo electrónico de 23 de octubre de 2019 cuya documentación anexa se incorporó al expediente en el CD consignado en el folio 90 del cuaderno de pruebas No. 2, se aporta **concepto de la Interventoría dirigido a la ANI con radicado ANI 2018-409-045654-2 de 9 de mayo de 2018** en que se precisa:

“Para esta interventoría, el argumento esgrimido en la demanda arbitral por parte de la sociedad concesionaria del Contrato de Concesión 006 de 2015, específicamente en lo relacionado con la procedencia del reconocimiento y posterior pago de los costos de estructuración con base en la tesis de que CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. y la CONCESIÓN CESAR - GUAJIRA S.A.S. son personas jurídicas completamente distintas, no es contundente, en la medida en que no guarda coherencia con lo previsto por la norma aplicable, tal como se expondrá más adelante.

En consideración nuestra, no cabe duda alguna que CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. y la CONCESIÓN CESAR - GUAJIRA S.A.S. constituyen personas jurídicas completamente distintas y en ese sentido, carece de objeto la declaración solicitada por la parte Convocante, en la medida en que es una declaración obvia y es ahí donde resulta de capital importancia tener en cuenta que la constitución de la sociedad concesionaria se realizó en cumplimiento de las exigencias establecidas por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura en la comunicación en la que se le otorgó a CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. aprobación de la etapa de factibilidad, y de las exigencias previstas en el contrato de concesión y del pliego de condiciones.

Fue así como CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A., con posterioridad a la Resolución No. 823 del 19 de mayo de 2015, mediante la cual se le adjudicó el contrato y antes de la celebración del mismo, conformó la sociedad concesionaria CONCESIÓN CESAR - GUAJIRA S.A.S. como persona jurídica de propósito especial cuyo objeto social corresponde de forma exclusiva a la

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

ejecución del referido contrato, de la cual es matriz Controlante y único accionista CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A., con un 100% de participación.

Al respecto y aprovechando la oportunidad para referirnos al respecto, no es clara, al menos para esta interventoría cual fue la motivación que le asistió a la Agencia Nacional de Infraestructura al haber solicitado a CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A., la conformación de un vehículo de propósito especial (SPV), ya que este requisito se estila cuando el originador presenta su iniciativa mediante una estructura plural, mientras que en el caso de marras, el originador era una persona jurídica tal como lo permite la Ley 1508 de 2012, que además de haber estructurado el proyecto, era quien contaba con la capacidad económica para financiar el Proyecto de APP; sin embargo, esta es una mera consideración que se realiza, no en aras de centrar en ella el debate, sino a modo de reflexión que pueda llegar a aclarar con suficiencia la voluntad que le asistió a la Entidad a la hora de formular ese requisito, que hoy sirve de asidero a las pretensiones del Concesionario.

Dicha exigencia habría tenido sentido también en el eventual caso en que en el transcurso del proceso de selección No. VJ-VE-APP-IPV-003-2015 adelantado por parte de la ANI, se hubieran presentado terceros interesados bajo estructuras plurales, sin embargo dado que tal situación no ocurrió y como consecuencia resultó CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A., adjudicatario, la Agencia Nacional de Infraestructura pudo haber desistido del requisito de constituir un SPV y de esa manera haber contratado directamente con CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A., en su condición de originador del proyecto, en los términos previstos en el artículo 10 y 19 de la Ley 1508 de 2012.

Retomando la línea de lo expuesto, en relación al argumento utilizado por parte de la sociedad concesionaria, esta Interventoría encuentra que le asiste razón a la CONCESIÓN CESAR - GUAJIRA S.A.S. de forma exclusiva en la distinción que debe hacerse sobre la existencia de dos personas jurídicas individualmente consideradas que constituyen por si solas dos sujetos de derechos distintos, sin embargo ello no desdibuja que CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A fue el adjudicatario del proyecto y la creación del SPV únicamente tuvo por finalidad cumplir con una exigencia prevista en el Contrato de Concesión, por tanto, no habría lugar al reconocimiento de los costos de estructuración.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Ahora bien, retomando lo expresado en líneas anteriores, en el sentido que las pretensiones no guardan coherencia con lo previsto en la norma, se tiene que tal afirmación encuentra sustento en que la situación descrita por el Convocante, no encaja en aquellas hipótesis en las cuales la norma prevé en reconocimiento de los costos de estructuración.

Al respecto se tiene que la norma aplicable en materia de Asociaciones Público Privadas, contempla el reconocimiento de tales costos en dos oportunidades, que son, bien cuando la iniciativa requiere la inversión de recursos públicos o, cuando existen terceros que manifiestan interés en el proyecto y como resultado de tal manifestación, son adjudicatarios. Esto, al tenor de lo dispuesto en los artículos 17 y 20 de la Ley 1508 de 2012, (...)

Así las cosas, y sin perjuicio de la decisión final que llegare a adoptar el tribunal arbitral, en criterio de esta interventoría, no resulta procedente el reconocimiento de los costos solicitados en el presente caso, en la medida en que la situación particular, no encaja en las hipótesis en las cuales la norma permite que obre dicho reconocimiento.

En ese sentido, es pertinente recordar que se está frente un contrato estatal y por tanto, la regulación que quieran darse las partes debe estar sometida, en forma inequívoca al imperio de la ley, de manera que no están llamadas a surtir efecto las disposiciones que se encuentra en contra de esta.

Finalmente, en cuanto al argumento del Concesionario en el sentido en que a su juicio operó la figura de la compensación de obligaciones en atención a que Concesión Cesar Guajira S.A.S tenía una obligación respecto de Construcciones El Cóndor S.A.S por concepto de costos de estructuración y a su vez, este último tenía una obligación respecto del primero por concepto de aportes de equity, es preciso señalar que en a la luz de las normas analizadas en el presente documento, nunca se generó la obligación de reconocer los costos de estructuración a Construcciones El Cóndor S.A.S en la medida en que no se cumplieron las hipótesis en ellas previstas, por tanto, no podía operar la figura de la compensación a la que se refiere el Concesionario, pues una de las obligaciones que a su juicio, fue objeto de la confusión, no nació a la vida jurídica.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Tal posición es coherente con el análisis realizado por la Agencia en la comunicación 2017- 300-018782-1 de 20 de agosto de 2017, en la cual manifestó "Se confirma por tercera vez que no procede reconocimiento de los Costos de Estructuración solicitado por la Concesión Cesar Guajira S.A.S" y en la cual, adicionalmente, se indicó que no resultaba procedente el pago de la factura presentada por Construcciones El Cóndor S.A. por el concepto aquí señalado, ya que se insiste, no existía obligación de efectuar tal reconocimiento."

En esa medida, del documento aportado por la testigo es evidente que la interventoría compartía la posición jurídica asumida por la ANI en relación con el no reconocimiento de los costos de estructuración reconocidos por el Concesionario al originador del proyecto.

En torno a la controversia de los costos de estructuración cobrados por el originador del proyecto, es importante considerar el comportamiento de las partes en torno al cumplimiento de los primeros giros equity del contrato y la verificación de este aspecto al momento de suscribir el acta de inicio.

En esa medida, en el contrato parte general, a folios 103 y 104 del cuaderno de pruebas No. 1 se definen los giros de Equity así:

"1.78 "Giro de Equity"

Es el valor mínimo correspondiente a los giros que deba hacer el Concesionario al Patrimonio Autónomo (Cuenta Proyecto) en los términos y condiciones previstos en este Contrato, en especial en la Sección 3.10 de esta Parte General. El Giro de Equity podrá ser deuda subordinada de socios al Proyecto. Sin embargo, en ningún caso esta deuda podrá estar al mismo nivel de la deuda de los Prestamistas y por lo tanto, el pago de la deuda subordinada de socios estará subordinado al pago de la deuda del Proyecto, excepto si media acuerdo escrito en contrario de los Prestamistas."

A su turno, la Sección 4.4 del Contrato Parte Especial a folio 334 del cuaderno No.1 de pruebas, precisa el monto y plazo para efectuar el primer giro Equity por parte de la CONCESIÓN:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Giros	Monto mínimo	Fecha máxima del Aporte
Giro 1	Dieciséis mil ochocientos treinta y cinco millones doscientos treinta y cinco (\$16.835.234.235) Pesos del Mes de Referencia	Fecha de constitución del Patrimonio Autónomo

Para efectos de poder cumplir con parte de los primeros giros equity pactados en el contrato, el 28 de julio de 2015 CONSTRUCCIONES EL CONDOR en calidad de acreedor suscribió con la CONCESIONARIA como deudor, el Contrato de Crédito Subordinado Accionista No. A que a folio 388 del cuaderno de pruebas No. 1 estipula:

"2.1. Préstamo. El Acreedor otorgó el Préstamo al Deudor por valor de COP \$15.406.763.255, de conformidad con los términos establecidos en este Contrato de Crédito.

(...)

2.3. Destinación. A través del Préstamo el Acreedor dio cumplimiento a su obligación de realizar un Giro de Equity bajo el Contrato de Concesión."

A su vez, el 25 de agosto de 2018 se suscribió nuevo Contrato de Crédito Subordinado Accionista No. 2 según se constata del documento digital No. 37 de la USB que reposa a folio 2 del cuaderno de pruebas No. 2 aportada con la reforma de la demanda de la CONCESIÓN, que a página 8 del referido documento consigna las siguientes cláusulas:

"2.1. Préstamo. El Acreedor otorgó el Préstamo al Deudor por valor de COP \$841.589.000, de conformidad con los términos establecidos en este Contrato de Crédito.

(...)

2.3. Destinación. A través del Préstamo el Acreedor dio cumplimiento a su obligación de realizar un Giro de Equity bajo el Contrato de Concesión."

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Volviendo al 28 de julio de 2015, CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A., **expidió factura No. 11324** que obra a folio 380 del cuaderno de pruebas No. 1, por valor de \$16.247.132.160 IVA incluido a la CONCESIONARIA por concepto de "los costos de estructuración de conformidad con lo establecido en la sección 3.7(A) de la parte especial del contrato de concesión".

En **comunicación de 31 de julio de 2015 expedida por Construcciones El Cóndor** aportada como documento digital No. 26 de la USB que reposa a folio 2 del cuaderno de pruebas No. 2 anexa a la reforma de la demanda de la CONCESIÓN, se certifica a la Fiduciaria Bancolombia:

"que la sociedad CONCESION CESAR GUAJIRA S.A.S, nos realizó el 70% del pago de la factura No. 11324 del 28 de julio/15 que equivale a \$9.804.303.890 más un IVA de 1.568.688.622 y nos practicó las retenciones respectivas"

Mediante **comunicación No. 303700200-8127-01017 de 3 de agosto de 2015** que obra como documento digital denominado APORTE EQUITY BANCOLOMBIA 3 AGOSTO en la carpeta 3 Estructuración, incluida en la carpeta Anexo 2 de la USB que obra en el folio 60 del cuaderno de pruebas No. 2 como anexo del dictamen pericial aportado con la reforma de la demanda, la Fiduciaria Bancolombia informa a la ANI:

*"En cumplimiento con lo establecido en el Capítulo IV, Cláusula 4.4 Giros de Equity del Contrato de Concesión - parte especial, bajo el esquema de Asociación Público Privada No. 006, suscrito el 30 de junio de 2015, de manera atenta, nos permitimos informar que el 31 de julio de 2015, la sociedad CONCESIÓN CESAR - GUAJIRA S.A.S aportó al Fideicomiso P.A. APP CESAR - GUAJIRA un total de Aportes de Diecinueve Mil Millones Pesos Mcte (\$19.000.000.000,00), discriminado en la suma de Siete Mil Seiscientos Veintisiete Millones Siete Mil Cuatrocientos Ochenta y Ocho Pesos Mcte **(\$7.627.007.488,00)** por concepto de Aporte en Dinero y Once Mil Trecientos Setenta y Dos Millones Novecientos Noventa y Dos Mil Quinientos Doce Pesos Mcte **(\$11.372.992.512,00)** como aporte en especie."*

De otra parte, a folio 89 del cuaderno de pruebas No. 1 **El contrato parte general** precisa la definición de acta de inicio:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

"1.3 "Acta de Inicio"

Es el documento que suscribirán el Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI o quien haga sus veces, el Supervisor de la ANI, el Interventor y el Concesionario para efectos de dar inicio a la ejecución del Contrato, previa verificación de los requisitos establecidos en la Sección 2.3 de esta Parte General dentro de los treinta (30) Días Hábiles siguientes a la suscripción del Contrato."

A folio 123 y 124 del mismo cuaderno se señala:

"2.3 Perfeccionamiento e Inicio de Ejecución del Contrato

(...)

(b) Para iniciar la ejecución del presente Contrato dentro de los treinta (30) Días Hábiles siguientes a la suscripción del mismo, se suscribirá el Acta de Inicio siempre que se hayan cumplido los siguientes requisitos:

(...)

(vi) El pago por parte del Concesionario de los Costos de Estructuración, cuando (i) el Concesionario seleccionado en el Proceso de Selección no sea el mismo Originador y (ii) en el evento de haberse configurado los presupuestos establecidos en el parágrafo primero del artículo 19 del decreto 1467 de 2012, en los términos señalados en la Parte Especial, salvo que la previsión de la Parte Especial prevea un plazo superior a los treinta (30) Días siguientes a la suscripción del Contrato, evento en el cual no se exigirá este requisito.

(vii) Que el Concesionario haya recibido efectivamente los Recursos de Patrimonio previstos hasta la Fecha de Inicio por parte de sus socios y/o Fondos de Capital Privado, según corresponda, y con esto se haya cumplido el respectivo Giro de Equity, de conformidad con lo previsto en la Parte Especial."

En los folios 373 a 379 del cuaderno de pruebas No. 1 se evidencia **el acta de inicio del Contrato 006 de 2015 fechada del 12 de agosto de 2015**, que en relación con los requisitos destacados del numeral 3.2 de la parte general del contrato, señaló:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.

c./

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

5504

<p>6. El pago por parte del Concesionario de los costos de Estructuración</p>	<p>De acuerdo con la revisión efectuada a los documentos remitidos por la Fiduciaria, se encuentra que el Aporte en Especie realizado por el Concesionario corresponde al pago del 70% de los Costos de Estructuración a la Firma CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.</p> <p>CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A emitió la Factura No. 11324 de Fecha 28 de Julio de 2015, por Valor de \$14.006.148.414 (Valor Actualizado) más IVA (16%) de \$2.240.983.746 para un total de \$16.247.132.160. El Concesionario, de acuerdo con la Certificación de CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A., pagó el 70% de dicha Factura, discriminado así: 70% del Valor Actualizado \$9.804.303.890 más IVA (16%) \$1.568.688.622, lo cual corresponde al Valor Certificado por la Fiduciaria como Aporte en Especie: \$11.372.992.512.</p> <p>Adicionalmente, mediante comunicación 3003700200-8127- 01017 del 03 de agosto de 2015, el Vocero de la entidad Fiduciaria Bancolombia informó que la Concesión Cesar Guajira S.A.S. el 31 de julio de 2015 aportó al Fideicomiso P.A, APP - CESAR - GUAJIRA, Subcuenta PA-APP-CG-ANI Costos de Estructuración, un total de aportes de Dos mil setecientos ochenta y cinco setenta mil setecientos sesenta y un pesos Mete (\$2.785.070.761,00), lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el literal (b) de la Sección 3.7 de la Parte Especial del Contrato de Concesión, y la</p>
---	--

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

	<i>instrucción dada por la entidad con la comunicación 2015-300-017332-1 de Julio 31 de 2015.</i>
<i>7. Que el Concesionario haya recibido efectivamente los Recursos del Patrimonio previstos hasta la Fecha de Inicio por parte de sus socios y/o Fondos de Capital Privado, según corresponda, y con esto se haya cumplido el respectivo Giro de Equity, de conformidad con lo previsto en la Parte Especial.</i>	<i>Mediante comunicación 3003700200-8127-01017 del 03 de agosto de 2015, el Vocero de la entidad Fiduciaria Bancolombia informó que la Concesión Cesar Guajira S.A.S. el 31 de julio de 2015 aportó al Fideicomiso P.A. APP - CESAR - GUAJIRA un total de aportes de Diecinueve mil millones de pesos Mete (\$19.000.000.000,00).</i>

(...)

Los firmantes dejan constancia que se han cumplido a cabalidad la totalidad de aspectos de suscripción y perfeccionamiento del documento contractual objeto de esta acta."

DIANA XIMENA CORREDOR REYES, quien rindió testimonio ante el Tribunal el día 16 de septiembre de 2019 y fungió como gerente financiera de la vicepresidencia de gestión contractual de la ANI para la fecha de ejecución y posterior terminación del contrato 006 de 2015, se refirió a la aprobación por parte de la ANI de los requisitos previstos para la suscripción del acta de inicio del contrato en los siguientes términos:

"DR. ÁLVAREZ: (...) ¿cuándo fue el acta de inicio?

SRA. CORREDOR: El acta de inicio, si la memoria no me falla, eso debió ser en el 2015 entre junio, no, tal vez julio o agosto del 2015.

DR. ÁLVAREZ: Porque para el acta de inicio se requería haber hecho algún tipo de aporte equity.

SRA. CORREDOR: *Sí, es más, si recuerdo, el acta de inicio, porque esa tenía que salir urgente, me acuerdo que en esa época yo me acuerdo que envié un correo cuando llegó la certificación de la fiduciaria indicando que había un giro en especie. Se alcanzó a enviar un correo a la fiduciaria preguntando a qué correspondía el tema y ellos lo que enviaron era que a los costos de estructuración. Entonces inicialmente vimos que los costos de estructuración son un pre operativo, eventualmente podría revisarse.*

Entonces, como el tema tocaba sacarlo ese día o ese día. Recuerdo que a mí prácticamente me llevaron el acta de inicio firmada, ya no se podía hacer ningún ajuste y vimos que dentro del acta de inicio se relacionaba como que había una factura y eso, pero digamos que frente al tema lo que dijimos es dejemos avanzar el tema, empezamos a revisar el tema internamente para ver si es válido o no, y pues más adelante la ANI tendrá como el espacio para poder revisar y dar alguna aclaración frente al tema. Entonces, después de todas esas mesas de trabajo fue que llegamos finalmente al concepto jurídico, en el concepto jurídico lo que nos indicó es que ese movimiento no se puede realizar, entonces fue cuando solicitamos hacer la reversión del documento.

(...)

DRA. MIER: *El pago integral del equity es un requisito esencial del acta de inicio?*

SRA. CORREDOR: *Sí, uno de los requisitos que se tienen que tener en cuenta es haber conformado los aportes equity dentro del proyecto, que era lo que le comentaba ahorita a los árbitros, que en su momento digamos lo que se verificó y se validó en el acta de inicio fue ese registro en especie, pero lo que se hizo al interior de la ANI fue avanzar con el tema.*

¿Por qué se aprobó de esa manera? Como les comentaba, a mí prácticamente me llevaron el acta de inicio ya suscrita, donde yo ya no podía opinar nada del tema, entonces lo que dejamos es validamos la propuesta que presentó el concesionario frente al acta de inicio, se suscribe pues para no tener inconvenientes con la ejecución del contrato, se da inicio al contrato, que era lo que en el gobierno querían, que se iniciara el proyecto, y lo que se hizo fue validar con la certificación de la fiduciaria que ellos afirmaban que se había cumplido con el aporte en equity en el proyecto, entonces ese fue como el soporte.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

DRA. MIER: Entonces será un problema responsabilidad los funcionarios que lo permitieron, pero la pregunta concreta es, ¿debía la ANI tener certeza contractual que el pago integral del equity estaba consignado en el patrimonio autónomo para suscribir el acta de inicio al contrato?

SRA. CORREDOR: Tomamos como soporte la certificación de la fiduciaria donde decía que se cumplía con el aporte en equity.

DRA. MIER: Esa no es mi pregunta, mi pregunta es ¿si de conformidad con el contrato debía la ANI tener la certeza de la consignación del equity integralmente para poder suscribir el acta de inicio?

SRA. CORREDOR: Se debía verificar que cumpliera con el equity. Lo que digo es que en su momento lo que se tomó es la certificación de la fiduciaria que decía que cumplía.

DRA. MIER: Usted dice que empezaron a inquietarse ¿desde cuándo? Me recuerda la fecha que...

SRA. CORREDOR: No, en ese momento, desde el momento en que a mí me enviaron el acta de inicio, porque eso sí lo recuerdo, envié un correo al gerente del proyecto de la época precisamente consultando por ese tema, porque era como la primera vez que se presentaba el tema, digamos que en ninguna parte del contrato de concesión decía con claridad si se podía hacer un aporte en especie o no, entonces lo que se empezó a hacer fue todas las indagaciones. Debieron haber estado ese día o un día antes de la firma del acta de inicio, no recuerdo la fecha exacta, pero...

DRA. MIER: ¿Quién era el gerente?

SRA. CORREDOR: El gerente en este proyecto, si no estoy mal, era Daniel Tenjo.

DRA. MIER: Esas inquietudes a las que usted hace referencia y que no obran en el expediente yo le solicitaría al Tribunal que le solicitara a la testigo que le remitiera, y la razón de mi pregunta es la deposición que hizo el administrador del patrimonio autónomo, que manifestó ante este Tribunal que antes de la

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

terminación del contrato no se había presentado al interior del patrimonio autónomo ninguna inquietud por parte de la ANI. Es una solicitud que dejó, el Tribunal resolverá.

¿Manifestaron las inquietudes o los resquemores que tenían respecto de este tema al concesionario o al patrimonio autónomo?

SRA. CORREDOR: Yo recuerdo que yo envié un correo al gerente, no recuerdo si el gerente del proyecto lo transmitió al concesionario, no sé, pero yo sí recibí un correo de la fiduciaria donde adjuntaba unos soportes del giro en especie, que fue lo que empezamos a revisar en su momento.

DRA. MIER: Doctora, para quien la está interrogando, y yo creo que para el fondo de la controversia es muy importante, me va a perdonar si soy incisiva en las preguntas, la temporalidad de todos estos cuestionamientos, quien la antecedió en el uso de la palabra, que es el administrador del fideicomiso, manifestó ante este Tribunal que la ANI solo había presentado inquietudes y requerimientos al patrimonio autónomo a partir de la terminación del contrato, entonces yo le solicitó... (interpelado)

SRA. CORREDOR: No, yo tengo unos correos, me tocaría hacer esa búsqueda en mis correos pero lo puedo buscar.

En relación con los correos a los que alude la testigo en su declaración sobre las inquietudes de la ANI en relación con el reconocimiento de los costos de estructuración y la verificación de esta situación con posterioridad al acta de inicio, a través de correo electrónico remitido por el apoderado de la ANI de 30 de septiembre de 2019 según consta a folios 403 a 405 del cuaderno principal No. 2, la testigo allegó entre otros documentos, algunos correos electrónicos cruzados sobre el tema, los cuales se incorporaron en un CD a folio 67 del cuaderno de pruebas No. 2 del que se destacan:

A páginas 13 y 14 del archivo digital remitido por la testigo, se evidencia **el correo electrónico de 11 de agosto de 2015 de 3:55 pm**, esto es un día antes de la firma del acta de inicio remitido por Diana Corredor dcorredor@ani.gov.co a Daniel Tenjo dtenjo@ani.gov.co, con asunto RV:CONCEPTO REVISION PRIMER GIRO EQUITYY PRIMEROS FONDEOS CESAR-GUAJIRA, en que se indica:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

"Daniel,

Una vez efectuada la revisión de las certificaciones emitidas por la Fiduciaria Bancolombia referidas al Primer Giro de Equity (Rad. 20154090475582) y Primeros Fondeos (20154090475592) realizados por el Concesionario del Proyecto Conexión Cesar-Guajira a fecha 31 de Julio de 2015, se observa lo siguiente:

a) El Primer Aporte de Equity fue realizado, de acuerdo con la Certificación por un Valor de \$19.000.000.000, cifra que supera al valor establecido en el contrato con su correspondiente indexación. Considerando que una parte de este valor (\$11.372.992.512), fue aportado en Especie, se han solicitado a la Fiduciaria los soportes que permitan validar el tema. CUMPLE EN VALOR TOTAL

b) Dada la fecha en que estos fueron realizados (31/07/2015), corresponde realizar la indexación definida en la Sección 3.10 (b) de la Parte General del Contrato de Concesión, con el IPC del mes anterior a la Fecha de Giro, es decir el IPC de Junio de 2015. CUMPLE

c) Al validar los valores indexados para los Primeros Fondeos de las Subcuentas: Predios, Compensaciones Ambientales, Interventoría y Supervisión y de Soporte Contractual, se observan algunas diferencias que podrían resultar de) número de decimales utilizados en el factor de actualización. Al tomar un Factor de Actualización de 1,07106 (5 decimales) CUMPLE.

d) Respecto de la Subcuenta MASC, el valor Fondeado es bastante inferior al que correspondería, dado que al haberse fondeado el 31 de Julio ya no corresponde el Aporte Semestral (5 Primeros días del mes de Julio) previsto en el Contrato, sino que corresponde el Aporte Anual, "Dentro de los 30 primeros días del año calendario de ejecución del Contrato contados a partir de la Constitución del Patrimonio Autónomo.". En tal sentido, el Concesionario contaría hasta el 29 de Agosto de 2015 para realizar este fondeo.

En relación con lo dispuesto en la Sección 3.7, (b) Costos de Estructuración -ANI, "(b) A la ANI o a quien designe expresamente la ANI en los términos que esta defina y sobre lo cual Notifique al Concesionario la suma de TRES MIL SETECIENTOS CATORCE MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

VEINTICUATRO (\$3.714.698.824) Pesos del Mes de Referencia más IVA que deberá ser cancelada en los siguientes términos..." se observa que el valor de \$2.785.070.761, depositado en la Subcuenta PA APP CG - COSTOS DE ESTRUCTURACION ANI , corresponde al 70% Indexado pero no Incluye el IVA Indicado en el contrato, razón por la cual se solicita la corrección correspondiente. El valor con el IVA asciende a \$3,230,691,622.53 en pesos de Julio de 2015, presentándose un faltante de: \$ 445,620,861.53. NOCUMPLE"

A folio 13 se evidencia que a las 4:21 pm del mismo 11 de agosto de 2015, Daniel Tenjo <dtenjo@ani.gov.co remite el correo descrito anteriormente a Roberto Barros Correa <roberto.barros@elcondor.onmicrosoft.com y a Patricia Muñoz Díaz <patricia.munoz@elcondor.onmicrosoft.com, con copia a otras funcionarias de la ANI:

"Buenas tardes, a continuación las observaciones de la Gerencia Financiera respecto de los fondeos y aportes por favor subsanar los pertinente."

Dado que en el correo de Diana Corredor el aspecto que se precisó que no cumplía con la verificación efectuada obedecía al pago de IVA de los costos de estructuración a reconocer para la ANI, la respuesta dada por construcciones el Cóndor así como la revisión de la ANI frente a dicha respuesta que se evidencian a páginas 11 y 12 del mismo archivo digital, se centran en la no causación del IVA a los costos de la ANI, no al reconocimiento de los costos de estructuración a favor del originador.

A folios 17 a 21 del mismo archivo digital se consignan correos cruzados entre funcionarios de la ANI de fechas 19 a 26 de noviembre de 2015 en donde se menciona que no pueden reconocerse los costos de estructuración cuando el originador y adjudicatario del proyecto son el mismo y el adjudicatario constituye una SPV, con quien se suscribe el contrato. Dichas discusiones se efectúan, no en el marco del Contrato 006 de 2015 del proyecto Concesión Guajira SAS, sino en relación con el Contrato 016 de 2015 del proyecto Antioquia – Bolívar, del que, conforme a las transcripciones de las cláusulas de esos correos, Construcciones El Cóndor S.A, es originador y adjudicatario del proyecto y es quien constituye como SVP a la sociedad Concesión Ruta al Mar S.A.S para la suscripción del contrato.

Volviendo al tratamiento de la Fiduciaria frente a la Factura 11324 con que Construcciones El Cóndor cobraba a la Concesión los costos de estructuración del proyecto, **el informe fiduciario de julio de 2015**, aportado al expediente por la

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Fiduciaria Bancolombia en respuesta al oficio librado por este Tribunal mediante CD contentivo de la carpeta 2015 que reposa en el folio 65 del Cuaderno de pruebas No. 2, precisa:

"5. EVOLUCIÓN DE LOS APORTES Y DEL PATRIMONIO DEL FIDEICOMISO

5.1. APORTES

Durante el período de objeto del Informe de Rendición de Cuentas se realizaron los aportes relacionados a continuación:

(...)

5.1.2 APORTES EN ESPECIE

Fecha	Tercero	Aporte
31-jul-15	Concesión Cesar - Guajira S.A.S	11.372.992.512,00"

Dicho informe fue presentado por la Fiduciaria **en el Comité Fiduciario No. 001 de llevado a cabo el 25 de septiembre de 2015**, según consta en acta aportada como documento digital No. 103 de la USB que reposa a folio 2 del cuaderno de pruebas No. 2 anexa a la reforma de la demanda de la CONCESIÓN.

Es del caso precisar que en el **Contrato Parte General a folio 182 y 183 del cuaderno de pruebas No. 1** se verifica:

"3.16 Términos y condiciones de obligatoria inclusión en el Contrato de Fiducia Mercantil

(...)

(d) Comité Fiduciario: El Contrato de Fiducia deberá prever y regular la integración y funciones del Comité Fiduciario. La ANI asistirá a todas y cada una de las sesiones que efectuó el Comité Fiduciario con voz, pero sin voto en la toma de decisiones que allí se sometan a consideración. Para fines de claridad, se precisa que la asistencia de la ANI a las sesiones de Comité Fiduciario, no podrá considerarse como una aceptación o aprobación de la ANI de las decisiones que

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

se tomen en el marco de cada sesión del Comité, ni se entenderán notificadas las disposiciones que en dichas sesiones se presenten o se adopten por los miembros del Comité Fiduciario."

En concordancia con lo anterior, **el Contrato No. 8127 de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos** celebrado entre la CONCESIÓN y FIDUCIARIA BANCOLOMBIA precisa en el parágrafo de la cláusula decima a folio 54 del cuaderno de pruebas No. 1 lo siguiente

"PARAGRAFO.- La AGENCIA asistirá a todas y cada una de las sesiones que efectuó el COMITE FIDUCIARIO con voz, pero sin voto en la toma de decisiones que allí se sometan a consideración. Para fines de claridad, se precisa que la asistencia de la AGENCIA a las sesiones de COMITÉ FIDUCIARIO, no podrá considerarse como una aceptación o aprobación de la AGENCIA de las decisiones que se tomen en el marco de cada sesión del comité, ni se entenderán notificadas las disposiciones que en dichas sesiones se presenten o se adopten por los miembros del COMITÉ FIDUCIARIO. La no asistencia de la AGENCIA a las sesiones del COMITÉ FIDUCIARIO a las que haya sido oportunamente citada, no será motivo de invalidez de la reunión ni de las decisiones que se tomen en el mismo."

En relación con los informes fiduciarios de rendición de cuentas, mediante **el Contrato No. 8127 de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos** celebrado entre la CONCESIÓN y FIDUCIARIA BANCOLOMBIA, en la cláusula sexta que se evidencia a folio 48 del cuaderno de pruebas No. 1 se precisa:

"SEXTA.- OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA: Además de las obligaciones legales previstas en el artículo 1234 del Código de Comercio y de aquellas consagradas en otras cláusulas del presente contrato, son obligaciones de la FIDUCIARIA:

(...)

PARAGRAFO SEGUNDO.- RENDICIÓN DE CUENTAS. La FIDUCIARIA se obliga a rendir cuentas comprobadas de su gestión al FIDEICOMITENTE y a la AGENCIA de acuerdo con lo establecido en la Circular Externa No. 029 de 2014 expedida por la Superintendencia Financiera y con las normas que la sustituyan, modifiquen o

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

adicionen, las cuales serán presentadas semestralmente dentro de los quince (15) primeros Días Hábiles del primer mes del siguiente semestral.

El FIDEICOMITENTE, la AGENCIA y la INTERVENTORA contarán con sesenta (60) días hábiles a partir del día siguiente al envío de la rendición de cuentas para que formulen sus observaciones. Transcurrido tal término sin que se reciba pronunciamiento alguno se entenderá que aquellos han aceptado en su totalidad el contenido de la rendición de cuentas, sin perjuicio de las facultades que tienen las autoridades de vigilancia y control para examinar estas cuentas y en general el desarrollo y ejecución de este CONTRATO DE FIDUCIA."

En **comunicación de 15 de diciembre de 2015** expedida por Construcciones El Cóndor aportada como documento digital No. 28 de la USB anexa a la reforma de la demanda de la CONCESIÓN, se certifica a Fiduciaria Bancolombia:

"que la sociedad CONCESION CESAR GUAJIRA S.A.S, nos realizó el 30% del pago de la factura No. 11324 del 28 de julio/15 que equivale a \$4.201.844.524 más un IVA de 672.295.124 y nos practicó las retenciones respectivas"

En comunicación **con Nro. 1E-213-2015 del 17 de diciembre de 2015** aportada como documento digital No. 27 de la USB anexa a la reforma de la demanda, la CONCESIÓN solicita a Fiduciaria Bancolombia:

"registrar el saldo de cuenta por Pagar a Construcciones el Cóndor S.A. Correspondiente al 30% de costos de estructuración Factura N° 11324 por valor de \$4.874.139.648 como un aporte en especie".

El informe fiduciario de diciembre de 2015, aportado al expediente por la Fiduciaria Bancolombia en respuesta al oficio librado por este Tribunal mediante CD contentivo de la carpeta 2015 que reposa en el folio 65 del Cuaderno de pruebas No. 2, precisa a página:

"5. EVOLUCIÓN DE LOS APORTES Y DEL PATRIMONIO DEL FIDEICOMISO

5.1. APORTES

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Durante el período de objeto del Informe de Rendición de Cuentas se realizaron los aportes relacionados a continuación:

(...)

5.1.2 APORTES EN ESPECIE

Fecha	Tercero	Aporte
31-dic.- 15	Concesión Cesar - Guajira S.A.S	\$ 1.374.544.660,00
31-dic.- 15	Concesión Cesar - Guajira S.A.S	\$ 4.874.139.648,00
Total Aportes en Especie		\$ 6.248.684.308,00"

Sobre la contabilización de la factura en el patrimonio autónomo y el efecto de que el giro equity se aceptara causado en especie, **la testigo MARIA EDILMA GAVIRIA CORREA (profesional de la Fiduciaria)** refirió lo siguiente sobre los costos de estructuración:

"DR. ÁLVAREZ: Muy bien. ¿Usted conoce algo de la factura número 11324 de 28 de junio de 2015?

SRA. GAVIRIA: Yo realmente no estaba en esa época, yo ingrese en este proceso de Cesar Guajira en el 2016, sin embargo, por el tema de la contabilización sí está el aporte de los 16 mil millones, que es lo que cuesta esa factura 11324.

DR. ÁLVAREZ: ¿Ese aporte de los 16 mil millones qué lo genera, de acuerdo a lo que usted conozca?

SRA. GAVIRIA: Las facturas, los costos de estructuración.

DR. ÁLVAREZ: ¿Los costos de estructuración?

SRA. GAVIRIA: Ujum.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

DR. ÁLVAREZ: Y esos costos de estructuración entran entonces dentro de la contabilidad...

SRA. GAVIRIA: Dentro de la contabilidad, porque es que el patrimonio autónomo es el centro de imputación contable del proyecto, ahí se registra todo, y esas facturas hicieron parte de esa contabilización de los costos de estructuración, que luego ya los cancelamos y quedó como un aporte.

DR. ÁLVAREZ: El ejercicio contable que ustedes hacen es simplemente llevar a contabilidad de una factura que le presentan.

SRA. GAVIRIA: El fideicomitente, y digamos que ese el reflejo de proyecto, entonces ahí se registran todos los costos y todo lo que esté asociado a la ejecución del proyecto.

DR. ÁLVAREZ: Sin determinar ningún tipo de control de legalidad o de...

SRA. GAVIRIA: No, digamos que nuestra función es registrar con los soportes contables, de acuerdo a la norma contable, registrar las facturas.

(...)

DR. PINZÓN En el mismo sentido en que está preguntando el presidente, Buenas tardes, Muchas gracias, ¿ese registro, en lo que usted ha descrito muy exactamente como centro de imputación contable, se lleva a cabo básicamente porque el fideicomitente lleva ciertos soportes o qué tipo de verificaciones hacen ustedes? ¿Cuál es el alcance del rol de la fiduciaria desde el momento en que se recibe una determinada solicitud de contabilización y la contabilización efectiva?, primer punto; y segundo, después hay certificaciones y constancias o trámites posteriores ¿en qué sentido y en relación con quiénes? Por supuesto lo que usted conozca y muy relacionado directamente con el caso más que una consideración general, si es tan amable.

SRA. GAVIRIA: Las facturas se revisan que sean obviamente del proyecto, que cumplan con las normas del estatuto tributario, que tenga pues todas las firmas correspondientes, eso hace parte del soporte del pago que nos manda el

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

concesionario, que es el ordenador del gasto, y ahí eso es básicamente. Nosotros no entramos a mirar si sí se ejecutó, si no se ejecutó, porque esa no es nuestra función como administradores fiduciarios, esa digamos que la tendrá el interventor u otros, pero nosotros miramos es que sí corresponda al fideicomiso, al proyecto, que cumpla con las normas del estatuto tributario para contabilización de una factura y que la persona que nos está ordenando sí sea nuestro ordenador de acuerdo a lo estipulado en el contrato de fiduciaria y el contrato de concesión.

(...)

DRA. MIER: Sabe usted, recuerda usted, y si lo sabe, por qué lo supo, ¿cuándo se hizo el registro de los costos de restructuración de esa factura y de todo lo que nos tiene aquí sentados?

SRA. GAVIRIA: Se hizo en diciembre 2015 y en julio 2015.

DRA. MIER: ¿Por qué se hizo en dos oportunidades?

SRA. GAVIRIA: Tengo entendido porque en una parte se estaba cobrando el 70 y en la otra el 30%, que una parte era para, no recuerdo... sé que era 11 mil para construcciones como gasto y los otros se pagaban a la ANI y no me acuerdo de la otra entidad.

DRA. MIER: Pues lo que recuerde. Diciembre 2015, julio de 2015. ¿Cómo es el manejo interno de la fiduciaria, usted dice que esto es un centro de imputación contable, cómo la manejan, usted a quién le informa lo que sucede con ese patrimonio autónomo?, ¿eso cómo es?

SRA. GAVIRIA: Inicialmente, cuando yo se constituye el patrimonio autónomo, se constituye por el contrato fiduciario, que ahí digamos hacen parte del contrato de la concesión, y a partir de ahí, también basados pues en las normas contables, en las normas NIIF, porque esto es NIIF grupo 1, con base en eso empezamos a desarrollar el registro contable. Empieza con un aporte, un aporte de los fideicomitentes, normalmente es para dar inicio, en algunas ocasiones es una cifra representativa y luego ya empieza a ejercer la dinámica el fideicomiso con los aportes del concesionario estipulados en la parte del contrato de concesión,

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

en la parte también en la especial, entonces ya se empiezan a hacer todos los registros. También todos los costos en que incurre el concesionario para construir la obra, tanto opex como capex, pues los opex de operación y mantenimiento, y los de obra.

Cómo funciona, en nosotros en fiduciaria tenemos varios procesos, está el proceso contable, el proceso de pagos, el proceso de causaciones. Entonces inicialmente nosotros llevamos una contabilidad de causación, no de caja sino de causación, entonces llegan las facturas, se causan, pasan por todo este proceso que les cuento, luego se pagan y cada mes emitimos informes de rendición de cuentas con copia a la ANI, al concesionario, también en el comité fiduciario, que es mensual, se les da a conocer los estados financieros, los flujos de caja y digamos que de esta manera se divulgan los registros que tenemos en la contabilidad.

(...)

DRA. MIER: Y para terminar con el tema de los costos de estructuración en cuanto hace a su registro, con la venia del Tribunal y mi contraparte yo quisiera hacer una pregunta, en su condición de administradora del fideicomiso y de conformidad con la normativa que usted debe observar, ¿considera usted que la contabilidad y los registros contables del fideicomiso están llevados conforme a la ley?

SRA. GAVIRIA: Sí.

(...)

SRA. GAVIRIA: Yo no soy contadora, yo soy administradora de empresas, sin embargo, el equipo que tenemos en la fiduciaria, el equipo contable es muy calificado, todos los asientos contables, si se tienen serias dudas se indaga y se pregunta, y hay un área de razonabilidad que miran la razonabilidad del registro, entonces lo que dice la contabilidad del fideicomiso refleja para mí y para mi área contable la realidad del negocio. Entonces yo digo que los registros de la fiduciaria contables están de acuerdo a las normas vigentes y con los registros verídicos, soportados.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

DR. ÁLVAREZ: Pero, obvio es, a ustedes les llegan en dos oportunidades, que usted ha mencionado, julio del 2015 y diciembre del 2015 dos facturas, ¿ustedes podrían negar el registro de esas facturas?

SRA. GAVIRIA: Sí, si va en contravía del fideicomiso, si no cumplen con la norma del estatuto tributario, si digamos nos están cobrando una cosa irrisoria, una cosa que no tiene nada relacionado con el proyecto, básicamente esas son como unas pequeñas validaciones que se hacen. En ningún momento entramos a mirar si sí se construyó toda esta vía porque no es nuestra competencia, pero sí que las facturas reflejen la realidad del proyecto que estamos ...(interpelado)

DR. ÁLVAREZ: Como costos de estructuración ustedes tenían que registrarlas, ¿estoy en lo correcto?

SRA. GAVIRIA: Sí, señor.

DR. ÁLVAREZ: Sin entrar a mirar si existía el derecho sustantivo.

SRA. GAVIRIA: No, ya esa es como otra parte que no nos responde a nosotros.

DR. J. PINZON: Usted ha usado 2 expresiones, la realidad del negocio y la contravía. ¿Qué hacen internamente y quién lo hace para establecer que sí vaya por la vía que es y que sí corresponde a la realidad negocio? Es un poco complementando la pregunta del presidente, ¿cuándo no se registra? ¿Contra qué se contrasta?, y cuándo sí, ¿contra qué se contrasta? Porque usted también ha sido clara en qué cuál es el alcance del contrato y cuál puede ser el del contrato de concesión, ¿qué hacen internamente para registrar o no registrar?

SRA. GAVIRIA: Nosotros lo que hacemos, por ejemplo, los costos de estructuración o los pagos al epecista vienen acompañados por unas actas de obra que dice qué se está construyendo, qué partes, cuánto costó, viene con las firmas que deben venir esas actas, eso es lo que se valida, pero ya realmente cuál ha sido el avance, eso sí no lo hacemos nosotros.

DRA. MIER: Y cómo manejaron el tema de costos de estructuración si ya se estaban colocando las glosas que la ANI había solicitado colocar, ¿cómo hicieron todo eso en los informes finales del fideicomiso?

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

SRA. GAVIRIA: *Está como deuda subordinada.*

DRA. MIER: *Está como deuda subordinada, es decir, está como cuenta por pagar, cuentas por cobrar.*

SRA. GAVIRIA: *Cuenta por pagar.*

DRA. MIER: *¿Por pagar de quién a quién?*

SRA. GAVIRIA: *Al concesionario.*

DRA. MIER: *¿Eso está en el informe final de la rendición de cuentas, está en los estados financieros del patrimonio autónomo?*

SRA. GAVIRIA: *Sí.*

DRA. MIER: *Qué objeción formuló la ANI, ¿si la formuló?*

SRA. GAVIRIA: *No.*

DRA. MIER: *¿Ninguna?*

SRA. GAVIRIA: *No.*

DRA. MIER: *¿Cuándo fue remitido ese informe final a las partes del fideicomiso?*

SRA. GAVIRIA: *En el mes de junio se remitió... ..(interpelado)*

DRA. MIER: *¿De junio de qué año?*

SRA. GAVIRIA: *De junio del 2018.*

DRA. MIER: *Junio del 2018.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

SRA. GAVIRIA: En junio del 2018, también en agosto hubo otro informe y de todas maneras mensualmente se siguen remitiendo hasta que no se liquide el fideicomiso, en informe final.

DRA. MIER: Los informes de ingresos, costos y gastos del proyecto se hicieron en el informe digamos de cierre de proyecto, ¿ese al que se está refiriendo, el que fue enviado a las partes?

SRA. GAVIRIA: Sí se enviaron por años, se envió el 2015, 2016, 2017, 2018 firmado y certificado por la contadora ...(interpelado)

DRA. MIER: ¿Esos rubros son objetos de actualización, de alguna actualización?

SRA. GAVIRIA: Sí, a valor presente, pero nosotros remitimos el total de las facturas... es uniforme con el que llegamos de acuerdo con la ANI, la interventoría de cómo mostrar todos los costos. Entonces están los números de factura, el beneficiario, la fecha de causación, la fecha de pago, el NI del tercero ya totalizado por año.

DRA. MIER: ¿En ese informe que ustedes relacionan queda explícito qué elemento o qué instrumento están utilizando ustedes como patrimonio autónomo para actualizar las cifras?

SRA. GAVIRIA: No, en ese informe de costos y gastos no, en el informe de costos y gastos están las facturas por el valor real de la factura.

DRA. MIER: ¿Por valor real qué quiere decir?

SRA. GAVIRIA: Por el valor real de la factura, el valor bruto de la factura, el valor que trae la factura.

DRA. MIER: ¿A pesos de cuándo?

SRA. GAVIRIA: A precios de hoy.

DRA. MIER: Pero entonces sí están actualizados, si le estoy entendiendo bien.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

SRA. GAVIRIA: O sea, si estamos hablando de costos de estructuración, sí; si estamos hablando de otro tipo de facturas, es por el valor que llega la factura, el valor presente.

(...)

DR. J. PINZÓN: Usted mencionó, y sé que no es contadora, la noción de deuda subordinada como un continente que puede tener aquí alguna relación, continente algunas cuentas, me explico. Nos quiere explicar dentro de un contrato como esté en qué consiste ese cajón de la deuda subordinada, deuda frente a quién, subordinada a qué, cómo juega eso?

SRA. GAVIRIA: Los socios se endeudan para poder hacer los aportes al fideicomiso, se endeudan con un tercero para aportar al fideicomiso.

DR. J. PINZÓN: Y se subordina a qué la deuda?

SRA. GAVIRIA: El costo. Pues el activo subyacente a esa deuda subordinada es lo que van a recibir de retribución del fideicomiso y esto.

(...)

DR. GALLEGO: Gracias, presidente. Voy a cambiar el orden de mis preguntas aprovechando. ¿Aquí se tiene claro que el primer giro de equity a la cuenta proyecto era la factura, cierto? ¿Con eso se dio cumplimiento al inicio del fideicomiso, con el primer giro de equity, cierto?

SRA. GAVIRIA: Sí.

DR. GALLEGO: Ahora en la demanda y en la pregunta que le hace la doctora Patricia, también usted afirma que esa misma factura se volvió deuda subordinada, entonces yo quisiera que nos explique un poco cómo esto primero es una aporte en especie pero también es una deuda subordinada.

SRA. GAVIRIA: La verdad no sé lo sé explicar.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

DR. GALLEGO: De esos aportes que periódicamente debía hacer el concesionario a esa cuenta, ¿cuánto se hicieron en especie?

SRA. GAVIRIA: 2.

DR. GALLEGO: ¿Que eran?

SRA. GAVIRIA: Las facturas de estructuración.

DR. GALLEGO: ¿Pero la factura era una sola o eran dos?

SRA. GAVIRIA: Eran dos facturas, era una que valía 16 mil, pero se partió como en dos, en 11 mil y en 4 mil, algo así.

DR. GALLEGO: ¿Y usted recuerda el primer asiento que le hicieron contablemente a ese fideicomiso era o no un aporte en especie?

SRA. GAVIRIA: No recuerdo, es que como no estaba ahí, no recuerdo.

DR. GALLEGO: Pero sí recuerda que a ese proyecto o a esa cuenta le aportaron en especie.

SRA. GAVIRIA: Sí, porque nosotros llevamos un control de aportes, entonces dentro del control de aportes aparecen esas facturas como aportes en especie.

DR. GALLEGO: Y cuál es la especie en esa...

SRA. GAVIRIA: La factura como tal de estructuración.

DR. GALLEGO: Este fideicomiso estaba instituido para financiar con los ingresos los gastos del proyecto o los gastos antes del proyecto?

SRA. GAVIRIA: Los gastos del proyecto.

(...)

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

DR. GALLEGO: *Usted podría ilustrar al Tribunal, si lo sabe, si lo recuerda, puntualmente ¿a qué se refería la inconformidad de la ANI con esos registros?*

SRA. GAVIRIA: *Que no los reconocía como un aporte por tratarse de costos de estructuración, entonces nos dijo un texto, que no lo rezo en este momento, pero un texto puntual que deberíamos colocar en los informes.*

DR. ÁLVAREZ: *Gracias.*

DR. GALLEGO: *Para mayor claridad del Tribunal usted podría explicarnos qué hizo la fiduciaria, ¿cuál fue el tratamiento contable, el trámite, la imputación, la notación que hizo el patrimonio autónomo, la fiduciaria administradora del patrimonio autónomo con esa factura?*

SRA. GAVIRIA: *Sé que esa factura en este momento está en el intangible, si recuerdo bien. Primero la contabilizó en el pasivo, luego cuando la reconoció la llevó como aporte y hoy está en el activo intangible.*

DR. GALLEGO: *Y en esas tres operaciones que usted me acaba de relacionar, ¿cuándo es un aporte en especie?*

SRA. GAVIRIA: *Cuando uno es aporte en dinero propiamente sino que aporta algo en especie, como en este caso la factura, una propiedad o un carro, eso es como el aporte en especie.*

(...)

DR. GALLEGO: *Si usted registró, como lo dice la demanda, esa factura como un aporte en especie, por qué después en vez de sumarle al patrimonio le resta?*

SRA. GAVIRIA: *La verdad yo no soy contadora y no se lo podría responder, no soy la contadora del fideicomiso, en este momento no se lo puedo responder.*

DR. GALLEGO: *Además de toda esta figura del aporte en especie y de la deuda subordinada, también se refiere la demanda a que en la fiducia se hizo una operación de compensación, usted podría explicarle al Tribunal en qué consistió esa compensación al interior del encargo del negocio fiduciario?*

SRA. GAVIRIA: Tengo entendido que esa compensación es porque no se le pagó al concesionario el valor de la factura si no se dejó como aporte en el fideicomiso."

DIANA XIMENA CORREDOR REYES (gerente financiera de la vicepresidencia de gestión contractual de la ANI) fue consultada sobre el cumplimiento del giro equity con el aporte en especie al compensar la factura 11324:

"DR. GALLEGO: Cambiando de tema, usted puede ilustrar al Tribunal financieramente cuál era el papel del equity en este negocio?"

SRA. CORREDOR: Del equity? Pues digamos que todo contrato de concesión tiene dentro de sus obligaciones unos aportes de equity que se tienen que hacer al contrato de concesión como uno de los requisitos del contrato, y pues para verificar... Digamos, el equity lo que me hace es determinar las necesidades que tiene el concesionario, entonces esas se pueden cubrir sea por equity o sea por deuda. Entonces digamos el contrato lo que establece es que una porción es con equity y otra porción es vía deuda del contrato, pero pues digamos que entre la suma de los dos lo que se establece o lo que se pretende es cubrir todas las necesidades de caja que tenga el proyecto de concesión.

DR. GALLEGO: Y en este caso se cumplió la parte del equity en su totalidad?"

SRA. CORREDOR: En este contrato estaban establecidos unos aportes de equity, digamos que sobre eso hay una controversia, porque el concesionario empezó a hacer unos aportes en especie y el contrato en ninguna parte válida que se haga ese aporte en especie. Solamente en algunos, por una comunicación del vicepresidente de estructuración de la época, solamente cuando se hacían unos gastos pre operativos, en algunos casos era permitido el giro equity en especie porque no había otra forma de registrar esto contablemente dentro del contrato de concesión, pero digamos que en la generalidad del contrato, el contrato solamente me habla de aportes en efectivo, o sea, aportes líquidos para el contrato de concesión.

Acá se dio el caso que el concesionario digamos registró una factura como un aporte en especie y ahí lo que se empezó fue a verificar realmente si procedía o

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

no procedía digamos ese registro contable que había realizado el concesionario. En su momento, para el acta de inicio me acuerdo que se validó, existieron una inquietudes de por qué ese aporte en especie, si era válido o no válido. En ese momento finalmente lo que se dijo fue demos acta de inicio al contrato de concesión y digamos que seguimos revisando el tema internamente pues para validar si procede o no esa información dentro del contrato.

Cuando empezamos a revisar el tema solicitamos concepto a la vicepresidencia de estructuración en su momento, porque empezamos a tener, digamos diferentes, desde mi rol, yo empecé a tener diferentes interpretaciones con todos los contratos de concesión que yo tenía a mi cargo. Entonces yo tenía, básicamente esto de la interpretación se había dado en las iniciativas privadas, entonces yo tenía otros contratos de concesión donde todos tienen digamos la misma regla general del contrato en donde lo que específica es que cuando el originador es el mismo adjudicatario, no procede los costos de estructuración.

Tenía iniciativas privadas donde todos eran el mismo caso y donde ellos nunca cobraron los costos de estructuración, nunca hubo ese pago, y tuve el caso de este contrato donde sí se había digamos hecho ese pago y lo habían hecho con una figura de aporte en especie. Entonces empezamos a indagar si esto era viable, no era viable, pedimos el concepto jurídico a la vicepresidencia de estructuración, la vicepresidencia estructuración lo que nos contestó era que no era viable en este caso, porque el originador era el mismo adjudicatario y lo que se había hecho acá era que el originador dentro de su aprobación de las condiciones de factibilidad aceptó constituir un SPD para ejecutar el contrato de concesión. Entonces que no se podía interpretar que fuera una figura jurídica diferente.

Entonces que en este caso no procedía esos costos de estructuración, entonces lo que se hizo fue hacer una comunicación al concesionario, a la fiduciaria, solicitando que se hiciera la reversión del registro contable que ellos habían efectuado en este caso. Pero digamos que todo surgió, como todos estos proyectos de 4G eran nuevos, eran los primeros que se estaban realizando, no se hacía como una línea definida frente a este tema en la ANI, entonces, después de que jurídicamente revisaron el tema, verificamos todos los contratos de concesión que había en otros temas donde efectivamente ellos nunca cobraron

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

el tema y era el mismo esquema, el mismo originador presentó la propuesta, se lo ganó, constituyó el SPD y funcionaba de la misma forma.

Entonces, otros contratos nunca lo cobraron y éste tenía el caso particular donde sí lo estaba cobrando, entonces ahí fue donde nos empezaron a generar las inquietudes, empezamos a indagar y digamos que el concepto final jurídico de la ANI era que no procedía en este caso para este proyecto en particular.

DR. J. PINZÓN: Doctor Gallero, si me permite, qué pena interpelar. Gracias, doctora Corredor. Usted recuerda en qué momento exactamente Y en qué circunstancias se produjo ese concepto jurídico que ha mencionado?, y en segundo lugar, si ese concepto fue conocido por el concesionario?, qué nos puede contar sobre ese concepto jurídico? No el contenido, me explico? No necesito que me dé una opinión legal, sino cómo se genera ese concepto y qué conocimiento tiene el concesionario, eventualmente de la fiduciaria, no sé.

SRA. CORREDOR: Sí, el concepto se pidió, la vicepresidencia lo emitió, hasta donde recuerdo ...(interpelado)

DR. ÁLVAREZ: Cuándo se pidió?, en qué momento?

SRA. CORREDOR: Si no estoy mal, todo empezó a revisarse, al comienzo no hubo concepto formal, habían como mesas de trabajo donde se preguntaba, pero creo que el concepto formal, si no estoy mal, salió en el 2016 en la ANI, o sea, ya después de que había pasado digamos como un año en que se había revisado el tema internamente.

No recuerdo si se le adjuntó al concesionario, yo creería que sí, pero me tocaría a revisarlo porque este fue el soporte que nosotros tuvimos para decirle al concesionario que se hiciera el reintegro del ajuste contable. Pues no recuerdo en ese momento si lo adjuntamos o no, pero sé que en la comunicación que se envió al concesionario sí se manifestó como la posición que tenía la ANI frente al tema y se indicaba este tema, y pues ahí digamos que fue que el concesionario no estuvo de acuerdo y pues finalmente terminamos en la controversia que nos tiene aquí en el Tribunal.

DR. J. PINZÓN: Muchas gracias.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

DR. ÁLVAREZ: Tenemos claro, pero le pregunto si la misma claridad la tiene usted, que los aportes a los que usted se ha referido se producen a través de dos facturas, una de julio de 2015 y otra de diciembre de 2015, estoy en lo correcto?

SRA. CORREDOR: Una de julio y una de diciembre... sé que unos aportes equity estaban con cargo al 70%, que eran con el acta de inicio, y el 30% estaba con el cierre financiero, yo creo que sí coinciden más o menos con los que usted nos está indicando."

A su turno, **la testigo MARTIZA CUBILLOS PRADA (profesional financiero de la Interventoría)** refirió lo siguiente sobre el cumplimiento de los giros Equity con la compensación del valor cobrado por el originador por concepto de los costos de estructuración:

"DR. ÁLVAREZ: Cuéntenos, porque ya es tema no solamente de la demanda, sino de varios testigos que hemos recibido, ¿cómo se registró el tema de la cuota de estructuración o del valor de estructuración?

SRA. CUBILLOS: Bueno, frente a eso, cuando se da todo el proceso de la legalización de la factura de los costos de estructuración, la interventoría, la ANI, inclusive, opera una vez ya se ha hecho el registro. El registro no pasa o no tiene una aprobación previa ni por parte de la ANI ni por parte de la interventoría, es decir, no hay una aprobación de ese gasto para poder ser causado.

Cuando se empezaron a revisar esta información, se evidenció que la factura de los costos de estructuración que había pasado al concesionario al patrimonio autónomo, dentro de lo que estaba dispuesto en el contrato, se había capitalizado y había hecho parte de los aportes de equity que tenían que irse reportando en la medida en que se fueran dando los cumplimientos del contrato. Cuando este fenómeno sucedió básicamente lo que dijimos es, teniendo en cuenta que este contrato fue adjudicado al mismo originador, no deben pagarse estos costos de estructuración, por lo tanto debería reversarse esa factura, y así fue como se dio empezó esta discusión sobre el tema de los costos de estructuración.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

La factura ya se había legalizado en el patrimonio y se había capitalizado, sin embargo siempre se dejaron por fuera y no hacían parte del cumplimiento del equity, no se tenían en cuenta para sumarlos dentro de cumplimiento del equity, sin embargo siempre estuvo en cumplimiento al concesionario ... (interpelado)

DR. ÁLVAREZ: ¿Me puede explicar eso? es decir, hacía parte del equity, ustedes dijeron que no.

SRA. CUBILLOS: Que no, exacto, pero nunca hubo un incumplimiento, porque el cumplimiento es que deben haber unos giros mínimos. Los giros siempre estuvieron por encima de lo mínimo contractual, entonces no había tampoco un incumplimiento por parte del concesionario en el cual no tuviera sus aportes al día. Sin embargo, estos aportes que habían sido capitalizados y que se denominaban aportes en especie, y que así los certificaba la fiduciaria, no eran tenidos en cuenta y se dejaba una nota dentro de los informes que se iban presentando mes a mes, que éstos teniendo en cuenta la posición de la ANI y que era validado por la interventoría, eran unos aportes o era una factura que no debía capitalizarse ni registrarse en patrimonio autónomo. Hasta ahí digamos que esas eran las posiciones tanto de la interventoría y de la ANI, y la posición del concesionario era que era un gasto que debía reconocerse.

Por qué llegamos en ese momento, esto era más o menos los primeros 6 meses de ejecución del contrato, digamos que todos los cumplimientos y todas las revisiones que se hacían tanto de la parte financiera, jurídica en el cumplimiento de pólizas, técnica, todo digamos que se le iba haciendo seguimiento mensual y se iba reportando, en ese momento cuando la ANI nos solicita un concepto sobre esto, es por qué no debía reconocer los costos de estructuración. El no reconocimiento de los costos de estructuración básicamente daban a que, si bien es cierto el concesionario aludía, y fue una de las comunicaciones que llegó por parte del concesionario, que no era el mismo estructurador porque su naturaleza jurídica era diferente y el SPV modificaba, etcétera, cuando empezamos a revisar toda la documentación previa y todo lo de costos estructuración y demás, vimos que además el contrato sí fue adjudicado a nombre de construcciones El Cóndor.

Digamos que frente a esa información también decíamos, pues sigue siendo el mismo originador porque el originador es El Cóndor, por tanto nosotros seguimos

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

*considerando que sigue siendo el mismo originador el concesionario. Entonces digamos que esa fue siempre la posición y básicamente se fue registrando. En el patrimonio autónomo no existe una reversión de la factura, porque tiene que ser algo que se ha solicitado por el concesionario para que él pueda hacer ese movimiento, por lo siempre se... una controversia la cual tenía que resolverse.
(...)*

DR. GALLEGO: Volvamos a su cuadro, usted habla de que los fondeos, entre los fondos al inicio del contrato están los giros de equity, que son los ingresos iniciales que aporta el concesionario al proyecto... esos giros de equity en alguna parte del contrato se pueden hacer en especie o se tienen que hacer en dinero?

SRA. CUBILLOS: Eso es una disposición contable, es decir... (interpelado)

DR. GALLEGO: Según el contrato, según el contrato cómo es el tratamiento de los giros de equity?

SRA. CUBILLOS: Los giros de equity tienen que registrarse en el patrimonio autónomo, es decir, cuando yo estoy diciendo que yo tengo que cumplir mi obligación frente a tener unos recursos para generar unos gastos, si bien es cierto dentro del esquema financiero y el esquema contable existen gastos, tanto reales como virtuales y están catalogados así. Gastos virtuales entre ellos también están la depreciación, las amortizaciones, no sé, cualquier tipo de intangible, quiere decir que cuando uno registra también un gasto como un intangible o como un movimiento virtual también es posible que haya un registro o un ingreso de la misma naturaleza.

DR. GALLEGO: Repito la pregunta, el contrato permitía aportes en especie en materia de equity?

DRA. MIER: Objeto la pregunta porque se le está pidiendo el testigo una interpretación del contrato y es interventoría hasta donde sé, ella está aquí como testigo de hechos.

DR. ÁLVAREZ: La respuesta la queremos concreto, usted recuerda si el contrato permite aportes en especie o todos tienen que ser en dinero?

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

SRA. CUBILLOS: El contrato no especifica sobre la naturaleza de los aportes, el contrato simplemente dice que se deben hacer unos aportes para dar cumplimiento contractual a lo que certifica la fiduciaria, que es la única fuente de información.

DR. GALLEGO: ¿Podríamos pasar a la primera página de su gráfico, por favor? Dentro de la clasificación de ingreso de gastos a reconocer en el ARH, usted establece que hay dos en particular, los costos de estructuración y los fondeos. Los costos de estructuración... ¿al hacer un aporte de especie como fondeo se estaba pretendiendo cubrir los costos de estructuración?

SRA. CUBILLOS: No, señor.

DR. GALLEGO: ¿Nos podría aclarar eso?

SRA. CUBILLOS: Bueno, básicamente digamos que la explicación del fondeo hace referencia a esta estructura. El proyecto como única fuente que tiene los aportes de capital privado, es decir, los aportes de equity, se distribuye de dos maneras, en dos grandes grupos: uno son los recursos que hacen parte del cuenta proyecto que tienen destinación del proyecto en general y una distribución específica dentro del contrato que hace referencia a las subcuentas especiales, las subcuentas especiales entendidas como aquellas cuentas que tienen unas obligaciones de alguna manera relacionadas con la Agencia Nacional de Infraestructura o que quedan por fuera, dentro de los riesgos que se le pueden asignar al contrato dentro del proyecto.

Es decir, los riesgos, o más que el riesgo, porque no quiero verlo como riesgo sino -...se delimitan desde el contrato tienen que ser pagados o controlados de manera especial. Entonces, si nos damos cuenta aquí, para ser un poco más clara en la respuesta, los costos de estructuración hacen parte de la cuenta proyecto, o salen o tienen como fuente de pago los recursos que van a la cuenta proyecto dentro de la distribución de los aportes de capital. Dentro de los pagos que se hacen en las subcuentas especiales no están incluidos los costos de estructuración, por eso es que estos fondeos se reconocen al 100% del fondeo, porque solamente son pagos que están directamente relacionados con estas actividades y que al final su saldo hace parte de lo que queda disponible para hacer la liquidación del contrato, en este caso.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

DR. GALLEGO: ¿Usted recuerda cuál era el concepto de la factura a la que usted hizo referencia al Tribunal al inicio de su declaración, que se había incluido una factura como un costo o cómo qué? ¿Se acuerda de qué era la factura, cuál era el concepto de la factura?

SRA. CUBILLOS: No me acuerdo del concepto como está escrito, pero las facturas hacía referencia a los costos de estructuración del proyecto a nombre de construcciones El Cóndor

DR. GALLEGO: Y cuando ustedes hicieron la validación de los componentes del ARH ¿esa factura qué se volvió Equity o qué se volvió a la factura?

SRA. CUBILLOS: No, la factura en la etapa de liquidación ya es un gasto reconocido dentro del patrimonio.

DR. GALLEGO: No, ¿en los asientos contables de la fiducia qué era la factura?

SRA. CUBILLOS: En la fiduciaria, desde que fue recibida la factura, es decir, esto es anterior a la etapa de liquidación y es la razón por la cual hay controversia frente a ese reconocimiento, teniendo en cuenta que cuando fueron reportados como aportes de capital en especie, el concepto que se dio por la interventoría y la ANI es que no deberían ser reconocidos en este momento como aportes de capital porque hacían referencia a una contradicción del contrato, y es que el contrato decía que se deberían pagar únicamente a aquel concesionario que no fuera el mismo originador."

En relación con el tema sobre el que versa este aparte del testimonio, la testigo aportó en el correo electrónico de 23 de octubre de 2019 agregados al expediente en el CD que obra a folio 90 del cuaderno de pruebas No. 2, **los informes financieros mensuales de la Interventoría desde octubre de 2017 a diciembre de 2018** que en relación con los aportes equity efectuados en especie señalaron:

"Respecto a los aportes en especie, es importante mencionar que si bien inicialmente se consideraron los Costos de Estructuración facturados por Construcciones El Cóndor S.A. al Patrimonio Autónomo por \$14.006.148.414 como parte del Equity, estos fueron objetados por parte de la ANI, mediante concepto

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

previsto en memorando No. 2016-702-016765-3 del 23 de Diciembre de 2016, por lo tanto esta entidad no los reconoce como tal. Teniendo en cuenta lo anterior, en el siguiente cuadro se exponen dichos aportes en especie y los aportes totales, a precios corrientes y precios del Mes de Referencia (...)"

Dentro del cuadro resumen del cumplimiento de las obligaciones financieras del Concesionario relacionadas con los aportes y fondeos de las subcuentas del Fideicomiso, en los referidos informes se precisaba:

"Obligación	Plazo de cumplimiento	Valor	Estado actual
(...)			
Costos de Estructuración	<p>Pagos a favor del Originador:</p> <p>70%: 30 días desde la suscripción del Contrato.</p> <p>30%: 30 días desde la acreditación del Cierre Financiero.</p> <p>Pagos a favor de la ANI:</p> <p>70%: 30 días desde la suscripción del Contrato.</p>	<p>Valor al Originador:</p> <p>\$13.076.880.000</p> <p>70% Sobre Valor al Originador: \$9.153.816.000 más IVA</p> <p>30% Sobre Valor al Originador: \$3.923.064.000</p> <p>Valor a la ANI: \$3.714.698.824</p>	<p>La ANI solicitó a la Fiduciaria la creación de la Subcuenta Costos de Estructuración para depositar los recursos de la obligación del 31 de Julio de 2015. Sin embargo, mediante comunicación con radicado Rad. Salida No. 201 6-308-0398554-1 del 21 de diciembre de 2016 se solicitó la cancelación de dicha Subcuenta, que fue clausurada el 20 de enero de 2017 por la Fiduciaria Bancolombia.</p> <p>Los Costos de Estructuración fueron objetados por parte de la ANI, mediante concepto previsto en memorando No. 2016-702-016765-3 del 23 de Diciembre de 2016, tema que se encuentra en consideración.</p> <p>A partir de los informes proferidos en el año 2018 se añadieron las siguientes precisiones:</p> <p>No obstante lo anterior, los Costos de Estructuración facturados por Construcciones El Cóndor S.A. al</p>

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

	<p>30%: 30 días desde la acreditación del Cierre Financiero.</p>	<p>70% del valor a la ANI: \$2.600.289.177</p> <p>30% del valor a la ANI: \$1.114.409.647 Precios del Mes de Referencia Dic-13</p>	<p>Patrimonio Autónomo por \$14.006.148.414 quedaron registrados en la contabilidad como parte del Equity del Patrimonio Autónomo (Aportes en Especie).</p> <p>Sin embargo, es importante mencionar que en comunicación del 09 de Enero de 2018, el Concesionario de instrucción a la Fiduciaria para que el Patrimonio Autónomo reclasifique los bienes fideicomitidos con saldo a diciembre 31 de 2017 por valor de \$150.873.491.344 al pasivo financiero, según lo contemplado en la circular 90 de 2017 de la superintendencia financiera de Colombia donde se da a conocer el concepto 981 expedido por el Consejo Técnico de la Contaduría Pública- CTCP- con respecto a la contabilización de la deuda subordinada en los contratos de concesión 4G, en la cual indica que éstos recursos son reconocidos como un Pasivo Financiero."</p>
--	--	--	---

El ingeniero EDGAR ENRIQUE VILLOTA LEGUIZAMÓN representante de la firma Strategas Consultores SAS que elaboró el dictamen pericial aportado por la Concesionaria con la reforma de la demanda, en audiencia de 21 de octubre fue preguntado sobre las implicaciones de que parte de los primeros aportes Equity se hubiesen realizado con aportes en especie mediante compensación, conforme se consigna a continuación:

"DR. GALLEGO: El contrato establecía la obligación de una vez suscrito dentro de unos plazos determinados hacer unos giros de equity.

SR. VILLOTA: Sí.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

DR. GALLEGO: Dentro de su ejercicio usted manifiesta que el primero o el segundo giro equity constituía la factura que a su vez fue compensada según la demanda con los costos de estructuración.

SR. VILLOTA: Sí.

DR. GALLEGO: Eso es cierto?

SR. VILLOTA: Sí.

DR. GALLEGO: Entonces, financieramente se cumplieron las 2 obligaciones del concesionario que era hacer fondo 2 y otra que era compensar el equity, ¿nos podría explicar cómo funciona ese asiento contable?

SR. VILLOTA: Sí, por un lado está el tema de los aportes de equity que debe hacer el concesionario, aquí tenemos un poco la manera en que él va haciendo los aportes de equity de manera efectiva y cómo están establecidos en el contrato, entonces de alguna manera se observa que los aportes de equity en general son superiores a los establecidos en el contrato.

Por ejemplo, si miramos enero del 2016 el contrato establece aportes por \$11 mil millones y los aportes acumulados están alrededor de \$31 mil millones de pesos y así sucesivamente hasta el 28 de enero de 2018 donde tenemos \$63 mil millones de pesos aportes equity de contrato y \$67 mil, aquí por supuesto están incorporados los aportes de equity relacionados con los costos de estructuración.

DR. GALLEGO: Usted recuerda el contenido del contrato donde dice que el concesionario debe girar a la cuenta proyecto los valores señalados en la parte especial en los plazos previstos en la misma.

SR. VILLOTA: Sí.

DR. GALLEGO: Usted financieramente cuando se dice "deberá girar" ¿qué se entiende por girar?

SR. VILLOTA: Por girar implica pues hacer unos recursos, hacer una transferencia de recursos económicos, básicamente es eso, aquí para entrar en la pregunta

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

específica y ampliar la pregunta, lo que ocurrió es que se hizo una compensación, la parte dice yo asumo un costo y ese costo lo pago por la otra parte y entonces lo registro, o sea, empieza a ser un giro para que la plata de toda la vuelta completa, entonces yo giro esa plata a la sociedad concesionaria y la sociedad concesionaria lo que hizo fue una compensación.

DR. GALLEGO: Entonces, dejó ¿de hacer un giro de equity efectivo?

SR. VILLOTA: Pues la figura de compensación es una figura contable válida y establecida, luego en la literalidad de que no hubo transferencia de recursos, efectivamente no lo hubo, pero válido el hacer ese tipo de transacciones desde el punto de vista contable.

DR. GALLEGO: Y usted encontró si en el contrato de concesión en su parte general o en su parte especial esas operaciones eran válidas?

SR. VILLOTA: Sí, pues yo encontré que la ANI objetó esas transacciones y por eso entendemos que estamos aquí.

(...)

DR. ÁLVAREZ: Déjeme lo interrumpo ahí, pero lo que usted nos contó porque además así ha estado ilustrado el Tribunal, es que esos se reflejan en 2 facturas que después fueron aportadas o como pago del equity, estoy en lo correcto?

SR. VILLOTA: Sí señor.

DR. ÁLVAREZ: Una de las preguntas que le había hecho el abogado de la ANI consiste en que de acuerdo con las exigencias de equity hay una transferencia de recursos económicos.

SR. VILLOTA: Sí señor.

DR. ÁLVAREZ: La pregunta que sigue y que inquieta al Tribunal a esta altura de la práctica de la prueba y usted lo manifestó es que no hubo transferencia física de recursos, no hubo un aumento de caja sino un tema de simplemente entregar 2 facturas?

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

SR. VILLOTA: *Sí, pero opera un principio que se llama de cruce o de compensación.*

DR. ÁLVAREZ: *Si, usted explicó el de la comprensión, pero ¿desde el punto de vista financiero la concesión hubiese tenido necesidad del recurso líquido esos recursos líquidos existían?*

SR. VILLOTA: *No, no existían pero yo creo que es razonable y está en el contrato y así se estructuran los contratos, y lo hablo porque he participado en ellos, es que si esta concesión por x o y circunstancia requiere más equity el concesionario tiene que ponerlo, o sea, es un riesgo, el señor tiene que ir y ver cómo aporta los recursos vía deuda o vía equity porque encontró una falla en el trazado, porque encontró un elemento que le amerita un cambio, implica mayores costos de equity.*

DR. J. PINZÓN: *Usted presentó una tabla donde estaba discriminado cómo había fluido el equity, mostraba muchas veces que el equity estaba sobre pagado frente a la obligación originaria contractual.*

SR. VILLOTA: *Sí señor.*

DR. J. PINZÓN: *Y dentro de ese valor pagado ¿están esas facturas?*

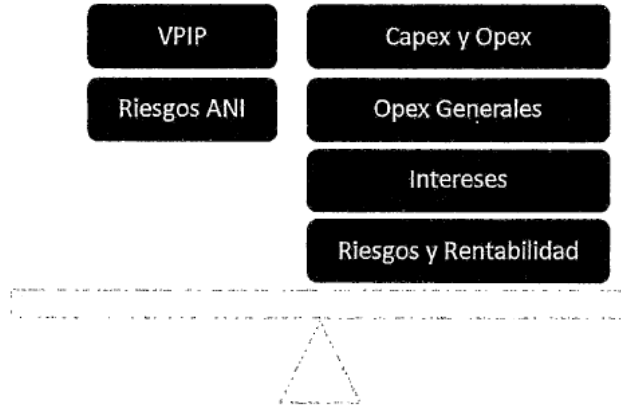
SR. VILLOTA: *Sí señor.*

DR. J. PINZÓN: *La pregunta es muy precisa y quiere el Tribunal insistir en la misma, el factor, independiente de que eso es clarísimo en todas las APP, que el contratista tiene que proveer los recursos cuando el contrato así lo demanda, ¿con esas facturas entraron recursos líquidos al equity, a la cuenta?*

SR. VILLOTA: *Con las facturas de costos de estructuración no encontramos recursos líquidos a la cuenta."*

Por otra parte, el **dictamen pericial elaborado por la firma STRATEGAS CONSULTORES S.A.**, a folios 11 del cuaderno No. 2 de pruebas, representa la ecuación financiera del contrato 006 de 2015 por medio de la siguiente gráfica:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504



Dentro de las pruebas aportadas con la reforma de la demanda mediante USB que reposa a folio 2 del cuaderno de pruebas No. 2, la Concesionaria anexa el archivo de Excel No. 9 denominado Modelo APP Cesar - La Guajira, que afirma es el modelo financiero de la Licitación se encuentran los costos de estructuración en la hoja de cálculo denominada Terminación Ant.:

<u>Terminación Anticipada</u>	
APP Cesar - La Guajira	
(...)	
CÁLCULO DEL AR h	
Seguros y Garantías	
Cumplimiento	264
Salarial	193
Seriedad	27
Responsabilidad Civil	61
Obras Civiles Terminadas	2.118
Todo Riesgo Construcción	0
Total Seguros y Garantías	
[Constantes 31 Diciembre de 2013]	2.663
Fondeo Subcuentas ANI	
Adquisición Predial	63
Total Adquisición Predial	
[Constantes 31 Diciembre de 2013]	63

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

Permisos y Licencias Ambientales y Compensaciones Sociales	1.608
Total Permisos y Licencias Ambientales y Compensaciones Sociales [Constantes 31 Diciembre de 2013]	1.608
Capex Redes	0
Total Capex Redes [Constantes 31 Diciembre de 2013]	0
Total FONDEO Subcuentas ANI [Constantes 31 Diciembre de 2013]	1.608
Costos de Estructuración	
Estudios de Iniciativa	13.077
Estudios FONADE	3.715
Total Costos de Estructuración [Constantes 31 Diciembre de 2013]	16.792

(...)"

En respuesta a la segunda pregunta del dictamen, el perito señala que a través del VPIP del contrato se remunerarán los costos de estructuración, concluyendo a folio 14 del cuaderno de pruebas No. 2 lo siguiente:

"dentro del concepto de "Opex Generales" se incluyen los conceptos de Estudios de Iniciativa y Estudios Fonade, los cuales hacen referencia a los costos de estructuración descritos en el numeral 3.7 de la parte Especial del Contrato de Concesión No. 006 de 2015."

Así mismo, que el valor de dichos costos de estructuración es:

"El valor de los Costos de Estructuración, según lo estipulado en el numeral 3.7 de la Parte Especial es de \$16.791.578.824 distribuidos así: a) \$13.076.880.000 y b) 3.714.698.824"

En el modelo financiero, según lo plasmado en las celdas F1472 y F1473 de la pestaña "Datos de Entrada", se tienen estudios de Iniciativa por un valor de

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

\$13.076.880.000 y Estudios Fonade por un valor de \$3.714.698.824, para un total de \$16.791.578.824”.

De otra parte, conforme a los considerandos **No. 35 y 36 del otrosí No. 7 del Contrato 006 de 2015** de 5 de agosto de 2016, que obran a folio 410 del cuaderno de pruebas No. 1 se evidencia que para efectos de realizar el Acta de Cálculo de la Compensación por riesgo que dio lugar a las modificaciones contractuales del otrosí No. 7 del contrato, se introdujeron cambios en el modelo financiero aprobado en etapa de factibilidad:

“35. Las cifras del modelo financiero consideradas para efectos del Acta de Cálculo de compensación por Riesgo, se calcularon con la información vigente al 8 de mayo de 2016, fecha en que se cumplieron los 90 días de que trata la Sección 3.4 (h) (iv). A dicha fecha solo se consideró la suficiencia de los Mecanismos para la Compensación del Riesgo para el riesgo de no instalación de las Estaciones de Urumita y Cuestecitas, sin que la materialización previa o posterior de otros riesgos hayan sido consideradas en el Acta y por ende en el presente Otrosí.

36. Que de acuerdo con los ejercicios descritos en el Acta de Cálculo de la Compensación por riesgo y luego de introducir los cambios pertinentes en el modelo financiero aprobado en etapa de Factibilidad para lograr que se restablezca la ecuación contractual mediante la equivalencia en la TIR, se acordó que la reducción al alcance del Proyecto compensa de manera razonable, suficiente y equilibrada el Valor del Riesgo Materializado por menor recaudo de peajes por la no instalación de las Estaciones de Peaje de Urumita y Cuestecitas en un valor de \$304.588.270.939 en Valor Presente y en pesos del Mes de Referencia. Es decir que el riesgo reconocido queda totalmente compensado con la utilización del mecanismo de modificación del alcance, desarrollado en la referida Acta, Adicionalmente, en el modelo financiero que se integró como Anexo 4 del Acta en forma confidencial y bajo reserva de conformidad con el Art. 14 de la ley 1508 de 2012, se deja evidencia de los cambios introducidos al modelo original de estructuración de la iniciativa privada y que dio lugar al Contrato de Concesión, de las variables financieras resultantes que permitieron restablecer la ecuación contractual, mediante la equivalencia con la TIR.”

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

Dentro de las pruebas aportadas con la reforma de la demanda mediante USB que reposa a folio 2 del cuaderno de pruebas No. 2, la Concesionaria anexa el archivo de Excel No. 15 denominado "Modelo V147 - V19 - ANI v7 - Entrega ANI - F&U Modelo", que afirma en su escrito de reforma que corresponde al modelo financiero aprobado mediante el referido otrosí No. 7, en cuya hoja de cálculo denominada Terminación Ant., se relacionan los costos de estructuración así:

<u>Terminación Anticipada</u>	
APP Cesar - La Guajira	
(...)	
CÁLCULO DEL AR h	
Seguros y Garantías	
Cumplimiento	264
Salarial	193
Seriedad	27
Responsabilidad Civil	61
Obras Civiles Terminadas	2.118
Todo Riesgo Construcción	0
Total Seguros y Garantías [Constantes 31 Diciembre de 2013]	2.663
Fondeo Subcuentas ANI	
Adquisición Predial	63
Total Adquisición Predial [Constantes 31 Diciembre de 2013]	63
Permisos y Licencias Ambientales y Compensaciones Sociales	1.608
Total Permisos y Licencias Ambientales y Compensaciones Sociales [Constantes 31 Diciembre de 2013]	1.608
Capex Redes	0
Total Fondeo Subcuentas ANI [Constantes 31 Diciembre de 2013]	1.671
Costos de Estructuración	
Estudios de Iniciativa	13.077
Estudios FONADE	3.715
Total Costos de Estructuración [Constantes 31 Diciembre de 2013]	16.792

(...)"

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Consultada la testigo **DIANA XIMENA CORREDOR REYES** sobre las implicaciones del Otrosí No. 7 frente a los costos de estructuración, contestó:

“DRA. MIER: Doctora, yo le estoy preguntando por un documento contractual, el otrosí número 7 suscrito el 5 de agosto de 2016.

SRA. CORREDOR: 5 de agosto del 2016, en ese de pronto sí pude haber participado yo.

DRA. MIER: ¿Supo usted si en alguno de los documentos contractuales se modificó el modelo financiero del proyecto?

SRA. CORREDOR: Ah, okay, ya estoy haciendo memoria. Aquí hubo un ajuste del Vpip del proyecto, teniendo en cuenta que no se podía ejecutar unas unidades funcionales, la verdad no recuerdo cuál fue la unidad funcional que no se podía ejecutar. Entonces lo que se hizo fue como un rebalanceo del contrato y se planteó que si no se ejecutaba ese alcance de esa unidad funcional, se disminuía el valor presente ingresos por peaje de un monto a otro monto.

DRA. MIER: Usted que está tan inquieta con el tema de costos estructuración, ¿qué pasó con el opex, el capex y los costos de estructuración en uno u otro, en esa revisión que hizo del modelo financiero?

SRA. CORREDOR: En esa revisión del modelo financiero los costos de estructuración no se revisaron, porque no era objeto de la modificación. Lo que se hizo fue un ajuste de cifras de capex y opex que nos suministró del área técnica. Ellos hicieron como un reajuste en la ejecución del tiempo, y entiendo que como se disminuían unas obras, pues se disminuía el opex del proyecto, entonces digamos que se hicieron unos ajustes en temas de opex y capex, en temas de mantenimiento periódico y rutinario del proyecto.

DRA. MIER: ¿Y los costos de reestructuración quedaron en ese modelo financiero revisado del proyecto del otrosí número 7 como venían?

SRA. CORREDOR: Sí, eso no tuvo ningún objeto, porque el objeto de la modificación era simplemente un tema de alcance, entonces todas las variables

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

que venían del proyecto desde la estructuración no se modificaron, sino se dejaron tal cual como estaban desde la estructuración. De eso hay un concepto de la vicepresidencia de estructuración de la época, en donde ellos también hicieron un acompañamiento, hicieron también una revisión del modelo, en donde principalmente lo que se tenía que validar acá era cuál era el nuevo Vpip que se tenía que utilizar en el contrato de concesión, teniendo en cuenta que es la variable que se presenta en la parte especial del contrato.

Pero es importante tener una claridad y es que nosotros hacemos una revisión al modelo financiero pero el modelo financiero no es un documento contractual. El modelo financiero permite tener algunos inputs para la parte especial del contrato o para los otrosíes de los documentos, pero el modelo financiero por regla general, en principio tiene reserva legal. En este caso la vicepresidencia de estructuración hizo como una excepción a la regla, teniendo en cuenta que se tenía que hacer como un reajuste al contrato, teniendo en cuenta que no se podían ejecutar unas unidades funcionales, y no podíamos hacerlo si no teníamos un modelo financiero.

Entonces, en este caso, teniendo en cuenta que el originador fue el mismo que presentó la iniciativa privada, y que era el mismo modelo, la vicepresidencia de estructuración en este caso nos suministró el modelo financiero para que ajustáramos las cifras de capex y opex del proyecto para este tema, pero no modificamos ninguna variable ni concepción del modelo de estructuración, sino se dejaron las mismas variables que en su momento definieron.

DR. J. PINZÓN: Pero el modelo financiero revelado era el modelo financiero del concesionario o era el modelo financiero ustedes, de la ANI?

SRA. CORREDOR: Entiendo era el modelo financiero que presentó el originador en la etapa de factibilidad, que revisó la ANI en su momento y del cual se extrajeron los valores del Vpip, que es lo que va a la parte especial del contrato de concesión.

DR. J. PINZÓN: O sea, era un modelo conocido porque era un instrumento de los documentos de estructuración presentados por el originador.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

SRA. CORREDOR: Sí, fue el modelo que presentó el originador a la ANI en su momento, y ese mismo modelo fue el que nos suministraron en ese momento para poder hacer la modificación del otrosí 7 y Modificar el BPyP, que es lo que nos sirve en este caso.

DR. J. PINZÓN: O sea que ahí no había reserva, no es como el caso de...

SRA. CORREDOR: Existió la inquietud, por que en ningún modelo normalmente es entregado a la vicepresidencia de gestión contractual, por el tema de la reserva legal que establece la ley 1508, pero en este caso, como necesitábamos hacer la modificación, veíamos muy difícil hacerlo fuera del modelo financiero. En su momento lo primero que nos dijeron era que no se podía hacer, que tenía reserva legal, pero digamos que lo justificamos es que si es el mismo modelo que me presentó el originador, por qué no lo puedo utilizar? Sería lo más práctico para ese caso.

Entonces digamos que al final la vicepresidencia en su momento accedió y nos suministró el modelo para hacer los ajustes en tema de capex y opex, y la misma vicepresidencia de estructuración igual corrió el ejercicio. Además digamos que el ejercicio se hizo de la manera conjunta con la vicepresidencia de estructuración para estar de acuerdo en los ajustes que se iban a hacer de contrato.

DR. J. PINZÓN: Gracias.

DRA. MIER: Pero sólo para quedar claros, una última pregunta, ¿el tema de costos de estructuración no fue un tema de discusión, y es una pregunta, en las mesas que adelantaron las partes para la suscripción del otrosí número 7?

SRA. CORREDOR: No, que recuerde, no. Solamente eran temas de capex y opex y digamos que toda la información técnica que nos suministraron que ajustaba la parte técnica, en este caso.

(...)

DR. F. PINZÓN: Presidente, una sola pregunta para precisar, ya que la testigo en su deposición manifiesta que conocieron, para efectos del otrosí número 7 el

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

modelo financiero. entonces quiero para claridad que nos diga si dentro de esa revisión tuvieron la oportunidad de determinar o no que dentro del modelo financiero se incluían los costos asociados a la estructuración del proyecto?

SRA. CORREDOR: Digamos que la persona de mi equipo que revisó el modelo financiero, como le digo, esa variable no se tocó, entonces lo que sí sabemos es que dentro del modelo están identificados los costos de estructuración, teniendo en cuenta que pues todo modelo financiero debe contemplarlos, teniendo en cuenta que como es una iniciativa privada, en el caso que el originador no llegue a ser el adjudicatario del proyecto, esos costos igual se tienen que pagar a un tercero, si se lo gana un tercero.

Entonces digamos que los costos de estructuración se tienen que incorporar desde el punto de vista estructuración en todo modelo financiero, teniendo en cuenta eso: si se lo gana el adjudicatario o el originador, que en este caso, esos costos de estructuración se remuneran dentro del Vpip que se le pega al concesionario. Es como un gasto más, un gasto de interventoría que se le remunera al concesionario. En el caso que él no llegue a ser el adjudicatario del contrato, el que se gana el contrato tiene que reconocer esos costos al concesionario. Entonces digamos que los costos de estructuración siempre tienen que estar incluidos en el modelo financiero por esa razón.

Consultada la testigo **MARITZA CUBILLOS PRADA** (profesional financiera de la Interventoría) sobre si los costos de estructuración habían hecho parte del modelo financiero tenido en cuenta para efectos del Otrosí No. 7 y las implicaciones de ello, la testigo contestó:

DRA. MIER: ¿Usted participó en los análisis financieros contenidos en el otrosí número 7?

SRA. CUBILLOS: Sí, señora.

DRA. MIER: ¿Usted sabe si en las corridas financieras que se hicieron para el otrosí número 7 se tuvieron en cuenta los costos de estructuración en los modelos financiero?

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

SRA. CUBILLOS: Sí, porque los únicos componentes, y ahí también voy a hacer una precisión que es supremamente importante dentro de la gestión contractual, el modelo financiero es de reserva para la interventoría, es decir que el modelo de reserva sólo lo conoce el concesionario y la agencia en la estructuración. Dada la situación del contrato nosotros tuvimos solamente la información del capex y opex, la cual era la propuesta frente a hacer una modificación a los indicadores de operación y mantenimiento, buscando que fueran menores, y ese fue el ejercicio que hizo la interventoría junto, además con la ANI y el concesionario, buscando disminuir el gasto en capex y opex, no entramos a tocar modelos, el modelo nunca lo tuve, tuve la hoja de capex y opex.

(...)

DRA. MIER: Mi pregunta es muy concreta, doctora, por su respuesta anterior sobre los pronunciamientos de la interventoría. Usted afirma que hubo pronunciamientos de la interventoría con anterioridad a la suscripción del otrosí número 7... este Tribunal que se solicite a la testigo aportarlos porque no obran en el expediente, si fuera cierto como en sus pronunciamientos, pero la pregunta es muy concreta: tuvo el interventor o usted que manejó el tema financiero conocimiento o no del modelo financiero, y si el modelo financiero de la concesión estaban o no los costos de estructuración, debido a que ustedes ya habían hecho un pronunciamiento.

SRA. CUBILLOS: De acuerdo. Quiero hacer una precisión y es una precisión netamente financiera, y creo que en la mesa somos financieros y es, básicamente esta es una metodología que está orientada a hacer una valoración a través de los flujos de caja libre descontados, ¿qué quiere decir eso? Que yo tengo una estructura de ingresos y egresos en el cual en el otrosí siete hace referencia al capex, opex y a los ingresos del contrato. Los elementos que fueron modificados en la estructura financiera del contrato, que además viene de la estructuración, la premisa para la modificación del otrosí siete era hacer una reestructuración al modelo frente a las inversiones de capex orientadas a hacer una reducción del alcance, el cual quedó contemplado en el otrosí 7, y una modificación a los indicadores de operación y mantenimiento, lo cual cambiaba las obligaciones del concesionario y que hacían que el gasto fuera menor. Y hacer una modificación frente a los ingresos, teniendo en cuenta que había un traslado de

la estación, una estación de peaje que modificaba los tráficos y por lo tanto hacía una modificación a los ingresos.

Como tal las demás variables del modelo financiero no fueron modificadas, quiere decir que no estamos haciendo modificación en los datos de costos de estructuración ni en ningún gasto pre operativo, ¿cuál es la razón? La razón es que los gastos de estructuración no se modifican porque es un hecho cumplido, quiere decir que es un gasto que asumí atrás. Por ser un gasto que asumí atrás, no tiene sentido modificarlo porque estaría modificándole la estructura económica al contrato. Lo único que puedo modificar son los hechos que vienen, por lo tanto quiere decir que ese contrato en las condiciones previstas iba a volver a amortizar estos gastos en las condiciones previstas.

(...)

DRA. MIER: Yo quiero que volvamos un poquito, y le ruego me perdone mi desorden en el interrogatorio, estoy ... de un tema a otro, al otrosí número 7, que yo creo que fue definitivo en este contrato. En el otrosí número 7, cuando ustedes hacen el análisis, usted dice yo no toqué que las variables en mi ejercicio financiero nos dio cuenta por qué no se tocaron ciertas variables del ejercicio financiero, Yo le hago una pregunta, doctora, ¿si los costos de estructuración se hubieran eliminado, hubiera variado la TIR del proyecto? Usted como experta que es y que nos ha...

SRA. CUBILLOS: De hecho la TIR del proyecto se modificó con... (interpelado)

DR. GALLEGO: Presidente, esa pregunta no tiene nada que ver con lo que estamos aquí debatiendo que son los conceptos...

DRA. MIER: Tiene todo que ver con eso, doctor.

DR. GALLEGO: De hecho la TIR del proyecto no se iba a alcanzar en la liquidación...

DR. ÁLVAREZ: A ver, vemos ahí ilustrado el tema de cómo la amortización de los costos generaba adicionalmente un modelo que daba una TIR del proyecto, creo que es pertinente, suficiente la pregunta respecto a lo que se está debatiendo.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

DRA. MIER: *Gracias, presidente.*

SRA. CUBILLOS: *Sí, cualquier cambio dentro del modelo financiero modifica la TIR del proyecto conceptualmente, cualquiera. Es más ..(interpelado)*

DRA. MIER: *Y ¿cómo hubiera sido modificada esa TIR si no se hubieran tenido en cuenta los costos de estructuración?*

SRA. CUBILLOS: *Por eso le digo que son elementos que no se modificaron porque además no tienen soporte de modificación, lo único que tenía soporte de modificación dentro de la reestructuración del modelo financiero eran aquellos que podían ser soportados además con las posibilidades del contrato, en el cual una de ellas es que se haga la reducción del alcance, dos que se cambia la estructura tarifaria, 3 que se modifique mediante una justificación o una materialización del riesgo, como ocurrió en la imposibilidad de poner una de las estaciones de peaje.*

Cuando esos hechos se dan podemos entrar a hacer o podemos utilizar los mecanismos de compensación de riesgos que tenía el contrato, modificación del alcance, y fueron todos los rubros que se modificaron, los únicos que se modificaron, el resto estaban intactos y fue una premisa que quiero traerlo aquí, y se hablaron en la mesa de la reestructuración en la cual estuvo el concesionario, en el cual una de las premisas dentro de la reestructuración dadas además por el especialista financiero del concesionario era que las únicas variables que cambiábamos eran las que hacían alusión al capex, opex y los ingresos que se daban por la modificación tarifaria, porque hicimos modificación tarifaria en algunas estaciones en las cuales iban de tarifa a media tarifa completa, y la modificación del tráfico que se daba por efecto de traslado de la estación.

Es decir, las variables que se movieron en el modelo financiero eran solamente aquellas que se podían soportar desde la materialización de esos riesgos que se dieron, ¿de resto todas las variables quedaron intactas, por qué? Porque cualquier modificación cambia la estructura del contrato, y si la estructura del contrato se modifica tienen que tener una justificación. Por lo tanto, quitar o no

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

quitar, que es la pregunta, pues tenía que tener una justificación y en esta estructura no tenía ninguna.

DRA. MIER: El esquema financiero del proyecto se podría concluir, según la respuesta que usted acaba de dar, el esquema financiero del proyecto no cambió con la suscripción del otrosí número 7, su criterio?

SRA. CUBILLOS: No cambiaron las condiciones, lo que se buscaba, y también lo expuso el concesionario cuando nos presentó la reestructuración y los escenarios que se movieron, era que se mantenía las condiciones del contrato, por lo tanto el Bpip, que es el valor del contrato, se calculaba bajo la misma tasa de descuento que había, por lo tanto no se modifican las condiciones del contrato. Cambia a la TIR porque cambian los flujos, pero la condición la tasa descuento no.

DRA. MIER: Y cambio la TIR es hacia arriba o hacia abajo?

SRA. CUBILLOS: En este caso cambió la TIR hacia abajo, porque básicamente... no, hacia abajo no, la TIR se mantiene porque es la misma condición, vuelvo e insisto, y esa es una presentación que a mí sí me gustaría y sería algo que yo pediría dentro de esto, y son las exposiciones que hizo el concesionario frente a eso donde esas premisas están súper claras, que son información que no tengo yo, porque yo no corrí el modelo, para tener la precisión de cuál era la desviación que tenía como tal. Creo que no cerraba al milímetro y tenía una desviación muy chiquita la TIR, o sea, casi que marginal.

DR. ÁLVAREZ: Doctora, en qué escenario se dieron esas conversaciones? Las mencionó usted al principio de su pregunta y acaba de volverlo a decir.

SRA. CUBILLOS: Sí, lo hicimos en mesas de trabajo con la ANI, se expuso la reestructuración, o sea, para plantearle el otrosí a todo el equipo del ANI, fue presentado por el concesionario. Nosotros revisamos y hay una comunicación también por parte de la interventoría, cuando nos piden ahí sí conceptual también dentro del modelo sobre los costos y los gastos cómo se modificaban.

Hicimos una propuesta frente a cuáles eran las actividades que se podrían modificar para que bajaran esos gastos. Puntualmente a las voy a decir porque

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

las trabajé con la parte técnica y llevándolo al flujo de caja. Cuáles eran esas? La rocería, por ejemplo, se modificó, el indicador era mucho más exigente, se modificó, quiere decir que había menos actividades que se hacían. Se modificaron el índice de bacheos, por lo tanto tenían menos intervenciones. Todas esas fueron con los valores entregados como insumos del capex y el opex, se revisaron, se modificaron entendiéndose cuáles eran esas actividades que se podían dejar de hacer intentando tener un mantenimiento mucho más barato, y esas se radicaron por parte nuestra en frente a cuáles serían esos gastos de opex dentro de esta etapa de mantenimiento prioritario. Y eso sí lo tenemos nosotros y eso fue una comunicación que nosotros dimos, esa información la tiene la interventoría.

DR. ÁLVAREZ: ¿Y la presentación a la que usted aludida también?

SRA. CUBILLOS: Las presentaciones del concesionario no, o sea, las presentaciones eran, digamos que lo que hacíamos en mesa de trabajo era que incluíamos esos presupuestos, se modificaban los flujos claramente, porque cambiaba el capex, el opex. Lo que nos pidió la interventoría es acompañarnos con los valores que tenemos que incluir en el modelo desde lo técnico. Entonces, cuánto podemos quitarle a la rocería, cuánto podemos quitarle a esto, teniendo en cuenta que esto vale tanto... Con los inputs del modelo, sólo en capex y opex pensando en la reducción de alcance, esos valores los incluíamos, había un equipo financiero también por parte del concesionario quien hacía las corridas del modelo, y eso debe tener actas y demás.

Esas mesas se dieron en la ANI en pro de las justificaciones y todo el trabajo que se estaba haciendo para poder generar el otrosí siete que estaba orientado a poder hacer la reestructuración del contrato a partir de la materialización de los riesgos que se dieron, los cuales también están en unas actas de materialización de riesgos que se trabajaron con el equipo de la ANI, el concesionario y la interventoría.

DR. ÁLVAREZ: La pregunta que le habían formulado, ¿la TIR del proyecto después del otrosí 7 varía?

SRA. CUBILLOS: Lo que pasa es que cuando hacemos el ejercicio financiero la TIR no se puede modificar porque finalmente, para mantener las mismas

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

condiciones, yo tengo que llegar a la misma tasa de descuento. Entonces, me acuerdo mucho que teníamos varios escenarios y presentaban la variación que realmente era marginal frente a las condiciones del contrato. La TIR en estos contratos no hacen parte del contrato, sin embargo, sí son el punto de partida porque la única forma para hacer el cálculo del Vpip que está dentro del modelo financiero, y es lo que establece el valor del contrato, entonces ...(interpelado)

DR. ÁLVAREZ: El Vpip sí se mantuvo?

SRA. CUBILLOS: No, el Vpip cambia porque se modifica el flujo, lo que hace es que la tasa de descuento tiene que ser exactamente la misma, la tasa con la que se calcula el Vpip.

DR. ÁLVAREZ: Y en la variación que se hicieron de acuerdo a lo que le he entendido, lo que más varió fue el opex que no el capex.

SRA. CUBILLOS: El capex también porque hubo reducción de alcance. En las unidades funcionales, ahora no me acuerdo, teníamos 7, creo que eran... no me acuerdo bien si eran las 2 y las 6, tendría que ver el mapa.

DR. ÁLVAREZ: Bueno, pero en el capex que usted había dicho, y además lo tiene ahí, ¿están los costos de estructuración dentro del modelo?

SRA. CUBILLOS: Sí.

DR. ÁLVAREZ: Y esos costos de estructuración se mantuviera todo el tiempo.

SRA. CUBILLOS: Sí.

(...)

DRA. MIER: Doctora, una pregunta y cerrar porque me quiero concentrar un poquito en el otrosí número 7. ¿Cuándo se suscribió el otrosí número 7, lo que usted recuerde, ya se había hecho el pago de los costos de estructuración?, ¿ya se había hecho toda esa operación a la que usted ha hecho referencia?, ¿le recuerdo la fecha del otrosí número 7?

SRA. CUBILLOS: Ujum.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

DRA. MIER: El otro sin número 7 fue suscrito...usted no tiene derecho a olvidarlo pero yo sí por edad, 5 de agosto de 2016 ¿Ya se había generado ese pago el que usted ha hecho referencia de los costos de estructuración?

SRA. CUBILLOS: Sí.

DRA. MIER: Ya se había generado el pago. ¿Ya la interventoría había hecho pronunciamientos, de lo que usted recuerde, antes de la suscripción del otrosí número 7 referido a los costos de estructuración?

SRA. CUBILLOS: Digamos que esa temporalidad podría ir en una imprecisión, la cual además quedaría como un hecho que me acuerde puntualmente. Yo podría responder la pregunta si me la solicitan y yo miro mis documentos.

DRA. MIER: Cuando usted hizo el análisis, si eso estuvo a su cargo, el análisis de las corridas financieras que hizo el interventor para los ejercicios que hicieron las partes, validar, comprobar, este tipo de ejercicios que se hacen para este tipo de otrosíes, ¿desde lo financiero usted tuvo en cuenta, como lo ha afirmado, los costos de estructuración como parte del capex, cierto?

SRA. CUBILLOS: Como en versiones en pre operativos, para ser precisos.

DRA. MIER: Del opex, perdón, como parte del opex. En ese momento ya había cuestionamientos por la interventoría, que usted recuerde, cuando usted hizo esos ejercicios?

SRA. CUBILLOS: No me acuerdo la fecha, pero en mi cabeza pensaría que sí. O sea, por el momento en que se da el otrosí 7, el otrosí siete es un momento del contrato que además recoge ya muchas situaciones que se habían venido encima, creo que sí, no me acuerdo, la verdad.

DRA. MIER: Recuerda usted si dentro de esas mesas de trabajo a la que usted hizo referencia en su primera intervención ¿se tocó ese tema?, ¿se tocó el tema de costos de estructuración, si los mismos debían sustraerse si no debían sustraerse, hubo alguna discusión sobre ese tema?

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

SRA. CUBILLOS: No.

DRA. MIER: *¿Se modificó la cláusula de liquidación por terminación anticipada de este contrato en el otro sí número 7, que usted recuerde?*

SRA. CUBILLOS: No.

DRA. MIER: *No se modificó. Sin embargo usted...modificaciones de alcances y variables que en caso de liquidación de anticipada debían tenerse en cuenta.*

SRA. CUBILLOS: *De la única modificación que me acuerdo, vuelvo e insisto, fue la precisión que se hizo a que si habían diferencias entre el valor reconocido, debían no ser un amigable componedor sino un Tribunal de arbitramento, creo que esa fue la única modificación que se hizo.*

DRA. MIER: *Y ¿sabe usted si al interior de la interventoría, ya no en estas discusiones que se dieron en la mesa de trabajo, se discutieron las hipótesis de no sustraer los costos de estructuración para el caso de una liquidación anticipada, según las circunstancias de este contrato?*

SRA. CUBILLOS: *No, de hecho los costos de estructuración, la liquidación anticipada en la reestructuración del contrato no era procedente porque de entrada, si estoy reestructurando un contrato para liquidarlo anticipadamente, pues pierde sentido la misma reestructuración, es decir, la reestructuración sólo podía hacer alusión a esos elementos que necesitaba modificar dentro de mi estructura económica."*

En relación con la acreditación de los aspectos que componen los costos de estructuración, cuyo valor fue reconocido por la ANI al momento de determinar la factibilidad del proyecto presentado por Constructores El Cóndor, a folio 15 del cuaderno de pruebas No. 2, en el numeral 5.1 del dictamen se incorpora la tabla No. 3 en que se relacionan los conceptos que constituyen el valor de los costos de estructuración, así:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

Contratista / Entidad	Valor	Fechas
Construcciones el Cóndor S.A. - Relación de costos y gastos internos	\$6,934,036,885.76	Años 2011-2015
Asesoría Legal - Londoño & Arango S.A.S	\$24,012,000.00	Abr. 2014-feb. 2015
Asesoría Legal - Villegas Meló Abogados S.A.S	\$29,997,600.00	Abr. 2014-feb. 2015
Asesoría Legal - Blanco Rengifo Abogados S.A.S	\$25,492,038.00	Abr. 2014-feb. 2015
Asesoría Financiera Banca de Inversión - BTG Pactual Colombia	\$3,016,000,000.00	Mar. 2015
Subcontrato - AUDYSA LTDA	\$29,000,000.00	Nov. 2012 - Oct 2013
Subcontrato - Consultores de Infraestructura S.A.S	\$23,200,000.00	
Subcontrato - G Exponencial Consultores S.A.S	\$161,888,440.00	
Subcontrato - GIACO S.A.S	\$23,200,000.00	
Subcontrato - GICA 80	\$16,808,864.00	
Subcontrato - GICA 73	\$278,475,388.40	
Subcontrato - GICA 74	\$1,748,971,583.84	
Subcontrato - GICA 75	\$374,645,200.00	
Subcontrato - GICA 77	\$162,052,000.00	
Subcontrato - LINK-C Consultores 71	\$27,840,000.00	
Subcontrato - LINK-C Consultores 76	\$156,600,000.00	
Subcontrato - MARSK RISK CONSULTING	\$19,140,000.00	
Subcontrato - MYRIAM LUCÍA GIRALDO	\$25,520,000.00	
Total Costos Estructuración	\$13,076,880,000.00	

Costos a cargo de la ANI (FONADE)	\$3,714,698,824.00	No Aplica
-----------------------------------	--------------------	-----------

Contratista / Entidad	Valor	Fechas
Total Costos de Estructuración	\$16,791,578,824.00	

A su turno a folio 60 del cuaderno de pruebas No. 2 obra una USB contentiva de los anexos del dictamen pericial. En la carpeta Anexo 2, se encuentra la carpeta 3

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Estructuración que a su vez cuenta con una carpeta denominada CostosEstructuracionCesarGuajiramayo11.zip que cuenta con otras subcarpetas en que se verifican los soportes de cada uno de los conceptos relacionados dentro de los costos de estructuración así:

- Por concepto de costos y gastos internos de Construcciones el Cóndor S.A. valorados en \$6,934,036,885.76:
 - o Cuadro con la relación de los gastos y costos internos suscrita por la representante legal y el revisor fiscal de Construcciones El Cóndor que se evidencia en la carpeta CertificacionesGeneralesFirmadas en el documento del mismo nombre a página 1.
 - o Certificación de 11 de marzo de 2015 expedida por la jefe de contraloría y finanzas del Cóndor en que se detalla el valor mensual de los costos administrativos en que incurrió el originador para la estructuración del proyecto entre los años 2011 a 2015, que se verifica en el documento digital denominado CertificacionCostosadmon que hace parte de la carpeta CertificacionesGeneralesFirmadas.
 - o Certificación de 11 de marzo de 2015 expedida por la Presidente ejecutiva del Cóndor que refiere el valor mensual de los costos de personal estratégico y táctico que participo de la estructuración del proyecto, que se verifica en el documento digital denominado CertificaciongstosPersonal que hace parte de la carpeta CertificacionesGeneralesFirmadas.
 - o Certificación expedida por la Crowe Horwath Co. S.A. del revisor fiscal de Construcciones el Cóndor S.A. con relación de los costos certificados relacionados a la estructuración del proyecto Cesar – Guajira.
- Por concepto de Asesoría Legal - Londoño & Arango S.A.S por valor de \$24,012,000.00, mediante certificación de 24 abril de 2015 de la firma Londoño y Arango que obra en la carpeta Certificaciones Abogados, en que se acredita el valor y servicios prestados, así como el extracto del reporte del libro mayor detallado con terceros contenido de la facturación honorarios por asesoría año 2014 y enero y febrero de 2015 suscrito por la representante legal de Constructora El Cóndor que hace parte de la página 3 del documento

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Certificaciones Generales Firmadas que obra en la carpeta del mismo nombre, en que se relacionan las facturas 637, 764, 780, 803, 832 y 847 de dicha firma para los meses de abril de 2014 a febrero de 2015

- Asesoría Legal - Villegas Meló Abogados S.A.S por \$29,997,600.00 mediante Certificación de 23 abril de 2015 de la firma Villegas Melo que obra en la carpeta Certificaciones Abogados, en que se acredita el valor y servicios prestados, así como el extracto del reporte del libro mayor referido anteriormente, en que se relacionan las facturas FC 271, FC 294, FC 316, FC 403, FC 443, FC 470, FC 506, FC 512, FC 556, FC 584, FC 626, y FC 716 de los meses de marzo de 2014 a febrero de 2015.
- Asesoría Legal - Blanco Rengifo Abogados S.A.S por \$25,492,038.00 Certificación de 23 abril de 2015 de la firma Blanco Rengifo que obra en la carpeta Certificaciones Abogados, en que se acredita el valor y servicios prestados y el reporte antes citado, en que se relacionan las facturas 131, 139, 154, 169, 170, 212, 204, 218, 239, 263, 277, 300, 323, 338 y 348 de los meses de enero de 2014 a febrero de 2015.
- Por concepto de Asesoría Financiera Banca de Inversión - BTG Pactual Colombia en valor de \$3,016,000,000.00, la factura de venta BT- 00013743 expedida por la firma BTG Pactual a Construcciones el Condor.
- Por concepto del Subcontrato AUDYSA LTDA, la carpeta SubcontratosEstructuracion contiene una carpeta denominada AUDYSA contentiva del Contrato No. APP-CYG-081-AUDYSA suscrito el 27 de setiembre de 2013 para la elaboración del documento técnico ambiental, por \$29,000,000.00.
- Por concepto del subcontrato Consultores de Infraestructura S.A.S en la carpeta SubcontratosEstructuracion se evidencia otra carpeta denominada CONSULTORES DE INFRAERSTRUCTURA que contiene los documentos denominados Aceptacion oferta-APP CESAR-GUAJIRA-CONSULTORES de 9 de diciembre de 2014 y Mandato Riesgos IP CG (Dic 3-14) contentivo de la oferta de 3 de diciembre de 2014 por valor de 20,000,000 más IVA.
- Por concepto del subcontrato G Exponencial Consultores S.A.S en la carpeta SubcontratosEstructuracion se evidencia otra carpeta denominada G-

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

EXPONENCIAL contentiva del documento denominado Contrato No. APP-CYG-082-G-EXPONENCIAL de 7 de octubre de 2013 por valor total de \$161,888,440.00.

- En relación con el Subcontrato - GIACO S.A.S en la misma carpeta SubcontratosEstructuracion se incluye la carpeta GIACO con el documento Contrato No. 001-CPS-079-GIACO de 5 de agosto de 2013 y sus dos otrosíes de 4 de junio de 2014 y 1 de diciembre de 2014 por valor de 20,000,000 más IVA.
- En relación a los subcontratos suscritos con GICA SAS Nros 001-CPS-073-GICA, 001-CPS-074-GICA, 001-CPS-075-GICA, 001-CPS-074-GICA y APP-CYG-080-GICA, copia de cada uno de los contratos en la carpeta GICA, por las sumas efectivamente relacionadas por el perito.
- En relación a los subcontratos suscritos con LINK- C Nros 001-CPS-071-LINK C, 001-CPS-076-LINK C, copia de ambos los contratos en la carpeta GICA, por valores de \$27.840.000 y 156.600.000 coincidentes con las sumas relacionadas por el perito en la tabla No. 3, como se ha evidencia de los demás costos inmersos en dicha tabla.
- En relación con el Subcontrato suscrito con MARSK RISK CONSULTING, oficio de aceptación de la oferta fechado del 16 de septiembre de 2013 por \$ USD 10.000, en el archivo Aceptacion oferta APP MARSH RISK CONSULTING contenido en la carpeta MARSK RISK.
- Y en relación con el Subcontrato suscrito con MIRIAM GIRALDO, contentivo de orden de servicios 001-CPS-078 de 23 de septiembre de 2013 por 22.000.000 antes de iva, que obra en la carpeta MYRIAM GIRALDO en la misma carpeta SubcontratosEstructuracion.

Por último, es importante preguntarse si los costos de estructuración deben reconocerse con ocasión de la terminación anticipada del contrato, en aplicación de la fórmula de liquidación establecida en el contrato.

En este punto es necesario traer a colación la definición del componente AR_h de la fórmula de liquidación anticipada aplicable a la fase en que se encontraba el Contrato 006 de 2015, esto es a la fase de construcción.

El referido Componente AR_h fue modificado por la cláusula décima tercera del Orosí No. 10 al Contrato de Concesión suscrito el 10 de julio de 2017 según se refiere en el pacto arbitral suscrito por las partes el 3 de octubre de 2018 como uno de los anexos de la reforma de la demanda que obra a folios 425 y 426 del cuaderno principal No. 1, así como en los informes de Interventoría que sirvieron de insumo para la liquidación y en el acta de liquidación bilateral del contrato en el capítulo I.XII FORMULA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO folios 245 y 246 del cuaderno principal No. 2., en los cuales se indica que el componente AR_h corresponde a:

“Costos durante el Mes h (siempre que se traten de costos realizados hasta la terminación de la Etapa de Reversión), asociados con las actividades que haya realizado el Concesionario con anterioridad al inicio de la Etapa de Operación y Mantenimiento y que hayan sido reconocidos por ANI, en Pesos corrientes.

Las actividades reconocidas incluyen exclusivamente aquellas relacionadas con las obligaciones del Concesionario durante la Etapa Preoperativa y hasta la terminación de la Etapa de Reversión.

Para los Meses h posteriores a la Fecha de Inicio se reconocerán exclusivamente los costos asociados con las siguientes actividades:

- *Valor efectivamente desembolsado por concepto de primas de seguros y comisiones para la obtención y el mantenimiento de i) la Garantía Única de Cumplimiento, ii) la póliza de responsabilidad extracontractual a que se refiere la Sección 12.7 de esta Parte General, y iii) el seguro de daños contra todo riesgo a que se refiere la Sección 12.8 de esta Parte General, en el Mes h.*
- *Valor de los aportes que haya realizado el Concesionario a las Subcuentas de la Cuenta ANI, así como la Subcuenta Predios, Subcuenta Compensaciones Ambientales y Subcuenta Redes, en el Mes h.*
- *Valor de los Costos de Estructuración al que se refiere la Sección 2.3(b)(vi), de haberse efectivamente pagado dicho valor, en el Mes h, en los términos establecidos en la Parte Especial.*
- *Valor de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico y los Estudios de Detalle, en el Mes h.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

- *Costos de la Gestión Social y Ambiental (exceptuando los hechos contra la Subcuenta Compensaciones Ambientales), en el Mes h.*
- *Costos de la Gestión Predial (exceptuando los hechos contra la Subcuenta Predios), en el Mes h.*
- *Valor de las Intervenciones ejecutadas por el Concesionario y verificadas por el Interventor, en el Mes h.*
- *Costos de Operación y Mantenimiento, gastos de administración e impuestos, en el Mes h.*
- *Comisiones y otros pagos a los Prestamistas, distintos del servicio de la deuda (intereses y principal), en el Mes h.*

En todos los Meses h anteriores a la Fecha de Inicio se reconocerán exclusivamente los siguientes costos:

- *Valor efectivamente desembolsado por concepto de primas de seguros y comisiones para la obtención de i) la Garantía Única de Cumplimiento, ii) la póliza de responsabilidad extracontractual a que se refiere la Sección 12.7 de esta Parte General, y iii) el seguro de daños contra todo riesgo a que se refiere la Sección 12.8 de esta Parte General, en el Mes h.*
- *Valor de los aportes que haya realizado el Concesionario a las Subcuentas de la Cuenta ANI, así como la Subcuenta Predios, Subcuenta Compensaciones Ambientales y Subcuenta Redes, en el Mes h.*
- *Valor de los Costos de Estructuración efectivamente desembolsados en el Mes h, en los términos establecidos en la Parte Especial.*

El valor reconocido por estas actividades se definirá con base en los valores brutos (sin incluir depreciaciones, amortizaciones o valorizaciones) que corresponderán exclusivamente a los costos directos asociados con estas actividades y será establecido por las Partes de mutuo acuerdo o, en su defecto, por el Amigable Composedor, pero en todo caso su valor no podrá ser superior al consignado en los registros contables del Patrimonio Autónomo para estos rubros, registrados en los estados financieros y certificados por el Interventor."

A su turno, la testigo **DIANA XIMENA CORREDOR (gerente financiera de la vicepresidencia de gestión contractual de la ANI)** en relación con el tema de si había lugar a reconocer los costos de estructuración dada la terminación anticipada del contrato refirió:

“SRA. CORREDOR: Se reconoció la parte que sí fue digamos el giro a la ANI, que fueron como 3 mil millones, si no estoy mal, pero la parte que correspondía al originador no se reconoció en el acta de liquidación, bueno, hasta cuando yo estuve era uno de los temas en controversia y decíamos que seguía en controversia porque para eso estaba el Tribunal.

(...)

DR. ÁLVAREZ: Yo quisiera sobre esta última línea, el tema de cómo juegan los costos de estructuración si es un adjudicatario diferente al originador o si es el originador, ¿nos quiere volver a repetir cómo juega esto en el tema de remuneración?

SRA. CORREDOR: Sí. Lo que establece la ley es que normalmente los costos de escrituración son a cuenta y riesgo del concesionario, si digamos no es adjudicatario del proyecto. En el modelo financiero se tienen en cuenta, porque igual es un costo que se tiene que remunerar. Si se lo gana el originador, o sea, el mismo que presenta la iniciativa privada, ese costo se le remunera dentro de todo el plazo del contrato de concesión, es decir que ya está contabilizado dentro del Vpip que está dentro del contrato.

Si el originador no se gana el contrato, sino se lo gana un tercero en el proceso de manifestación de interés, el tercero que se lo gane tiene que pagar esos costos de estructuración al originador. Entonces siempre tiene que contemplar esta erogación dentro del modelo, porque si no, existiría como un desequilibrio en este caso sobre todo para el tercero en caso que se los llegue a ganar otro diferente al originador.

DR. ÁLVAREZ: ¿Y la fórmula de terminación reconoce ese pago?

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

SRA. CORREDOR: La fórmula de terminación reconoce los costos efectivamente pagados.

DR. ÁLVAREZ: ¿Y el concesionario los pidió?

SRA. CORREDOR: El concesionario los está solicitando dentro de la reclamación que está solicitando en la liquidación.

DR. ÁLVAREZ: ¿Y la posición de la ANI cuál ha sido?

SRA. CORREDOR: En este caso, que el que fue efectivamente pagado, ese ya se reconoce. Entiendo que ya en el acta que firmaron en diciembre ya está reconocido. Existen controversias frente al aporte en especie, por lo que realmente no fue un aporte efectivo que realizaron al patrimonio. Entonces frente al aporte en especie digamos, como no es un desembolso efectivamente pagado por el concesionario, ese es el que la ANI indica que no se debe reconocer.

DR. ÁLVAREZ: ¿Pero ese es el valor idéntico al costo estructuración?

SRA. CORREDOR: Es lo que está contemplado en el modelo financiero como costos de estructuración.

DR. ÁLVAREZ: ¿Entonces a esta situación la ANI no reconoce los costos de estructuración?

SRA. CORREDOR: Si los hubiera efectuado efectivamente en dinero, se deberían reconocer, pero como no los efectuó en un aporte en dinero, esa es la razón por la cual indica la ANI que no se reconoce.

DR. GALLEGO: Gracias, presidente. La doctora Patricia le preguntó hace contados minutos sobre si respecto a todos estos gastos de objetos distintos había emitido la ANI alguna investigación o en su defecto alguna sanción, la pregunta que yo le hago es, ¿la ANI cuándo tenía la obligación de verificar los costos del ARH, solamente cuando se liquidaba el contrato anticipadamente o en alguna otra vida del contrato?

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

SRA. CORREDOR: Digamos que el tema del AR siempre se ha tenido la concesión que se verifica es cuando hay una liquidación anticipada del contrato de concesión.

DR. GALLEGO: Correcto. Usted acaba de informarle al señor presidente en su respuesta, que los costos de estructuración no se reconocen cuando es un tercero. Usted dijo...

SRA. CORREDOR: Sí se reconocen dentro del modelo financiero, precisamente pensando en la ...(interpelado)

DR. GALLEGO: No, en la adjudicación. Usted hizo una ilustración según la cual una persona hace una iniciativa privada y cuando se abre el proceso del concurso, se lo gana un tercero, habría que devolverlos.

SRA. CORREDOR: En ese caso el tercero que se lo gane tiene que entregar esos recursos al originador.

(...)

DR. J. PINZÓN: Pero como usted misma lo usó, yo no quiero calificarlo de concepto jurídico, económico, contable, filosófico, lingüístico, ¿qué entiende usted por tercero para efectos de su respuesta?

SRA. CORREDOR: Otra persona, otro concesionario, otro interesado dentro del proyecto de concesión que se gana el contrato, que no es el originador que presentó la iniciativa.

(...)

DRA. MIER: Yo sólo tengo una precisión, gracias, presidente. Doctora, solamente para entender, usted dijo que, y le acaba de responder al doctor Gallego que ninguna objeción tiene la ANI frente a los 3 mil y pico que se le giraron por cuenta de costos de estructuración a la ANI.

SRA. CORREDOR: Los que fue el pago efectivamente realizado.

DRA. MIER: Ese fue el pago a Fonade?

SRA. CORREDOR: Ese hubo un pago a la ANI y otro a Fonade.

DRA. MIER: Y entonces por qué si todo está dentro de la misma estipulación y dentro de la misma bolsa, qué diferencia hay entre lo que se reconoce y lo que se está pidiendo del...

SRA. CORREDOR: Porque uno está bajo la filosofía de que si el mismo originador no es el mismo adjudicatario de contrato.

DRA. MIER: Es decir que si hubiera sido un tercero ¿igual el pago a la ANI y a Fonade se le hubiera dado?, ¿ese su entendimiento?

SRA. CORREDOR: Sí, ese es el entendimiento que nosotros tenemos."

Así mismo la testigo **MARITZA CUBILLOS PRADA (profesional financiera de la Interventoría)** es consultada sobre la razón para no haber reconocido los costos de estructuración en sede de liquidación ante la terminación anticipada del contrato:

"DR. ÁLVAREZ: Y cuando liquidan el contrato entonces ¿ese valor no es un valor reconocido o lo reconocen o qué pasa en la liquidación?

SRA. CUBILLOS: Creo que ese es un punto fundamental, cuando estamos en la ejecución del contrato, cuando el contrato está dentro de su gestión contractual para la interventoría es claro y evidente que dentro del trámite y dentro de las situaciones en ese momento los costos de estructuración no se deben reconocer por lo que dispone la cláusula del contrato, y es que si es el mismo originador no se tienen que reconocer. Cuando entramos a la etapa de liquidación ya el Tribunal estaba en proceso y una de las premisas en la liquidación frente a los costos estructuración que están incluidos en el componente de la AR, es que deben revisarse los costos de estructuración pagados.

En ese momento los costos estructuración pagados, de alguna manera, a pesar de que la factura del concesionario está causada, está registrada y hace un movimiento de capitalización, los únicos que se reconocen son esos costos de

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

estructuración en los que incurrió la ANI anterior al mismo proceso de estructuración.

Nuestra posición en la etapa de liquidación estaba orientada primero a hacer una revisión frente a lo que había pasado en el contrato, es decir, ceñirnos netamente a lo que estaba dispuesto en el contrato y adicionalmente a eso, que ya existía una controversia frente a este tema. Entonces de hecho nuestro informe de liquidación dice que los costos estructuración reconocidos corresponden a los que se pagaron a la ANI a ... a través de los costos que había incurrido la ANI, y que los costos de estructuración que se habían causado en el patrimonio autónomo se encontraban en controversia y que tenían que ser resueltos en otra instancia."

(...)

DRA. MIER: ¿Esos gastos de estructuración se amortizaron por el concesionario según la información financiera que usted tiene el proyecto?

DR. GALLEGO: Yo no le encuentro pertinencia a la pregunta, presidente.

DR. ÁLVAREZ: Al Tribunal le parece pertinente.

DRA. MIER: Usted ha hecho un análisis muy didáctico, doctora, cosa que le agradecemos, sobre lo que fue la liquidación del contrato y el análisis financiero de su interventoría, y habló y nos explicó desde lo académico cómo funcionaba todo esto de los costos de estructuración, y por qué desde la ley se dice que cuando es originador se le reconoce o no; la pregunta muy concreta y en la práctica ya es, en el análisis que hace el interventor del AR, que están los costos de estructuración, teniendo en cuenta que en los otros ítems que usted analiza, según su respuesta, no se tocaron los costos de restructuración porque ya lo pasado pasado, los costos de estructuración de este proyecto en el análisis financiero que hizo el interventor para la liquidación del contrato fueron o no amortizados por el concesionario?

SRA. CUBILLOS: Es importante resaltar, y es muy importante que si bien es cierto la fórmula de liquidación hace referencia a unos elementos puntuales, los cuales entran en discusión, claramente, y que creo que es el objeto acá, es finalmente

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

aquí, dentro de los costos, y está en el contrato, si me lo quiere prestar o alguien me lo quiere prestar... ¿ahí está la fórmula de liquidación?

DRA. MIER: ¿Puedo?

DR. ÁLVAREZ: ... el que está en el expediente.

SRA. CUBILLOS: Bueno, pero voy a parafrasearlo y me perdonaran las imprecisiones, a lo que voy es que el contrato es claro en su fórmula de liquidación que los gastos no deben contener ni apreciaciones de amortizaciones. Eso quiere decir que cuando estamos en una liquidación anticipada hay unos efectos que entrar a revisar, los cuales de antemano no tienen que ver con la gestión. Y la discusión en la gestión dentro del no reconocimiento y el concepto que efectivamente vamos a llegar al Tribunal, que nos pidieron a nosotros era la ejecución del contrato, la cual era clara y decía que si en ese momento los costos de estructuración, los cuales se habían registrado en el patrimonio autónomo, debían ser aportes de equity o no, y ya voy a precisar lo que necesita.

Eso quiere decir que cuando estamos hablando del momento en el que hubo pronunciamiento, efectivamente no debían ser registrados en el patrimonio autónomo teniendo en cuenta que el originador era el mismo concesionario, sin embargo, si uno quiere ser totalmente estricto en la interpretación de la fórmula ... (interpelado)

DRA. BARRAQUER: Se pone de presente a la testigo el folio 296 del cuaderno de pruebas número 1.

SRA. CUBILLOS: Bueno, está en el folio 297. Entonces aquí dice que "el valor reconocido por estas actividades se definirá con los valores brutos sin incluir depreciaciones, amortizaciones o valorizaciones". Estos elementos llevan a que, por ejemplo, frente al tema de los activos, que además tienen un tratamiento especial dentro de la liquidación el contrato el cual se abordó de manera especial siendo un rubro especial, cuando hacen la reversión, se estipula la etapa de liquidación cuáles son los activos que se revierten, cuáles son los que no y cuáles generarían innecesidad revertir teniendo en cuenta las condiciones tanto

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

del contrato como de las posibilidades administrativas que tiene el gobierno para administrarlos.

En ese caso, tal como se dejó documentado en la etapa de reversión, ni siquiera en la etapa de liquidación del contrato, se establecieron que habían unos activos que además los establecía el contrato debían revertirse, pero que eran gastos innecesarios dentro del contrato, por lo cual no se iban a revertir y seguramente iban a llevar a una liquidación onerosa y a unos rubros que, además, en estas condiciones no se daban.

Ese mismo tratamiento seguramente podría darse con todos aquellos rubros que tengan una contrapartida virtual, como las depreciaciones, amortizaciones y valorizaciones, que no se surtió porque estaban en otra etapa contractual que es la que nosotros solamente podemos hacer alusión a lo que está dispuesto entre la página 296, 297, 298, a eso es a lo que nos referimos cuando hicimos la validación de los costos y gastos del patrimonio autónomo.

DRA. MIER: ¿Usted me contestó la pregunta?, porque no sé si me la contestó, ¿se amortizó o no? Usted fue interventora del proyecto, entonces la pregunta mía es muy concreta, ¿se amortizaron o no los gastos de estructuración?

SRA. CUBILLOS: Ningunos de los valores que incluían este contrato frente a las inversiones pre operativas se amortizó, por eso la fórmula contempla que debe reconocerse los gastos que se adeudan."

(...)

DR. ÁLVAREZ: Los costos de estructuración, ¿si hubiese el contrato terminado en el tiempo previsto, hubiesen quedado amortizados, sí?

SRA. CUBILLOS: Sí, señor.

DR. ÁLVAREZ: ¿El contrato qué preveía frente a esos costos de estructuración cuando había una terminación anticipada?

SRA. CUBILLOS: Si uno lo lee, y ahí vuelvo a lo mismo, hace referencia a los costos de estructuración pagados, que vuelvo e insisto, si uno lo mira a la luz de lo que

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

dice el contrato, no sé si sea una interpretación o no, es sencillamente, si cuando yo estoy en la etapa de ejecución y digo que los costos estructuración como tal no hacen parte o no se tiene que pagar por las condiciones que se exponen, y es que el concesionario es el mismo originador y por lo tanto eso se va a amortizar en el tiempo, en la etapa ejecución pues básicamente lo que estamos diciendo es que cuando vamos a la etapa de liquidación, para este caso particularmente siendo la primera liquidación anticipada, habían dos aspectos a revisar: primero que había una controversia ya planteada en estos costos, y si no fuera así tendríamos que entrar a revisar, lo cual claramente no hicimos por la misma situación que ya estaba establecida, y era que tenían que resolverse, y vuelvo e insisto, incluso fue casi que una decisión también de la ANI también decir los costos de estructuración aquí se resolverán en el Tribunal que ya está instalado y básicamente tenía que ver con que hacía referencia a lo pagado, entonces ... (interpelado)

DR. ÁLVAREZ: Sí, pero a ver, independientemente, pongamos entre paréntesis que usted es un académica, ha dicho siempre hagamos una concesión académica, no una concesión académica sino en términos lingüísticos una concesión para simular que no hubiese estado convocado el Tribunal, porque había otras cosas que también estaban dentro del tema del Tribunal y no hubo ningún problema, entonces la pregunta es ... (interpelado)

SRA. CUBILLOS: Y se acordaron entre las partes, por ejemplo, la acotación que yo hice hace un rato de la reversión de los activos, o sea, son cosas que de antemano se acordaron.

DR. ÁLVAREZ: Ahora, financieramente qué pasaría, financieramente, donde no hubiese habido Tribunal de arbitramento, donde usted hubiese tenido que acompañar desde su punto de interventoría una liquidación anticipada, donde el modelo financiero le mostraba a usted que había unos costos de estructuración, ¿qué pasaba con ellos?, ¿cuál hubiese sido su posición en ese escenario?

SRA. CUBILLOS: ¿Financiero?

DR. ÁLVAREZ: Sí, financiero.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

SRA. CUBILLOS: Es una de las cosas que he pensado.

DR. PINZÓN: Para precisar, no queremos llevarla a hipótesis, sino para entender la posición que usted ha explicado con fundamento en el escenario que ha presentado el presidente, en ese sentido le pregunta.

SRA. CUBILLOS: Pero es un caso hipotético, finalmente.

DR. PINZÓN: Claro, usted tiene una hipótesis que nos ayuda a comprender lo que ha contestado, eso es lo que queremos.

SRA. CUBILLOS: La pregunta es, exactamente igual que ahorita que en el tema de Cesar- Guajira O sea, no en un tema general. Es que aquí hay una particular que particularidad, que es donde nace la controversia, y es que aquí hubo un reconocimiento del gasto por parte del patrimonio y ahí me cambia totalmente mi esquema netamente académico, ¿por qué? Porque si usted me dice en estas condiciones, no en una de terminación anticipada, en estas condiciones, si yo tuviera que conceptualizar desde netamente lo contable y lo financiero, yo tengo una factura registrada en patrimonio autónomo que surtió todo el trámite de los estados financieros.

Esa es una condición particular y por eso la controversia se dio en ese momento frente a si se da o no se daba. Si me lo pone en un caso totalmente hipotético que no es el contrato de la concesión como está dado, en esa condición académica no existe amortización de los gastos, pero quiero ser súper clara, y es que las particularidades en cada una de las situaciones llevan a tomar decisiones fundamentadas desde lo teórico.

DR. ÁLVAREZ: Doctora, y dado ese reconocimiento de ese antecedente, ¿cuál puede ser el enfoque desde el punto de vista de un interventor ante ese hecho existente en ese contrato específico para negarlo?

SRA. CUBILLOS: Que haya una controversia que no se ha resuelto. Y que esa fue la posición, hay una controversia que no está resuelta y que viene, y vuelvo e insisto, viene previa a la etapa de liquidación, es supremamente importante entender esa situación, que vuelvo e insisto, que desde lo académico da a otras situaciones que no era en el caso de este...(interpelado)

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

DR. ÁLVAREZ: Pero entonces dado el antecedente, ¿si lo hubieran vuelto a pagar la interventoría no habría hecho ninguna objeción?

SRA. CUBILLOS: ¿Señor?

DR. ÁLVAREZ: Dado que había un antecedente, si se hubiera vuelto a reconocer un pre operativo en las circunstancias de las que estamos hablando aquí, ¿no habría habido ninguna objeción desde el punto de vista de la interventoría?

SRA. CUBILLOS: ¿En el contrato de la concesión? Si no hubiera habido un antecedente ...(interpelado)?

DR. ÁLVAREZ: No, al contrario, dado al antecedente que ya se había hecho un pago, como usted lo acaba de mencionar.

SRA. CUBILLOS: Pero es que el pago es diferente.

DR. ÁLVAREZ: ¿Eso no influiría en la posición del interventor frente a un segundo pago?, ¿frente a una discusión sobre un segundo pago?

SRA. CUBILLOS: O sea, frente al segundo pago que es el de concesionario.

DR. ÁLVAREZ: El objeto de discusión, frente al objeto de discusión, dado que hay un antecedente que usted nos describió, si hubiera habido un pago ustedes ¿no lo habrían objetado? Estamos dentro del terreno de las hipótesis con la licencia que me permiten las partes, pero es quiero entender es cómo es la posición de la interventoría.

SRA. CUBILLOS: No...(interpelado)

DR. ÁLVAREZ: Es decir, como usted ha planteado una cosa es lo académico y otra lo que ha venido pasando, entonces, si prescindimos un momento lo académico y tenemos en cuenta lo que ha venido pasando, ¿hubieran vuelto a pagar ... me explico?

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

SRA. CUBILLOS: Hay un hecho que sin duda, o sea, en este tipo de contratos solamente se puede hacer lo que está escrito y lo que está como hecho. Es decir, ahí sí creo que las interpretaciones, entiendo la interpretación desde ahí, y es, en este contrato particularmente con el antecedente, y es que había ya una controversia y es que no había por parte de la entidad contratante una postura de la cual no se reconocía y además de está validado por la interventoría, teniendo en cuenta que era el mismo originador y que esos gastos en la ejecución del contrato se iban a dar o se iban a repagar o a atribuir a partir del proyecto, como eso ya estaba, yo no puedo como interventor desviarme de esta situación que está nada en ese momento.

Si no existiera, de repente, y esa es la pregunta que contesté al doctor, él me dice, si no estuviera de repente hipotéticamente el Tribunal, usted como financiera consideraría que ese es un gasto que se tiene que reconocer? En ese momento, si no hay una postura de no reconocimiento, quiere decir que yo acepté el gasto anteriormente. Si yo acepté ese gasto anteriormente, lo que me dice es los gastos que se hayan pagado, por lo tanto, en ese momento debería pagarse. Lo cual es que en este particular es que esto se tenía, o como quedó ahí es que se resolvía primero por un antecedente que se venía dando en la ejecución y además con un hecho sobreviniente, que fue la liquidación anticipada.”

En relación con la misma temática, a folio 17 del cuaderno de pruebas No. 2, se consigna **la pregunta No. 7 del dictamen y a folios 18 y 19 la respuesta a la misma** en que se abordan los efectos financieros de determinar que no procede el pago de los costos de estructuración cuando originador y concesionario son la misma persona:

“7. El Perito se servirá determinar si el Contrato de Concesión No. 006 de 2015, en la parte General o Especial, establece la obligación de pagar o remunerar los Costos de Estructuración y, si existiera alguna excepción, indique los efectos económicos de esta excepción.

(...)

De una lectura simple del contrato, se observa que el Concesionario tiene la obligación de pagar los costos de estructuración en la forma y plazo establecida en el numeral 3.7 mencionado; sin embargo, para el caso en que el

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Concesionario sea el mismo Originador, el Concesionario no tiene la obligación de pagarse a sí mismo los Costos de Estructuración.

En consecuencia, para responder a la primera parte de la pregunta formulada, se puede afirmar que el contrato establece la obligación de pagar o remunerar los costos de estructuración, pero que en el caso en que Originador y Concesionario fueran la misma persona, siendo ellos capaces de disponer libremente de lo suyo, no obligación el pago o remuneración de los Costos de Estructuración.

La excepción para el caso en que Originador y Concesionario fueran la misma persona es desde el punto de vista financiero razonable, pues en el caso en que el Concesionario por ser el mismo Originador decida no remunerarse o pagarse los Costos de Estructuración, tendría un mayor retorno sobre el capital invertido, retorno que compensaría el valor de los Costos de Estructuración.

Es decir que, los costos de estructuración siempre se pagarían, de manera independiente a la calidad del Concesionario e independiente a que el Concesionario siendo el mismo Originador decida o no pagarse a sí mismo los costos de estructuración y; la excepción para el caso en que Originador y Concesionario fueran la misma persona, no tiene efectos económicos sobre la estructura financiera del contrato.

Para probar lo expuesto, el Perito procedió a modificar el Modelo Financiero del Proyecto, de manera que se pueda evaluar el efecto de: i) excluir los costos de estructuración en el caso en que estuvieran considerados; o ii) incluir los Costos de Estructuración en el caso en que no estuvieran considerados.

Habiendo el Perito determinado que los Costos de Estructuración están incluidos en la ecuación económica y financiera del contrato, según lo expuesto en las respuestas a las preguntas 1 y 2 anteriores, se procedió a excluir del modelo financiero el valor de \$13.076.880.000 pesos asociados a estos costos (Estudios de Iniciativa), evidenciando consecuentemente que la TIR proyecto desapalancada pasa del 10.90% al 11.13%, es decir que efectivamente el Concesionario tendría una mayor rentabilidad como consecuencia de no remunerarse a sí mismo los costos de estructuración.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Es preciso reiterar que lo expuesto solo tiene aplicación en el caso en que el Concesionario obtenga el VPIP del contrato, es decir cuando el valor presente del recaudo de peajes alcance la suma de \$1.056.018.135.000 pesos de diciembre de 2013.

Finalmente, se aclara que el Perito no pretende interpretar si jurídicamente el Originador es en el caso del contrato de concesión No. 006 de 2015 el mismo Concesionario; sino conceptuar desde el área de mi experticia el efecto que tienen los Costos de Estructuración sobre un Originador cualquiera, en el evento en que estos costos no fueran pagados o reconocidos."

A folios 19 y siguientes del cuaderno de pruebas No. 2 se consigna **la pregunta 8 del dictamen y su correspondiente respuesta**, referida a los efectos para el originador en caso de no poder recuperar el valor de los costos de estructuración conforme se verifica a continuación:

"8. El perito se servirá determinar el efecto que sobre el Originador del Proyecto tendría el que no pudiera recuperar los Costos de Estructuración, en el marco del Contrato de Concesión No. 006 de 2015.

(...)

Ahora bien, el perito comprende que la situación expuesta en la pregunta formulada consiste en determinar el efecto económico para el Originador de hundir los costos de estructuración, a los que en el ámbito económico y financiero se les denomina a aquellos costos incurridos que no podrán ser recuperados.

La situación en la cual solamente el Originador debe "hundir los costos de estructuración" implica para el Originador un menor Opex a remunerar, lo cual genera efectos financieros sobre los ingresos, el plazo o sobre la tasa de rentabilidad, según se haya estructurado financiera mente el proyecto.

A continuación se explica en detalle la situación expuesta:

En virtud de la estructura económica y financiera del contrato de Concesión 006 de 2015, al excluir los Costos de Estructuración para el Originador, se cambiaría solamente el Opex para el Originador del proyecto que, para colocarlo en igualdad de condiciones frente a terceros No Originadores, es necesario

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

introducir en el contrato y en el pliego, condiciones diferenciadoras, de manera que se equiparen las condiciones financieras y de riesgo del Originador frente a los No Originadores.

Para esto, se procedió a analizar en el modelo financiero los efectos de excluir los Costos de Estructuración y la manera de equiparar las condiciones económicas del Originador y de los No Originadores.

1. Tal y como se expuso en la respuesta a la pregunta 7 anterior, al eliminar del modelo financiero los costos de estructuración; colocando la celda f1472 de la hoja "Datos de Entrada" en cero, la TIR desapalancada del proyecto en la celda C553 de la hoja "Consolidado" pasa del 10.90% al 11.13%.

2. Posteriormente, se busca reducir el VPIP de manera que se obtenga la misma TIR desapalancada que se tenía antes de eliminar los costos de estructuración, es decir hasta obtener una TIR desapalancada del 10.90%.

Sin modificar la estructura y formulación del modelo financiero, se procedió a reduciendo el plazo previsto para la obtención del VPIP, a través de modificar la celda D13 de la hoja "Datos de Entrada", disminuyendo en un año el valor de esta celda, es decir en lugar de 30 (años) se introduce 29 (años), obteniendo los siguientes resultados:

- La TIR desapalancada en la celda C553 de la hoja "Consolidado", pasa a 10.89%, cifra que se aproxima en un 99.88% a la TIR original del 10.90%.*
- El VPIP que se obtiene es de \$1,033,410,303,399.*

Del anterior análisis se observa que para igualdad de condiciones entre Originador y No Originadores, es necesario reducir el VPIP del Originador del proyecto en \$22,607,831,601 pesos del mes de referencia, valor que representa aproximadamente un año menos de contrato para obtener el VPIP.

No obstante, se aclara que podrían existir otras condiciones o variables diferenciadoras que podrían evaluarse de manera que al excluir los costos de estructuración la TIR del proyecto no varíe, tales como un diferente alcance, un mayor Capex o diferentes condiciones de asignación de riesgos, entre otros.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Para el efecto, el Perito se remitió al contrato y al pliego de condiciones y no encontró que se hubiera hecho distinción o diferenciación alguna en cuanto a: alcance del contrato, ingresos, tasas de rentabilidad, o plazo del contrato, para el caso particular en que el Originador del Proyecto fuera el mismo Concesionario.

Lo expuesto en esta respuesta es totalmente coherente con lo expuesto en la respuesta anterior, en el sentido que al no tener para Originadores y No Originadores diferencias en cuanto a alcance del contrato, ingresos (VPIP), plazo o tasa de rentabilidad, "los costos de estructuración siempre se pagarían, de manera independiente a la calidad del Concesionario e independiente a que el Concesionario siendo el mismo Originador decida o no pagarse a sí mismo los costos de estructuración", y que la excepción del literal a) del numeral 3.7 para el caso en que Originador y Concesionario fueran la misma persona, no tiene efectos económicos sobre la estructura financiera del contrato."

En la audiencia de contradicción del dictamen, el ingeniero **EDGAR ENRIQUE VILLOTA LEGUIZAMÓN** expuso lo siguiente, en relación con los costos de estructuración y puntualmente frente a los temas abordados al responder las preguntas 7 Y 8 del dictamen:

"SR. VILLOTA: (...) El dictamen tiene 2 temas principales: uno, está referido a los costos de estructuración y, el segundo, a lo relacionado con la terminación anticipada del contrato.

Respecto de los costos de los costos de estructuración nosotros en el dictamen lo desarrollamos desde 2 puntos principales: uno, se puede concebir como qué pasa frente a la ejecución normal del contrato y, la segunda, qué pasa en un escenario de terminación anticipada del contrato.

En el plazo de ejecución normal del contrato nosotros vemos que el tema en cuestión relacionado con los costos de estructuración y si los mismos deben ser o no reconocidos dentro de los costos de estructuración en el evento en que el originador sea el mismo, estructurador, pues tiene un efecto que para nosotros no es un efecto en principio materialmente adverso, o sea, no significa una afectación muy importante pero sí la hay.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

No la hay porque el excluir los costos de estructuración del proyecto implica que el originador en el caso que lo fuera o que fueran los mismos tendría una mayor tasa de rentabilidad, entonces en principio se podría compensar o podría minimizarse ese efecto.

Sin embargo, sí lo hay en la medida en que demandaría una mayor necesidad de recursos o de aportes de recursos al proyecto por parte de este, del originador, que esta situación no ocurriría cuando el originador no sea el mismo estructurador porque, entonces, tendría que aportar menos recursos y el hecho de que tener que aportar menos recursos implica que haya pues mayores necesidades, las mayores necesidades de capital se reflejan también en la TIR, entonces eso principalmente.

En todo caso en este caso también vemos que los costos de estructuración pues son un costo que es susceptible de ser registrados en las cuentas de la concesionaria porque es un costo totalmente relacionado, es un costo preoperativo que tiene relación con el contrato, es decir, no estamos hablando de la estructuración de otro proyecto diferente sino de la necesidad de estructuración de este contrato.

(...)

DR. ÁLVAREZ: Volvemos a la filmina anterior. Estuve examinando la última frase, su afirmación no está obligado, cuál sería el fundamento de no está obligado, esa es una valoración suya desde el punto de vista técnico, desde el punto de vista normativo, ¿de qué estamos hablando aquí?

SR. VILLOTA: El operador, el concesionario en este caso tiene cierta autonomía, tiene una autonomía para desarrollar su proyecto, es decir, ellos pueden manejar el proyecto de diferentes formas y todo, las eficiencias que pueda tener el operador o las deficiencias con los mayores costos o lo menores costos están contra su TIR, primero.

Segundo, eso, o sea, no se puede negar, es un costo que está reconocido, es un costo que está de alguna manera reflejado y es un costo que fue necesario para ejecutar este contrato, entonces el concesionario puede registrar este costo

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

dentro de su contabilidad, o sea, lo puede contabilizar, o sea, no estaría contabilizando dentro de su proyecto la estructuración del metro de Bogotá, sino el de este proyecto.

Ahora bien, cuál es la lectura financiera que nosotros le damos, es que cuando estamos hablando de que el originador, en el evento que el originador sea el mismo estructurador, o sea, sea el mismo concesionario pues hay una obligación clara y exigible, clara y exigible en la medida en que dice debe, sí, entonces cuando no lo es pues no hay una obligación clara y exigible pero es susceptible de ser contabilizado dentro de las cuentas del proyecto, dentro de los rubros del proyecto o en la contabilidad del proyecto.

DR. ÁLVAREZ: Siguiendo la línea que usted ha tomado, cuando uno dice puede es un facultativo, ¿puede o debe?

SR. VILLOTA: Puede porque en el caso de que el originador sea el mismo concesionario debe, en el otro caso pues si él no quiere no lo tiene que incorporar en el proyecto y se subordina desde una mayor tasa de rentabilidad, o sea, él es autónomo en decidir de qué forma lo quiere manejar, si lo quiere manejar internamente y que el mismo pagarlo contra el VPIP del proyecto y tener su tasa de rentabilidad lo puede hacer, pero si él quiere meterlo dentro de las cuentas del consorcio lo puede hacer porque es un costo que está totalmente asociado al proyecto.

DR. ÁLVAREZ: Y, ¿aquí está en la situación que usted diagnosticó como perito estaba en una condición de puede o debe?

SR. VILLOTA: En la situación como perito yo veo que está reflejado en las cuentas del concesionario, o sea, en los rubros presupuestales, en los rubros fiduciarios está contabilizado, está registrado contablemente, entonces, yo me aparto un poco de la discusión, en este caso, de si el originador es el mismo concesionario porque ese es un tema que tiene que ver más pues con condiciones legales que financieras, entonces yo veo que este costo está registrado, los rubros fiduciarios, simplemente hago un análisis que pasa en el evento que el concesionario no sea el mismo originador, qué pasa si el concesionario es el mismo originador.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Cuando se hace una interrupción del contrato, o sea, entramos en un escenario de determinación anticipada, pues aquí sí hay una situación material adversa, en el evento en que el originador sea el mismo concesionario, por qué, porque como hemos dicho es un costo que está reconocido, es un costo que tuvo lugar y ya no tiene el concesionario un VPIP, o sea, no tiene un ingreso contra el cual pueda compensar ese costo en que incurrió, entonces en el evento en que este costo no pueda ser reconocido en la terminación anticipada pues va a tener un efecto material directo y equivalente al valor de los costos de estructuración.

Y, cuando uno estructura proyectos de este tipo lo que es claro es que las condiciones tienen que ser iguales para todos los proponentes, es decir, cualquier proponente llámese como se llame tiene que tener las mismas condiciones de tasa de rentabilidad, no puede tener una tasa diferente, entonces desde ese punto de vista cuando el originador es el mismo concesionario pues tendría una situación diferente porque no puede recuperar los costos en que incurrió.

Para estructurar este contrato lo pone en una situación diferente en cuanto a los que puede recuperar y en situación diferente de riesgos incluso, entonces básicamente esa es la razón por la cual cuando en un escenario de terminación anticipada porque cualquier razón, si el operador es el mismo concesionario no puede recuperar los costos de estructuración tendría una pérdida y tendría un tratamiento diferencial frente a otro tipo de concesionario.

En ese sentido se hizo todo el análisis, se registró el modelo, se corrieron, se hizo el análisis de qué pasa en el modelo financiero si excluimos la TIR del contrato, perdón, si excluimos los costos de estructuración, vimos que cambiaba, vimos que mejoraba, vimos que estaban contabilizados, o sea, en el modelo están registrados los costos de estructuración, ambos, tanto los costos de estructuración de la parte pública como los costos de estructuración de la parte privada.

O sea, no ha habido una diferenciación en el modelo en cuanto qué pasa si es originador y qué pasa si no es originador y tampoco vimos una diferenciación en las condiciones que debía tener para participar, o sea, no vimos que hubiese una diferenciación en la TIR para un concesionario que fuera originador frente a un concesionario que no fuera originador, es básicamente eso.

DR. ÁLVAREZ: Usted siempre menciona y lo ha dicho en su exposición y en lo que está proyectado también se lee, ¿cómo jugó en su análisis financiero el tema de la asignación de riesgo?

SR. VILLOTA: El tema de riesgos tiene que ver, cuando nosotros modelamos un contrato miramos qué pasa financieramente cuando ocurre cierta eventualidad, entonces en este tema con la asignación de riesgos me refiero a que si yo soy no originador, sí, y ocurre la terminación anticipada del contrato pues puede recuperar los costos, o sea, se los paga a un tercero y recupera esos costos.

Si es originador y no le reconocen estos costos pues tiene un mayor costo, entonces hay una diferenciación y en esa interpretación por decirlo así, hay una diferenciación en cuanto a que no puedo reconocer ese costo, entonces tendría aparentemente una diferenciación en los riesgos de si yo soy originador o no lo soy originador, y para ser equitativo, un contrato pues debería haber un tipo de compensación en cuanto a la tasa de retorno, en cuanto algún otro elemento propio del contrato, aquí no lo vemos, o sea, las condiciones eran exactas para todos.

Es más, la Ley de APP de alguna manera permite que el originador tenga algún tipo de ventaja frente a un concesionario que es no originador, no al revés, el no reconocerle los costos de estructuración pareciera que es una desventaja ser originador."

2. LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

Como se mencionó previamente³⁰, el 10 de julio de 2017, la Concesionaria Cesar-Guajira (la "**Convocante**" o el "**Concesionario**") y la Agencia Nacional de Infraestructura (la "**ANI**" o la "**Convocada**") (conjuntamente denominadas las "**Partes**") declararon la ocurrencia de una causal de Terminación Anticipada del Contrato de Concesión No. 006 de 2015 (el "**Contrato de Concesión**"), y suscribieron el Acta de Declaración de Ocurrencia de una Causal de Terminación Anticipada en inicio de la Etapa de Reversión³¹.

³⁰ Ver Capítulo 1, Antecedentes.

³¹ Acta de Liquidación Bilateral del 26 de diciembre de 2018, pág. 2.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

El 18 de febrero de 2018, las Partes suscribieron el Acta de Reversión y Terminación Anticipada y, según lo dispuesto en la Sección 18.1 de la Parte General del Contrato de Concesión, iniciaron las conversaciones para liquidarlo de mutuo acuerdo³².

No está en disputa en este arbitramento que las Partes debían aplicar la fórmula de liquidación en la fase de construcción prevista en la Sección 18.3 (e) de la Parte General del Contrato de Concesión, modificada por el Otrosí No. 10 (la "**Fórmula de Liquidación**")³³. El texto de la Fórmula de Liquidación establece lo siguiente:

*Si se produce la Terminación Anticipada del Contrato durante la Fase de Construcción se procederá a establecer el valor de la liquidación del Contrato de Concesión, mediante la aplicación de la siguiente fórmula (...)*³⁴

$$VL_{(c)} = \Delta - (DyM_{m+l} + CP_{m+l}) + OANI_{m+l}$$
$$VL_{(c)} = \Delta - (0 + 0) + 0$$
$$VL_{(c)} = \Delta$$

Siendo

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

Las Partes también reconocen que, dentro del componente AR_h de la Fórmula de Liquidación, el Contrato de Concesión define (i) cuáles son los costos que han de ser reconocidos al Concesionario y (ii) la forma mediante la cual las Partes deben proceder a certificarlos y reconocerlos³⁵. Según la Sección 18.3 (e), el componente AR_h se refiere a lo siguiente³⁶:

AR_h	<i>Costos durante el Mes h (siempre que se traten de costos realizados hasta la terminación de la Etapa de Reversión), asociados con las actividades que haya realizado el Concesionario con anterioridad</i>
--------	---

³² Acta de Liquidación Bilateral del 26 de diciembre de 2018, pág. 2.

³³ Acta de Liquidación Bilateral del 26 de diciembre de 2018, pág. 45; Escrito de Demanda Reformada de la Convocante del 4 de octubre de 2018, pretensiones declarativas sexta y séptima; Escrito de Contestación de la ANI, pág. 2; Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 115; Alegatos de Clausura de la ANI, pág. 5.

³⁴ Contrato de Concesión, Parte General, Sección 18.3 (e), modificada por el Otrosí No. 10.

³⁵ Escrito de Demanda Reformada de la Convocante del 4 de octubre de 2018, pretensiones declarativas sexta y séptima; Escrito de Contestación de la ANI, pág. 2; Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 115.

³⁶ Contrato de Concesión, Parte General, Sección 18.3 (e), modificada por el Otrosí No. 10 (el resaltado es nuestro).

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

al inicio de la Etapa de Operación y Mantenimiento y que hayan sido reconocidos por ANI, en Pesos corrientes.

Las actividades reconocidas incluyen exclusivamente aquellas relacionadas con las obligaciones del Concesionario durante la Etapa Preoperativa y hasta la terminación de la Etapa de Reversión.

Para los Meses h posteriores a la Fecha de Inicio se reconocerán exclusivamente los costos asociados con las siguientes actividades:

- Valor efectivamente desembolsado por concepto de primas de seguros y comisiones para la obtención y el mantenimiento de i) la Garantía Única de Cumplimiento, ii) la póliza de responsabilidad extracontractual a que se refiere la Sección 12.7 de esta Parte General, y iii) el seguro de daños contra todo riesgo a que se refiere la Sección 12.8 de esta Parte General, en el Mes h.*
- Valor de los aportes que haya realizado el Concesionario a las Subcuentas de la Cuenta ANI, así como la Subcuenta Predios, Subcuenta Compensaciones Ambientales y Subcuenta Redes, en el Mes h.*
- Valor de los Costos de Estructuración al que se refiere la Sección 2.3(b)(vi), de haberse efectivamente pagado dicho valor, en el Mes h, en los términos establecidos en la Parte Especial.*
- Valor de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico y los Estudios de Detalle, en el Mes h.*
- Costos de la Gestión Social y Ambiental (exceptuando los hechos contra la Subcuenta Compensaciones Ambientales), en el Mes h.*
- Costos de la Gestión Predial (exceptuando los hechos contra la Subcuenta Predios), en el Mes h.*
- Valor de las Intervenciones ejecutadas por el Concesionario y verificadas por el Interventor, en el Mes h.*
- Costos de Operación y Mantenimiento, gastos de administración e impuestos, en el Mes h.*
- Comisiones y otros pagos a los Prestamistas, distintos del servicio de la deuda (intereses y principal), en el Mes h.*

En todos los Meses h anteriores a la Fecha de Inicio se reconocerán exclusivamente los siguientes costos:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

- Valor efectivamente desembolsado por concepto de primas de seguros y comisiones para la obtención de i) la Garantía Única de Cumplimiento, ii) la póliza de responsabilidad extracontractual a que se refiere la Sección 12.7 de esta Parte General, y iii) el seguro de daños contra todo riesgo a que se refiere la Sección 12.8 de esta Parte General, en el Mes h.
- Valor de los aportes que haya realizado el Concesionario a las Subcuentas de la Cuenta ANI, así como la Subcuenta Predios, Subcuenta Compensaciones Ambientales y Subcuenta Redes, en el Mes h.
- Valor de los Costos de Estructuración efectivamente desembolsados en el Mes h, en los términos establecidos en la Parte Especial.

El valor reconocido por estas actividades se definirá con base en los valores brutos (sin incluir depreciaciones, amortizaciones o valorizaciones) que corresponderán exclusivamente a los costos directos asociados con estas actividades y será establecido por las Partes de mutuo acuerdo o, en su defecto, por el Amigable Componedor, pero en todo caso su valor no podrá ser superior al consignado en los registros contables del Patrimonio Autónomo para estos rubros, registrados en los estados financieros y certificados por el Interventor.

Durante las discusiones para la liquidación de mutuo acuerdo, surgió una controversia en cuanto a la aplicación de los componentes de la Fórmula de Liquidación.

Por un lado, las Partes presentaron diferentes interpretaciones frente a los componentes *h* y *l* (el criterio *h* define el mes de inicio de aplicación de la Fórmula de Liquidación, mientras que el criterio *l* corresponde a la fecha de liquidación del Contrato de Concesión)³⁷.

³⁷ Acta de Liquidación Bilateral del 26 de diciembre de 2018, pág. 47.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Por otro lado, las Partes no se pusieron de acuerdo en cuanto al modo en que se debían soportar los costos incurridos para su certificación y reconocimiento según la Sección 18.3 (e) del Contrato de Concesión³⁸.

El 4 de octubre de 2018, la Convocante presentó el Escrito de Demanda Reformada (el "**Escrito de Demanda Reformada**"), en el que solicitó que se liquidara el Contrato de Concesión³⁹, por "la suma de CIENTO OCHENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS VEINTITRÉS MIL CIENTO SIETE PESOS (\$188.437.923.107) del mes de agosto de 2018, o lo que resulte probado dentro del presente proceso.", es decir por el valor bruto de las cifras del componente ARh, al que aplicó la Fórmula de Liquidación, siguiendo para el efecto, sus criterios en cuanto al contenido de los demás componentes de la Fórmula.

El 26 de diciembre de 2018, la ANI y el Concesionario celebraron el Acta de Liquidación Bilateral con Salvedades (el "**Acta de Liquidación Bilateral**").

La Convocante había solicitado el reconocimiento de \$147.050.560.353 como costos incurridos por el Concesionario según la Sección 18.3 (e) del Contrato de Concesión. Sin embargo, en el Acta de Liquidación Bilateral, la ANI reconoció un valor de \$85.235.649.495 ⁴⁰, quedando por tanto solamente en disputa el valor de \$61.814.910.958 (el "**Valor en Controversia**")⁴¹.

Las partes presentaron ante el Tribunal, el Acta de Liquidación Bilateral y un acuerdo derivado del mismo para aprobación del Panel.

Mediante auto No. 23 de 21 de junio de 2019, el Panel argumentó:

"Ahora bien, en el espacio administrativo contractual las partes están legalmente facultadas para que, sin intervención judicial alguna y sin participación del Ministerio Público, acuerden sus diferencias, tal como lo estipula el Decreto Ley 19 de 2012 que al efecto dispone:

³⁸ Escrito de Demanda Reformada de la Convocante del 4 de octubre de 2018, pretensiones declarativas sexta y séptima; Escrito de Contestación de la ANI, pág. 2; Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 115; Alegatos de Clausura de la ANI, pág. 5.

³⁹ Escrito de Demanda Reformada de la Convocante del 4 de octubre de 2018, pretensiones vigésima primera y vigésima segunda; hecho 4.2.51.

⁴⁰ Acta de Liquidación Bilateral del 26 de diciembre de 2018, pág. 47.

⁴¹ Acta de Liquidación Bilateral del 26 de diciembre de 2018, pág. 47; Fe de erratas al Acta de Liquidación Bilateral del 26 de diciembre de 2018, del 6 de marzo de 2019.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

"Artículo 217. **De la ocurrencia y contenido de la liquidación de los contratos estatales.** El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 quedará así:

"Artículo 60. De la ocurrencia y contenido de la liquidación. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.
También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.
La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión."

(...)

La liquidación es un acto de autonomía de la voluntad con que termina el contrato estatal, y ha de entenderse "como declaración de voluntad enderezada a la producción de efectos jurídicos"⁴² y siguiendo a Savigny, quien acuñó la expresión en el derecho alemán de negocio jurídico (*Rechtsgeschäft*), "la voluntad del agente está dirigida inmediatamente a la constitución o a la disolución de una relación jurídica"⁴³.

En ese preciso y exacto sentido, la liquidación tiene el propósito de disolver la relación contractual, finiquitándola, de tal manera que, excepción hecha de lo que las partes expresamente salven, queda disuelto el contrato en los términos que en el negocio jurídico de liquidación convenga.

La relación contractual que preexiste a la liquidación y que se liquida queda concluida, quedando como temas posibles de litigio, las salvedades, y como

⁴² Fernando Hinestrosa Forero, Ob. Cit. Pág. 219.

⁴³ F..C. von Savigny, citado por Fernando Hinestrosa Forero, *Ibidem*, Cita 597, Pág. 219.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

obligaciones surgidas de la liquidación, aquellas que las partes hayan acordado en el negocio jurídico de liquidación.

La obligación nacida de la liquidación tiene un objeto (id quod debetur), que es el contenido de la prestación con la que se obliga quien resulta deudor, conforme al negocio jurídico de liquidación contractual.

Por lo expresado, el título jurídico fuente de la obligación, se desplaza del contrato liquidado al negocio jurídico de liquidación, donde la autonomía de las partes determina lo debido y la condición recíproca de deudor y acreedor.

La obligación nacida del negocio jurídico puede nacer pura y simple o sujeta a plazo o condición, de tal manera que la exigibilidad de la obligación dependerá de cómo la hayan acordado las partes, siendo de su fuero las estipulaciones pertinentes; en ausencia de disposición establecida por la voluntad de las partes, las normas civiles y comerciales respectivas sobre requerimiento, mora e intereses, serán aplicables.

Interesa al Tribunal destacar que la liquidación como negocio jurídico genera obligaciones y que estas, si bien tienen una conexidad con el contrato liquidado, son autónomas e independientes de éste, por mediar un acuerdo de voluntades distinto al origen de las obligaciones contractuales.

El contrato estatal se extingue por cumplimiento del plazo o por cualquiera otra situación que determine su terminación. A la terminación de los contratos estatales de tracto sucesivo, sobreviene la liquidación que, tal como se ha dicho, es un negocio jurídico diferente al contractual.

Mediando la liquidación de común acuerdo con salvedades, las diferencias que subsisten a la liquidación, se pueden judicializar. Igual el acto administrativo de liquidación unilateral es susceptible de encausamiento judicial.

Las competencias de la autoridad judicial respecto a la liquidación penden de distintas situaciones fácticas:

- 1) La pretensión de liquidación judicial supone la inexistencia de la liquidación;*
- 2) El pronunciamiento sobre salvedades supone una liquidación bilateral con salvedades;*
- 3) La discusión judicial sobre el acto administrativo de liquidación, exige liquidación unilateral.*

(...)

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En cambio de lo que sucede respecto a la conciliación extrajudicial y judicial, la liquidación contractual pactada queda expuesta a los controles ordinarios y a que, en lo salvado por las partes, las diferencias sean objeto litigioso.

El Tribunal reconoce la autonomía de las partes al haber pactado esa cifra de la que son responsables, tanto en su determinación descriptiva como en su cuantificación. El reconocimiento de una cifra ausente de salvedades, sustrae del conocimiento judicial el negocio jurídico de liquidación.

(...)

El negocio jurídico expresado en la liquidación obedece a la autonomía de la voluntad de las partes, sin que el juez puede interferir en lo acordado, salvo que se pida la anulación de la liquidación, lo que no viene al caso. Para el Tribunal es una realidad jurídica incontrovertible lo convenido por las partes, sin que tenga cómo establecer que las cifras acordadas son o no son las debidas, cuando lo cierto, es que ya están pactadas y como tal obligan.

Establecida la obligación en la liquidación, lo que sigue es el pago y si el acreedor consciente en un acuerdo de pago, eso no es materia conciliable porque nunca fue objeto litigioso establecer cómo el deudor paga, qué gestiones debe realizar para obtener los recursos y hasta dónde el acreedor cedía en su derecho a cobrar intereses.

El Tribunal está convocado para resolver una demanda con pretensiones fundadas en hechos de ejecución contractual no para dirimir la forma en que han de satisfacerse las obligaciones originadas en la liquidación, así que todo lo pactado en la liquidación, que es negocio jurídico diferente, permanece al margen de la controversia contractual que amerita el presente tribunal, que tiene por objeto no el acuerdo liquidatorio sino las diferencias previas al acuerdo que podrían verse reducidas por desistimiento, no por la liquidación, que es ajena y posterior a la demanda, la integración del contradictorio, su reforma y las contradicciones a una y otra que presentó la convocada. Es posible que el desistimiento de pretensiones y hechos se dé cómo efecto de cumplimiento de lo pactado en el negocio de liquidación, pero sobre lo acordado en él no hay objeto conciliable por estar todo definido y la forma de cumplir con lo pactado es propia del acuerdo de pago que está en el arbitrio del deudor presentar y el acreedor aceptar. Atender a cómo debe pagarse una obligación de dar suma cierta de dinero, no es condición litigiosa presentada como pretensión en la demanda y no podría ser, pues la ley indica cómo debe hacerse el pago. El cumplimiento de la obligación establecida con claridad,

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

certeza y exigibilidad en un título ejecutivo complejo, es ejecutable y la procedencia de la ejecución no está sometida a agotamiento de requisito de conciliación."

En concordancia con dichos argumentos, el Panel se abstuvo de aprobar o improbar acuerdos derivados de la liquidación.

A su turno, en auto No. 25 de la misma fecha, el Panel aceptó el desistimiento de las pretensiones expresamente señaladas por la Convocante, esto es, las pretensiones decima séptima, decima novena y vigésima declarativas, y la pretensión cuarta condenatoria.

El 2 de febrero de 2020, mediante el Auto No. 45, el Tribunal Arbitral aceptó el desistimiento parcial de la Parte Convocante. El Concesionario desistió a \$14.539.448.261, correspondientes al DTF + 9 puntos efectivo anual y a *"la suma de \$212.438.879 asociada al Gravamen de Movimiento Financiero"*⁴⁴.

La diferencia entre los costos reconocidos por la ANI y lo solicitado por el Concesionario es el resultado de la controversia que existe entre las Partes respecto de la aplicación de los componentes de la Fórmula de Liquidación, y corresponde a la disputa que han sometido a este Tribunal. Por lo tanto, la Convocante solicita el reconocimiento de \$61.496.605709, y este es entonces el Valor en Controversia y objeto de este litigio⁴⁵.

Para resolver esta controversia, el Tribunal dividirá su análisis en tres partes:

En *primer lugar*, el Tribunal Arbitral analizará el Acta de Liquidación Bilateral para poder determinar (i) el alcance de la misma frente a la liquidación del Contrato de Concesión y (ii) los efectos respecto de las pretensiones en este asunto⁴⁶.

⁴⁴ Auto No. 45 del Tribunal Arbitral, pág. 3.

⁴⁵ Alegatos de Clausura de la Convocante, Sección II. A, "EL OBJETO DEL LITIGIO".

⁴⁶ Escrito de Demanda Reformada de la Convocante del 4 de octubre de 2018, pretensión vigésima segunda ("*[q]ue se liquide el contrato de Concesión No. 006 de 2015*"); Escrito de Contestación de la ANI, págs. 22 y 23 ("*La ANI (...) sugiere reconocer solamente dentro de la actualización de la fórmula de liquidación los componentes IPC y TE hasta el día 18 de agosto de 2018, teniendo en cuenta que corresponde al plazo máximo que permitía el contrato de concesión para firmar el acta de liquidación, fecha en la que no se logró por las razones expuestas en la comunicación con radicado 20183000277891 del 27 de agosto de 2018*"); Alegatos de Clausura de la ANI, pág. 9 ("*La ANI -en su momento- al contestar la demanda reformada no se opuso a la pretensión VIGÉSIMA SEGUNDA de que el Tribunal de Arbitramento liquidara judicialmente el Contrato de Concesión No. 006 de 2015. Sin embargo, en la medida en que ello ocurrió con posterioridad, al momento de recurrir el auto de competencia, se opuso a que el Tribunal liquidara el contrato por la fortísima razón de que no se puede liquidar lo liquidado*") (el resaltado es nuestro).

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En *segundo lugar*, el Tribunal Arbitral decidirá cuál es la interpretación correcta de los criterios *h* y *l* para determinar la aplicación adecuada de los mismos en la Fórmula de Liquidación⁴⁷.

Y, en *tercer lugar*, el Tribunal Arbitral definirá la interpretación correcta sobre el método que las Partes pactaron para reconocer los costos incurridos en desarrollo del Contrato de Concesión, y decidirá sobre la validez y acreditación de los gastos solicitados por el Concesionario⁴⁸.

⁴⁷ Escrito de Demanda Reformada de la Convocante del 4 de octubre de 2018, pretensión décima sexta ("[q]ue se declare que, la liquidación del Contrato de Concesión No. 006 de 2015 debe darse de conformidad con el procedimiento establecido del [sic] las Secciones 18.2, 18.3 y 18.4 del Capítulo XVIII del Contrato de Concesión No. 006 de 2015"); Escrito de Contestación de la ANI, págs. 6-8 ("DECIMA SEXTA DECLARATIVA la ANI también se opone en tanto (...) la Convocante omite indicar que, al efectuar el cálculo de sus pretensiones, está aplicando ilegítimamente y sin sustento alguno la fórmula de liquidación, a partir de la fecha en que registraba una factura o cuenta de cobro en la Fiduciaria, y no a partir de la fecha de su pago efectivo, pago que en algunos casos se tardaba varios meses y hasta un año después de su registro"); pág. 22 ("[e]n oposición al Concesionario, se considera que el criterio de reconocimiento para clasificar los costos y gastos en cada uno de los meses que refiere el subíndice *h* del componente ARh, debe ser la(s) fecha(s) en la que ocurrió cada movimiento de caja para el pago efectivo de los recursos, y no la fecha en la que se registró cada factura dentro de la contabilidad del patrimonio autónomo") y pág. 40; Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 110 ("en la disímil interpretación de las Partes acerca de la forma de aplicación de ciertos elementos de la fórmula de liquidación establecida en la Sección 18.3. de la Parte Especial del Contrato de Concesión").

⁴⁸ Escrito de Demanda Reformada de la Convocante del 4 de octubre de 2018, pretensiones declarativas séptima ("[q]ue se declare que, de acuerdo a lo dispuesto en el literal (e) de la Sección 18.3 de la Parte General del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, el valor de las actividades ejecutadas debe definirse con base en los valores brutos, cuyo valor no puede ser superior al consignado en los registros contables del Patrimonio Autónomo"); décima segunda ("[q]ue se declare que, de acuerdo a lo establecido en la Sección 18.3 (e) de la Parte General del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, el soporte de los costos incurridos por la CONCESION CESAR GUAJIRA, es el informe emitido por la vocera del Patrimonio Autónomo – Fiduciaria Bancolombia, a efectos de aplicar las fórmulas de liquidación establecidas en dicha sección"); décima cuarta ("[q]ue se declare que los requerimientos formulados (...) por parte de la Interventoría y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA exceden el alcance de la Sección 18.3. de la Parte General del Contrato de Concesión No. 006 de 2015"); vigésima primera ("[q]ue en consecuencia de lo anterior, se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, incumplió el Contrato de Concesión No. 006 de 2015 al condicionar la suscripción del Acta de Liquidación, a la acreditación de los costos incurridos por el Concesionario durante la ejecución del Contrato de Concesión, con soportes que exceden los [sic] dispuesto en la Sección 18.3 (e) del Contrato"); vigésima segunda ("[q]ue se liquide el contrato de Concesión No.006 de 2015 (...) según lo probado en este proceso y se establezca por el Tribunal las sumas que se le adeudan a la CONCESIÓN CESAR GUAJIRA S.A.S."); Escrito de Contestación de la ANI, págs. 2-5, 21 y 22 (la ANI se opuso "respecto de la[s] pretens[i]ones] SÉPTIMA (...) DECIMA [sic] SEGUNDA (...) DECIMA [sic] CUARTA (...) VIGÉSIMA PRIMERA"); Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 110; Alegatos de Clausura de la ANI, pág. 5 (la ANI se opone a las pretensiones pues "es evidente que las partes ya LIQUIDARON BILATERALMENTE [sic] el contrato de concesión"); pág. 6 y Concepto del Ministerio Público, febrero de 2020, Sección 2.4.2.

2.1. EL ALCANCE DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL Y LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA DIRIMIR ESTE ASUNTO

Una de las cuestiones a decidir en este trámite gira en torno al desacuerdo de las Partes respecto del alcance que tiene el Acta de Liquidación Bilateral y si el Contrato de Concesión se encuentra o no liquidado de mutuo acuerdo. A continuación, el Tribunal resume brevemente la posición de las Partes para, luego, presentar sus consideraciones.

2.1.1. POSICIONES DE LAS PARTES

2.1.1.1. Posición de la Convocante

La Convocante considera que el Contrato de Concesión no ha sido liquidado y, por lo tanto, que este Tribunal Arbitral debe aplicar la Fórmula de Liquidación tanto al Valor en Controversia como al monto reconocido por la ANI en el Acta de Liquidación Bilateral⁴⁹:

Por un lado, en sus Alegatos de Clausura, la Convocante manifiesta que, “el 26 de diciembre de 2018, las Partes suscribieron [el] Acta de Liquidación Bilateral del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, en la que la ANI, previo concepto favorable de la interventoría del Contrato, efectuó un reconocimiento parcial de las actividades ejecutadas por el Concesionario del orden de \$85.235.649.395 – por concepto del componente ARh”⁵⁰.

Para el Concesionario, en el Acta de Liquidación Bilateral, las Partes no aplicaron la Fórmula de Liquidación sobre el monto reconocido por la ANI⁵¹. Por lo tanto, a este

⁴⁹ Escrito de Demanda Reformada de la Convocante del 4 de octubre de 2018, pretensión condenatoria primera, pág. 14 (“[q]ue en consecuencia con la declaración de la pretensión vigésima segunda, se condene a la [ANI] a cancelar a título de liquidación del Contrato de Concesión No. 006 de 2015 la suma de (...) (“\$188.437.923.107) del mes de agosto de 2018, o lo que resulte probado del presente proceso”).

⁵⁰ Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 3 (el resaltado es nuestro).

⁵¹ Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 174 (“Así, me permito señalar que en el Acta de Liquidación Bilateral, la ANI se abstuvo de aplicar los elementos de la fórmula de liquidación sobre el valor de ARh reconocido”).

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

reconocimiento parcial (es decir a los \$85.235.649.395), agrega el Concesionario, deberá aplicarse la Fórmula de Liquidación hasta el día 26 de diciembre de 2018⁵².

Por otro lado, respecto de las sumas en controversia, *“una suma de \$61.496.605.709 – igualmente por concepto de ARh – (...) pretende se aplique la fórmula de liquidación, de acuerdo a los pactos contractuales”*⁵³, hasta enero de 2020, fecha que ha de ser actualizada, al momento en que se profiera este Laudo⁵⁴.

2.1.1.2. Posición de la ANI

La ANI considera que el Contrato de Concesión ya fue liquidado por mutuo acuerdo y que, por lo tanto, no procede la liquidación judicial solicitada por la Convocante⁵⁵ por dos razones:

En *primer lugar*, el 4 de octubre de 2018, mediante la pretensión vigésimo segunda, la Convocante solicitó al Tribunal *“[q]ue se liquide el contrato de Concesión”*⁵⁶. Para ese entonces, las Partes no habían celebrado el Acta de Liquidación Bilateral.

En *segundo lugar*, el 26 de diciembre de 2018, las Partes suscribieron el Acta de Liquidación Bilateral que liquidó el Contrato de Concesión de mutuo acuerdo. Consecuentemente, la ANI informó al Tribunal que carecía de jurisdicción para decidir sobre la liquidación del Contrato de Concesión.⁵⁷

Por un lado, el Escrito de Demanda Reformada no hizo referencia alguna a las Salvedades del Acta de Liquidación Bilateral. Por lo tanto, el Tribunal no tiene competencia sobre *“controversias, reclamaciones pendientes y salvedades’ del*

⁵² Alegatos de Clausura de la Convocante, págs. 3 y 4, nota al pie no. 3 (*“La fórmula de liquidación deberá aplicarse sobre la suma reconocida en el Acta de Liquidación Bilateral, esto es, \$85.235.649.395, hasta el día 26 de diciembre de 2018, según lo pactado en el Acta de Liquidación Bilateral (numeral XIII); y respecto de la suma restante, esto es, \$61.496.605.709, deberá aplicarse la fórmula de liquidación hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin a la controversia”*).

⁵³ Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 3; pág. 4, nota al pie no. 3 (el resaltado es nuestro); y pág. 176, nota al pie no. 70.

⁵⁴ Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 177.

⁵⁵ Alegatos de Clausura de la ANI, págs. 2 y 3.

⁵⁶ Alegatos de Clausura de la ANI, pág. 1.

⁵⁷ Alegatos de Clausura de la ANI, pág. 2.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

numeral decimonoveno del acta de liquidación del 26 de diciembre de 2018," como tampoco "sobre controversias persistentes después de liquidado el Contrato"⁵⁸.

Por otro lado, el Acta de Liquidación Bilateral liquidó el Contrato de Concesión. Por lo tanto, no procede la liquidación judicial⁵⁹. Para la ANI, "no se puede liquidar lo liquidado"⁶⁰. Esto surge, según la ANI, porque "[l]a liquidación bilateral supone un acuerdo de las voluntades entre la Entidad Estatal contratante y el Contratista en relación con el balance final del contrato y el acta correspondiente es un negocio jurídico, definitivo y obligatorio para las partes"⁶¹.

2.1.2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El Tribunal Arbitral responderá a dos problemas jurídicos para resolver las alegaciones de las Partes, a saber: (i) si el Acta de Liquidación Bilateral liquidó o no el Contrato de Concesión; y (ii) si, por efecto del Acta de Liquidación Bilateral, este Tribunal es competente para conocer de esta disputa.

2.1.2.1. El alcance del Acta de Liquidación Bilateral

Según las consideraciones del Tribunal, el Acta de Liquidación Bilateral liquidó el Contrato de Concesión. Sin embargo, conforme a lo dispuesto en la misma Acta de Liquidación Bilateral, las Partes convinieron que las salvedades señaladas en la misma acta serían resueltas por este Tribunal:

En *primer lugar*, la legislación nacional permite a las Partes liquidar el Contrato de mutuo acuerdo estableciendo salvedades.

Primero, según el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, en las liquidaciones de mutuo acuerdo las Partes pueden presentar salvedades⁶². Al respecto, el Consejo de Estado ha reconocido que, si el acta de liquidación presenta salvedades efectuadas por el

⁵⁸ Alegatos de Clausura de la ANI, pág. 4.

⁵⁹ Alegatos de Clausura de la ANI, pág. 3.

⁶⁰ Alegatos de Clausura de la ANI, pág. 9.

⁶¹ Alegatos de Clausura de la ANI, pág. 2, nota al pie no. 2, citando al Consejo de Estado en Sentencia 00740 de 24 de julio de 2013, Magistrado Ponente: Hernán Andrade Rincón (el resaltado es nuestro).

⁶² Ley 1150 de 2007, art. 11 ("DEL PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS: (...) Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo").

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

contratista, éste puede “acudir ante el juez para que resuelva los reclamos que no atendió la administración durante su ejecución o para que los valores que reclamó (...) sean reconocidos”⁶³.

Segundo, así, “una vez el contrato se liquida por mutuo acuerdo entre las partes, dicho acto de carácter bilateral no puede ser enjuiciado por vía jurisdiccional, (...) pero si dicha liquidación se suscribe con salvedades (...) es claro que se reserva el derecho de acudir ante el organismo jurisdiccional para reclamar sobre aquello que hubiere sido motivo de inconformidad”⁶⁴.

En segundo lugar, como lo demuestran las siguientes dos circunstancias, un acta de liquidación de mutuo acuerdo es un negocio jurídico válido entre las partes, el cual no puede ser desconocido salvo por un vicio del consentimiento.

Primero, el Consejo de Estado ha señalado que la liquidación bilateral “constituye un acto de autonomía privada de aquellas que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas, no susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, como no sea que se acredite algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de la misma, tales como: **error, fuerza o dolo**”⁶⁵.

Segundo, las salvedades no afectan la validez del Acta de Liquidación Bilateral. Según el Consejo de Estado, cuando se presentan salvedades en un acta de liquidación, “cabe la posibilidad de elevar judicialmente reclamaciones relacionadas con el contrato liquidado aún sin cuestionar la validez del acta de liquidación bilateral”⁶⁶.

Así las cosas, las salvedades permiten a las Partes resolver los puntos en disputa luego de la extinción, por vía de la liquidación bilateral, del Contrato de Concesión⁶⁷.

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010, Expediente No.05001-23-26-000-1990-00842-01(17322), Consejero Ponente Enrique Gil Botero, pág. 32.

⁶⁴ Tribunal de Arbitramento Grupo Empresarial Vías Bogotá S.A.S. c. El Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- y la Empresa Transmilenio S.A., pág. 162 citando al Consejo de Estado, Sentencia del 22 de agosto de 2013, Expediente No. 680012315000-1998-01122 01.

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de febrero de 2012, Radicado No. 66001-23-31-000-1993-03387-01(16371), Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancur, pág. 34 (el resaltado es nuestro).

⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de febrero de 2012, Radicado No. 66001-23-31-000-1993-03387-01(16371), Consejero Ponente Danilo Rojas Betancur, pág. 33 (el resaltado es nuestro).

⁶⁷ Laudo Estaciones Metrolínea Ltda. c. Metrolínea S.A., del 18 de febrero de 2016, pág. 7.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En *tercer lugar*, tras analizar el contenido del Acta de Liquidación Bilateral junto con la jurisprudencia mencionada, el Tribunal considera que el Contrato de Concesión fue liquidado. Así lo confirman las siguientes tres circunstancias:

Primero, en el Acta de Liquidación Bilateral, las Partes manifestaron “*concertar una liquidación bilateral con salvedades*” según lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007, dejando “*al trámite y/o resultado del proceso arbitral (...) todos los asuntos que quedan bajo controversia en los términos descritos*” en el Acta⁶⁸.

Las Partes manifestaron que, “*de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 [y con] el Consejo de Estado y la Corte Constitucional [quienes] han confirmado que es posible su firma durante el desarrollo del proceso arbitral*”⁶⁹, las Partes suscribieron las siguientes dos salvedades:

Por un lado, el Concesionario señaló no estar conforme con el valor ARh reconocido por la ANI, e indicó que el monto no reconocido (\$61.814.910.958) seguía en controversia ante el presente Tribunal de Arbitramento⁷⁰.

Por otro lado, en el Acta de Liquidación Bilateral, las Partes no aplicaron la Fórmula de Liquidación prevista en la Sección 18.3 (e) del Contrato de Concesión debido a las diferencias en la interpretación de los criterios *h* y *l* en los componentes $\left(\frac{IPC_{m+l}}{IPC_h}\right)$ y $(1 + TE)^{(m+l-h)}$ de la Fórmula de Liquidación⁷¹.

La cláusula décima tercera del acta de liquidación manifestó, con “*relación al valor del componente ARh reconocido por la ANI a favor del Concesionario, [su] renuncia a la aplicación de la fórmula de liquidación prevista en la Sección 18.3 (e) de la Parte General del Contrato, a partir de la fecha de suscripción de la presente Acta de Liquidación. [...] Por lo tanto, el Concesionario solo pretenderá, y así lo manifestará*

⁶⁸ Acta de Liquidación Bilateral del 26 de diciembre de 2018, págs. 2 y 57.

⁶⁹ Acta de Liquidación Bilateral del 26 de diciembre de 2018, pág. 2 (“*Teniendo en cuenta los tiempos tomados por la Fiduciaria Bancolombia, el Concesionario, la Interventoría y la ANI para la entrega y/o revisión de información correspondiente a la liquidación -de los cuales da cuenta la correspondencia cruzada entre dichas partes y que integra los argumentos del Concesionario y la Agencia dentro del proceso arbitral en curso-, así como la reforma de demanda arbitral presentada por el Concesionario el día 4 de octubre de 2018 en cuyas pretensiones se incluyó la liquidación del Contrato, y considerando que de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 es posible concertar una liquidación bilateral con salvedades, al paso que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han confirmado que es posible su firma durante el desarrollo del proceso arbitral, los suscritos proceden a sentar la presente Acta de Liquidación*”).

⁷⁰ Acta de Liquidación Bilateral del 26 de diciembre de 2018, págs. 47 y 48.

⁷¹ Acta de Liquidación Bilateral del 26 de diciembre de 2018, págs. 47 y 48.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

ante el Tribunal de Arbitramento que los componentes $\left(\frac{IPC_{m+l}}{IPC_h}\right)y(1 + TE)^{(m+l-h)}$ se apliquen únicamente hasta la fecha en que se suscriba la presente acta”⁷².

Con respecto al valor del componente ARh no reconocido por la ANI, las Partes señalaron que la Fórmula de Liquidación se aplicaría “según lo determine el Tribunal de Arbitramento”⁷³.

Segundo, la Interventoría consideró que el Contrato de Concesión no ha sido liquidado, ni siquiera parcialmente, al no haberse aplicado la Fórmula de Liquidación. En palabras de la Interventoría, la única forma para liquidar efectivamente el Contrato sería aplicando “*todos y cada uno de los componentes que integran la fórmula consagrada en el literal (e) de la Sección 18.3. El reconocimiento de algunos y no todos los componentes contemplados en la fórmula de liquidación en la fase de construcción (...) conllevaría a que la presente liquidación resultare inane, toda vez que quedarían elementos de la fórmula sin reconocimiento, llevando a que no se cumpla el objeto de la liquidación, que es el finiquito o balance final del negocio jurídico celebrado*”⁷⁴.

Como lo mencionó el Sr. Alfredo Coral en la Audiencia, “*al no correr la fórmula no se estaba liquidando el contrato*”⁷⁵.

El Tribunal no encuentra argumentos presentados por las Partes que busquen invalidar el Acta de Liquidación Bilateral por error, fuerza o dolo⁷⁶, mal podría ser, porque la relación litigiosa se estableció con prioridad temporal al acta de liquidación.

Previa a la liquidación de común acuerdo con salvedades, la parte Convocante había presentado demanda y modificado la misma, pretendiendo que el Tribunal de Arbitramento resolviera la aplicación de la fórmula de liquidación. El tema litigioso se mantuvo intangible en el acta de liquidación por lo que no fue objeto de desistimiento.

En consecuencia de lo expresado, las Partes válidamente pactaron en el Acta de Liquidación Bilateral remitir la disputa frente a la aplicación de la Fórmula de

⁷² Acta de Liquidación Bilateral del 26 de diciembre de 2018, pág. 48.

⁷³ Acta de Liquidación Bilateral del 26 de diciembre de 2018, pág. 48.

⁷⁴ Acta de Liquidación Bilateral del 23 de diciembre de 2016, pág. 55.

⁷⁵ Testimonio del Sr. Alfredo Coral, págs. 75-77.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de febrero de 2012, Radicado No. 66001-23-31-000-1993-03387-01(16371), Consejero Ponente Danilo Rojas Betancur, pág. 34.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Liquidación al presente Tribunal y desistir de su aplicación, frente al valor ya reconocido por la ANI, a partir de la suscripción del Acta⁷⁷.

En suma, el Panel considera que el Acta de Liquidación Bilateral liquidó el Contrato de Concesión dejando incólumes las pretensiones que son congruentes con las salvedades referidas más arriba.

2.1.2.2. La competencia del Tribunal

El Tribunal Arbitral tiene competencia para resolver la disputa relacionada con los hechos y pretensiones elevados por la Convocante de manera previa al acta de liquidación y reconocer el monto que de éstas resulte probado; por el contrario, no es competente para dirimir las pretensiones que solicitan la liquidación del Contrato de Concesión.

Así las cosas, en coherencia con las pretensiones de la reforma de la demanda, el desistimiento y lo expresado por este Panel en el auto No. 23 de 21 de junio de 2019, se tiene que:

- La reforma de la demanda, extendió las pretensiones inicialmente presentadas, a la pretensión de liquidación del contrato y a los hechos relevantes para determinar las sumas que, en criterio de la demanda, debían ser incluidas como valores y conceptos a comprender en la liquidación. La contestación de la demanda hace una profusa oposición a las pretensiones y una réplica a los hechos y alude a la posición de la Interventoría.
- Precluída la oportunidad procesal de modificación de la demanda y no habiéndose presentado demanda de reconvención, los extremos litigiosos adquieren certeza frente a pretensiones y sus apoyos fácticos.
- El juez arbitral tiene una competencia limitada a lo que se somete a su decisión, conforme lo acordado en la cláusula compromisoria o en el compromiso, según el caso.

⁷⁷ Acta de Liquidación Bilateral del 23 de diciembre de 2016, Cláusula Vigésima.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

- Las Partes, por fuera del litigio arbitral planteado, en pleno conocimiento de la existencia del Tribunal de Arbitramento, acordaron la liquidación de común acuerdo con salvedades. En la cláusula décima novena de la liquidación precisa que *“las Partes continuarán dirimiendo en el marco del citado Tribunal de Arbitramento las controversias aquí establecidas, las cuales incluyen lo indicado en el numeral II.III - CONTROVERSIA EN LA APLICACIÓN DE LOS COMPONENTES DE LA FÓRMULA DE LIQUIDACIÓN, así como el valor en controversia descrito en la última columna de la Tabla dispuesta en el núm II.II - VALOR COMPONENTE ARh de la presente Acta.”*
- El texto transcrito hace evidente que la diferencia estaba planteada con anterioridad a la liquidación.
- El Tribunal no va a pronunciarse sobre las salvedades, se va a pronunciar sobre las controversias previas al acta de liquidación que no fueron desistidas y que coinciden *a latere* con las salvedades consignadas en el acta de liquidación sin que ello signifique, se repite, que el Tribunal se pronuncie sobre las salvedades.

Las precisiones anteriores son importantes para preservar la competencia del Tribunal respecto de su pronunciamiento sobre las pretensiones de la demanda y, de ninguna manera, sobre el contenido del acta de liquidación.

En *primer lugar*, de conformidad con el clausulado contractual y la ley aplicable, las Partes difirieron al Tribunal Arbitral las disputas relacionadas con la liquidación del Contrato de Concesión (resuelta por las partes en el acta de liquidación) y toda controversia respecto de los costos a ser reconocidos, que no fueron desistidos por la parte Convocante:

Primero, según la Sección 18.5 del Contrato de Concesión, las Partes designaron al Amigable Componedor como el mecanismo competente en caso de controversias frente a los pagos durante la liquidación:

En el evento en que no haya acuerdo entre la ANI y el Concesionario en relación con los montos de liquidación del Contrato (...) se acudirá al Amigable Componedor⁷⁸.

⁷⁸ Contrato de Concesión, Sección 18.5 de la Parte General.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Asimismo, la Sección 18.3 (e) establece que “[e]l valor reconocido por estas actividades se definirá (...) por las Partes de mutuo acuerdo o, en su defecto, por el Amigable Componedor”⁷⁹.

Segundo, la legislación colombiana permite que las partes de un contrato remitan sus disputas a un procedimiento arbitral. Según el Estatuto de Arbitraje, la Ley 1563 de 2012, las Partes pueden celebrar un pacto arbitral como un negocio jurídico independiente por medio del cual someten a arbitraje las controversias que “*hayan surgido o puedan surgir entre ellas*”⁸⁰.

Asimismo, la Ley de Infraestructura, Ley 1682 de 2013, permite que en las controversias “*surgidas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, las partes [puedan] incluir cláusulas compromisorias*”⁸¹.

Tercero, el 3 de octubre de 2018, las Partes acordaron someter a arbitraje todas las controversias existentes o que pudieran presentarse con posterioridad, relativas o relacionadas con la liquidación del Contrato de Concesión⁸².

En *segundo lugar*, el 4 de octubre de 2018, la Convocante presentó el Escrito de Demanda Reformada y, con base en el Pacto Arbitral, solicitó al Tribunal:

- Declarar cuál es la aplicación correcta de la Fórmula de Liquidación del Contrato de Concesión y, en concreto, de los criterios *h* y *l* en disputa⁸³;

⁷⁹ Contrato de Concesión, Parte General, Sección 18.3 (e), modificado por el Otrosí No. 10.

⁸⁰ Ley 1563 de 2012, art. 3.

⁸¹ Ley 1682 de 2013, art. 14 (el resaltado es nuestro).

⁸² Pacto Arbitral del 3 de octubre de 2018, pág. 5.

⁸³ Escrito de Demanda Reformada de la Convocante del 4 de octubre de 2018, pretensión décima sexta (“[q]ue se declare que, la liquidación del Contrato de Concesión No. 006 de 2015 debe darse de conformidad con el procedimiento establecido del [sic] las Secciones 18.2, 18.3 y 18.4 del Capítulo XVIII del Contrato de Concesión No. 006 de 2015”); Escrito de Contestación de la ANI, págs. 6-8 (“DECIMA SEXTA DECLARATIVA la ANI también se opone en tanto (...) la Convocante omite indicar que, al efectuar el cálculo de sus pretensiones, está aplicando ilegítimamente y sin sustento alguno la fórmula de liquidación, a partir de la fecha en que registraba una factura o cuenta de cobro en la Fiduciaria, y no a partir de la fecha de su pago efectivo, pago que en algunos casos se tardaba varios meses y hasta un año después de su registro”); pág. 22 (“[e]n oposición al Concesionario, se considera que el criterio de reconocimiento para clasificar los costos y gastos en cada uno de los meses que refiere el subíndice *h* del componente ARh, debe ser la(s) fecha(s) en la que ocurrió cada movimiento de caja para el pago efectivo de los recursos, y no la fecha en la que se registró cada factura dentro de la contabilidad del patrimonio autónomo”) y pág. 40; Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 110 (“en la disímil interpretación de las Partes acerca de la forma de aplicación de ciertos elementos de la fórmula de liquidación establecida en la Sección 18.3. de la Parte Especial del Contrato de Concesión”).

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

- Definir el método que las Partes pactaron para reconocer los costos incurridos en el desarrollo del Contrato de Concesión⁸⁴; y
- Liquidar el Contrato de Concesión según lo probado en el proceso⁸⁵.

En tercer lugar, con la firma del Acta de Liquidación Bilateral, las Partes concretaron la disputa presentada ante este Tribunal en los siguientes aspectos:

Por un lado, la jurisprudencia nacional ha precisado que *“nada obsta para que un tribunal de Arbitramento pueda decidir, válidamente, sobre la liquidación del contrato, siempre que, claro está. i) Las partes de dicho contrato estatal no hubieren realizado la liquidación bilateral del mismo”*⁸⁶. En el caso concreto, habiéndose liquidado el Contrato de Concesión, el Tribunal ya no puede pronunciarse al respecto.

Por otro lado, el Tribunal deberá pronunciarse sobre las pretensiones preexistentes al acta de liquidación que se mantienen intangibles por no haber sido desistidas y que coinciden con la materialidad de las salvedades estipuladas en el Acta de Liquidación Bilateral. Este Panel observa que las pretensiones declarativas solicitadas por la

⁸⁴ Escrito de Demanda Reformada de la Convocante del 4 de octubre de 2018, pretensiones declarativas séptima (“[q]ue se declare que, de acuerdo a lo dispuesto en el literal (e) de la Sección 18.3 de la Parte General del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, el valor de las actividades ejecutadas debe definirse con base en los valores brutos, cuyo valor no puede ser superior al consignado en los registros contables del Patrimonio Autónomo”); décima segunda (“[q]ue se declare que, de acuerdo a lo establecido en la Sección 18.3 (e) de la Parte General del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, el soporte de los costos incurridos por la CONCESION CESAR GUAJIRA, es el informe emitido por la vocera del Patrimonio Autónomo – Fiduciaria Bancolombia, a efectos de aplicar las fórmulas de liquidación establecidas en dicha sección”); décima cuarta (“[q]ue se declare que los requerimientos formulados (...) por parte de la Interventoría y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA exceden el alcance de la Sección 18.3. de la Parte General del Contrato de Concesión No. 006 de 2015”); vigésima primera (“[q]ue en consecuencia de lo anterior, se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, incumplió el Contrato de Concesión No. 006 de 2015 al condicionar la suscripción del Acta de Liquidación, a la acreditación de los costos incurridos por el Concesionario durante la ejecución del Contrato de Concesión, con soportes que exceden los [sic] dispuesto en la Sección 18.3 (e) del Contrato”); vigésima segunda (“[q]ue se liquide el contrato de Concesión No.006 de 2015 (...) según lo probado en este proceso y se establezca por el Tribunal las sumas que se le adeudan a la CONCESIÓN CESAR GUAJIRA S.A.S.”); Escrito de Contestación de la ANI, págs. 2-5, 21 y 22 (la ANI se opuso “respecto de la[s] pretensi[ones] SÉPTIMA (...) DECIMA [sic] SEGUNDA (...) DECIMA [sic] CUARTA (...) VIGÉSIMA PRIMERA”); Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 110; Alegatos de Clausura de la ANI, pág. 5 (la ANI se opone a las pretensiones pues “es evidente que las partes ya LIQUIDARON BILATERALMENTE el contrato de concesión”); pág. 6; y Concepto del Ministerio Público, febrero de 2020, Sección 2.4.2.

⁸⁵ Escrito de Demanda Reformada de la Convocante del 4 de octubre de 2018, pretensión vigésima segunda (“[q]ue se liquide el contrato de Concesión No. 006 de 2015”); Escrito de Contestación de la ANI, págs. 22 y 23 (“La ANI (...) sugiere reconocer solamente dentro de la actualización de la fórmula de liquidación los componentes IPC y TE hasta el día 18 de agosto de 2018, teniendo en cuenta que corresponde al plazo máximo que permitía el contrato de concesión para firmar el acta de liquidación, fecha en la que no se logró por las razones expuestas en la comunicación con radicado 20183000277891 del 27 de agosto de 2018”).

⁸⁶ Laudo Operadores del Servicio del Norte S.A. E.S.P c. Municipio de Malambo Atlántico del 21 de mayo del 2015, pág. 121 (el resaltado es nuestro).

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Convocante son congruentes con las salvedades planteadas en el Acta de Liquidación Bilateral (i.e., la correcta aplicación de la Fórmula de Liquidación en el Valor en Controversia⁸⁷, y el método que las Partes pactaron para reconocer los costos incurridos en desarrollo del Contrato de Concesión)⁸⁸. Igualmente, el Tribunal conserva competencia para resolver parte de la primera pretensión condenatoria de la Convocante ya que conserva su condición de tema litigioso teniendo en cuenta que no se concilió y tiene identidad de materia con las salvedades estipuladas en el Acta de Liquidación Bilateral (i.e., el reconocimiento de los montos solicitados por la Convocante a "título de liquidación" que se encuentran en disputa)⁸⁹.

⁸⁷ Escrito de Demanda Reformada de la Convocante del 4 de octubre de 2018, pretensión décima sexta ("[q]ue se declare que, la liquidación del Contrato de Concesión No. 006 de 2015 debe darse de conformidad con el procedimiento establecido del [sic] las Secciones 18.2, 18.3 y 18.4 del Capítulo XVIII del Contrato de Concesión No. 006 de 2015"); Escrito de Contestación de la ANI, págs. 6-8 ("DECIMA SEXTA DECLARATIVA la ANI también se opone en tanto (...) la Convocante omite indicar que, al efectuar el cálculo de sus pretensiones, está aplicando ilegítimamente y sin sustento alguno la fórmula de liquidación, a partir de la fecha en que registraba una factura o cuenta de cobro en la Fiduciaria, y no a partir de la fecha de su pago efectivo, pago que en algunos casos se tardaba varios meses y hasta un año después de su registro"); pág. 22 ("[e]n oposición al Concesionario, se considera que el criterio de reconocimiento para clasificar los costos y gastos en cada uno de los meses que refiere el subíndice h del componente ARh, debe ser la(s) fecha(s) en la que ocurrió cada movimiento de caja para el pago efectivo de los recursos, y no la fecha en la que se registró cada factura dentro de la contabilidad del patrimonio autónomo") y pág. 40; Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 110 ("en la disímil interpretación de las Partes acerca de la forma de aplicación de ciertos elementos de la fórmula de liquidación establecida en la Sección 18.3. de la Parte Especial del Contrato de Concesión").

⁸⁸ Escrito de Demanda Reformada de la Convocante del 4 de octubre de 2018, pretensiones declarativas séptima ("[q]ue se declare que, de acuerdo a lo dispuesto en el literal (e) de la Sección 18.3 de la Parte General del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, el valor de las actividades ejecutadas debe definirse con base en los valores brutos, cuyo valor no puede ser superior al consignado en los registros contables del Patrimonio Autónomo"); décima segunda ("[q]ue se declare que, de acuerdo a lo establecido en la Sección 18.3 (e) de la Parte General del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, el soporte de los costos incurridos por la CONCESION CESAR GUAJIRA, es el informe emitido por la vocera del Patrimonio Autónomo – Fiduciaria Bancolombia, a efectos de aplicar las fórmulas de liquidación establecidas en dicha sección"); décima cuarta ("[q]ue se declare que los requerimientos formulados (...) por parte de la Interventoría y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA exceden el alcance de la Sección 18.3. de la Parte General del Contrato de Concesión No. 006 de 2015"); vigésima primera ("[q]ue en consecuencia de lo anterior, se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, incumplió el Contrato de Concesión No. 006 de 2015 al condicionar la suscripción del Acta de Liquidación, a la acreditación de los costos incurridos por el Concesionario durante la ejecución del Contrato de Concesión, con soportes que exceden los [sic] dispuesto en la Sección 18.3 (e) del Contrato"); vigésima segunda ("[q]ue se liquide el contrato de Concesión No.006 de 2015 (...) según lo probado en este proceso y se establezca por el Tribunal las sumas que se le adeudan a la CONCESIÓN CESAR GUAJIRA S.A.S."); Escrito de Contestación de la ANI, págs. 2-5, 21 y 22 (la ANI se opuso "respecto de la[s] pretensi[ones] SÉPTIMA (...) DECIMA [sic] SEGUNDA (...) DECIMA [sic] CUARTA (...) VIGÉSIMA PRIMERA"); Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 110; Alegatos de Clausura de la ANI, pág. 5 (la ANI se opone a las pretensiones pues "es evidente que las partes ya LIQUIDARON BILATERALMENTE el contrato de concesión"); pág. 6; y Concepto del Ministerio Público, febrero de 2020, Sección 2.4.2.

⁸⁹ Escrito de Demanda Reformada de la Convocante del 4 de octubre de 2018, pretensión condenatoria primera, pág. 14 ("[q]ue en consecuencia con la declaración de la pretensión vigésima segunda, se condene a la [ANI] a cancelar a título de liquidación del Contrato de Concesión No. 006 de 2015 la suma de (...) (\$188.437.923.107) del mes de agosto de 2018, o lo que resulte probado del presente proceso").

2.2. LA INTERPRETACIÓN DE LOS CRITERIOS *h* Y *l* EN LA FÓRMULA DE LIQUIDACION

Las Partes disputan la interpretación de las variables *h* y *l* y su aplicación en los componentes $\left(\frac{IPC_{m+l}}{IPC_h}\right)$ y $(1 + TE)^{(m+l-h)}$ de la Fórmula de Liquidación⁹⁰.

A continuación, el Panel resume brevemente la posición que las Partes alegan y presenta las consideraciones pertinentes.

2.2.1. POSICIONES DE LAS PARTES

2.2.1.1. La Variable *h*

Según la variable *AR_h*, sólo se reconocerán los “Costos durante el Mes *h*”. Las Partes discrepan respecto de cuál es la fecha de los costos a tener en cuenta dentro del Mes *h*⁹¹.

En *primer lugar*, la Convocante considera que el Mes *h* corresponde a la fecha en que se registraron cada una de las facturas en el Patrimonio Autónomo (*i.e.*, el momento de su causación)⁹².

Según la Convocante, los costos “*deben reconocerse y contabilizarse en el instante en que ocurren y no en el momento en que se recibe o hace el respectivo pago*”⁹³.

La Convocante aclara que, en todo caso, según la naturaleza del negocio, las variables Primas de Seguros y Comisiones, Aportes a Subcuentas y Costos de Estructuración “*son causadas y pagadas en el mismo mes*”. Por lo tanto, el Mes *h* debe ser considerado “*como la fecha de causación para todos los componentes de la variable *AR_h**”⁹⁴.

⁹⁰ Acta de Liquidación Bilateral del 26 de diciembre de 2018, págs. 47 y 48.

⁹¹ Contrato de Concesión, Parte General, Sección 18.3 (e), modificado por el Otrosí No. 10.

⁹² Acta de Liquidación Bilateral del 26 de diciembre de 2018, pág. 47.

⁹³ Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 177.

⁹⁴ Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 177 (el resaltado es nuestro).

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En *segundo lugar*, por el contrario, la ANI considera como Mes *h* la fecha en que se hace el pago efectivo de cada una de las facturas⁹⁵.

Para la ANI, una simple lectura de la Sección 18.3 (e) de la Parte General, donde se explica el componente AR*h*, deja “claro cómo las Partes convinieron un reconocimiento contra valores ‘efectivamente desembolsados’ ‘efectivamente pagados’, ‘sin incluir valorizaciones’ y ‘que corresponderán exclusivamente a los costos directos’”⁹⁶.

Por lo tanto, considera que la Convocante “esta[ría] aplicando ilegítimamente y sin sustento alguno la fórmula de liquidación, a partir de la fecha en que registraba una factura o cuenta de cobro en la Fiduciaria, y no a partir de la fecha de su pago efectivo, pago que en algunos casos se tardaba varios meses y hasta un año después de su registro”⁹⁷.

2.2.1.2. La Variable I

La variable *I* se refiere al número de meses transcurridos desde el mes de terminación del Contrato hasta el mes en que se suscribe el Acta de Liquidación del Contrato⁹⁸. Las Partes consideran fechas distintas respecto del Acta de Liquidación del Contrato.

En *primer lugar*, la Convocante considera que el Mes *I* debe aplicarse hasta el mes en que el Tribunal Arbitral ponga fin a esta controversia y liquide el Contrato de Concesión⁹⁹.

⁹⁵ Acta de Liquidación Bilateral del 26 de diciembre de 2018, pág. 47; Escrito de Contestación de la ANI, pág. 22 (“[e]n oposición al Concesionario, se considera que el criterio de reconocimiento para clasificar los costos y gastos en cada uno de los meses que refiere el subíndice *h* del componente AR*h*, debe ser la(s) fecha(s) en la que ocurrió cada movimiento de caja para el pago efectivo de los recursos, y no la fecha en la que se registró cada factura dentro de la contabilidad del patrimonio autónomo”).

⁹⁶ Escrito de Contestación de la ANI, pág. 8.

⁹⁷ Escrito de Contestación de la ANI, págs. 7 y 8 (el resaltado es nuestro).

⁹⁸ Contrato de Concesión, Parte General, Sección 18.3 (e), modificado por el Otrosí No. 10.

⁹⁹ Acta de Liquidación Bilateral del 26 de diciembre de 2018, pág. 47; Escrito de Demanda Reformada de la Convocante, pág. 170; Alegatos de Clausura de la Convocante, págs. 3 y 4, nota al pie no. 3 (“La fórmula de liquidación deberá aplicarse sobre la suma reconocida en el Acta de liquidación Bilateral, esto es, \$85.235.649.395, hasta el día 26 de diciembre de 2018, según lo pactado en el Acta de Liquidación Bilateral (numeral XIII); y respecto de la suma restante, esto es, \$61.496.605.709, deberá aplicarse la fórmula de liquidación hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin a la controversia”); pág. 174 (“se solicita al Tribunal que se sirva declarar que la aplicación de los elementos de la fórmula de liquidación ha de hacerse teniendo en cuenta la fecha efectiva de suscripción del Acta de Liquidación Bilateral”); pág. 177 (“ii) respecto de las sumas en controversia, la aplicación de los componentes de liquidación es plena y ha de darse desde la fecha de terminación del Contrato de Concesión hasta enero de 2020, fecha que ha de ser actualizada, al proferirse el Laudo Arbitral que dirima las controversias entre las Partes”).

La Convocante insiste en que el Acta de Liquidación Bilateral no puede entenderse como el Acta de Liquidación final del Contrato. Consecuentemente, se deberá aplicar "la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin a la controversia"¹⁰⁰.

Teniendo en cuenta las pretensiones primera y segunda condenatorias, se tiene que la Convocante precisa la cifra pretendida al mes de agosto de 2018 (pretensión primera) y la pretensión segunda es precisa al pedir la corrección monetaria "de las sumas que resulten a su cargo desde el mes de septiembre de 2018 a la fecha en que se profiera el Laudo Arbitral".

En segundo lugar, para la ANI, la Sección 18.1 del Contrato de Concesión establece un plazo máximo para la suscripción del Acta de Liquidación del Contrato. Con base en esta disposición, alega que la fecha correspondiente a l debe ser agosto de 2018¹⁰¹. Desde esa fecha, sostiene que el reconocimiento monetario solo se debe actualizar con base en el IPC¹⁰².

2.2.1.3. El alcance de las renunciaciones estipuladas en el Acta de Liquidación Bilateral

El Tribunal debe referirse a la renuncia hecha por el Concesionario en el Acta de Liquidación Bilateral en lo que respecta al monto efectivamente reconocido por la ANI¹⁰³. Y lo debe hacer por la manifestación hecha por la Convocante en sus Alegatos de Clausura cuando solicita que se le aplique la Fórmula de Liquidación a ese monto reconocido por la ANI¹⁰⁴.

Para el Tribunal, una lectura conjunta de las cláusulas décima tercera y vigésima del Acta de Liquidación Bilateral, confirmaría que la Convocante sólo renunció a la

¹⁰⁰ Alegatos de Clausura de la Convocante, págs. 3 y 4, nota al pie no. 3 (el resaltado es nuestro).

¹⁰¹ Alegatos de Clausura de la ANI, pág. 5.

¹⁰² Escrito de Contestación de la ANI, pretensión décimo sexta declarativa, pág. 8 ("De allí en adelante "únicamente procede una actualización que evite la pérdida adquisitiva del dinero con el IPC").

¹⁰³ Ver sección 1.1.2 *supra*.

¹⁰⁴ Alegatos de Clausura de la Convocante, págs. 3 y 4, nota al pie no. 3 (La Convocante alega que la "fórmula de liquidación deberá aplicarse sobre la suma reconocida en el Acta de liquidación Bilateral, esto es, \$85.235.649.395, hasta el día 26 de diciembre de 2018, según lo pactado en el Acta de Liquidación Bilateral (numeral XIII); y respecto de la suma restante, esto es, \$61.496.605.709, deberá aplicarse la fórmula de liquidación hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin a la controversia").

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

aplicación de la Fórmula de Liquidación, frente al monto ya reconocido por la ANI, a partir de la fecha de suscripción del Acta.

En *primer lugar*, en la cláusula décimo tercera del Acta de Liquidación Bilateral las Partes señalaron lo siguiente:

Dada la controversia de las Partes en el entendimiento de la aplicación de los componentes $\left(\frac{IPC_{m+l}}{IPC_h}\right)y(1 + TE)^{(m+l-h)}$, esta se dirimirá en el marco del proceso arbitral en curso, por lo cual la ANI sólo reconocerá el valor del componente ARh de la fórmula prevista en la Sección 18.3 (e), de acuerdo con a lo previsto en el numeral II.II - VALOR COMPONENTE ARh.

*Con relación al valor del componente ARh reconocido por la ANI a favor del Concesionario, éste último manifiesta que renuncia a la aplicación de la fórmula de liquidación prevista en la Sección 18.3 (e) de la Parte General del Contrato, a partir de la fecha de suscripción de la presente Acta de Liquidación*¹⁰⁵.

La simple lectura de este aparte, llevaría a considerar que la Convocante renunció a la aplicación de la totalidad de la Fórmula frente al valor reconocido por la ANI. Sin embargo, en el mismo párrafo, a punto seguido se condiciona la renuncia de la siguiente forma:

*Lo anterior se tendrá en cuenta también para los fines de la cláusula vigésima. Por lo tanto, el Concesionario solo pretenderá, y así lo manifestará ante el Tribunal de Arbitramento, que los componentes $\left(\frac{IPC_{m+l}}{IPC_h}\right)y(1 + TE)^{(m+l-h)}$ se apliquen únicamente hasta la fecha en que se suscriba la presente acta*¹⁰⁶.

En *segundo lugar*, en la cláusula vigésima las Partes señalaron que la Convocante desistiría en el presente proceso arbitral de "las pretensiones asociadas al valor que efectivamente desembolse la Fiduciaria [...] incluyendo el desistimiento a la aplicación de la fórmula de liquidación prevista en la Sección 18.3 (e) de la Parte General del Contrato a partir de la fecha de suscripción de la presente Acta de Liquidación, con relación al valor del componente ARh reconocido a favor del Concesionario"¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Acta de Liquidación Bilateral, Cláusula Décima Tercera, pág. 48 (el resaltado es nuestro).

¹⁰⁶ Acta de Liquidación Bilateral, Cláusula Décima Tercera, pág. 48 (el resaltado es nuestro).

¹⁰⁷ Acta de Liquidación Bilateral, Cláusula Vigésima, pág. 52.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En tercer lugar, en marzo de 2019 la Convocante desistió de las pretensiones relativas a la liquidación del Contrato de Concesión y manifestó "conserva[r] la pretensión [...] sobre los \$85.235.649.395 reconocidos por la ANI en el Acta de Liquidación del 26 de diciembre de 2018, [sobre los cuales solicita] se apliquen los componentes $\left(\frac{IPC_{m+l}}{IPC_h}\right) y(1 + TE)^{(m+l-h)}$ de la fórmula de liquidación"¹⁰⁸. Este entendimiento fue confirmado por la ANI en el acuerdo conciliatorio del 25 de noviembre de 2019¹⁰⁹.

Así las cosas, dando aplicación al artículo 1622 del Código Civil según el cual "*las cláusulas de un contrato se interpretan unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad*"¹¹⁰, la lectura de las cláusulas mencionadas, junto con las manifestaciones hechas por las Partes en este trámite y las pretensiones formuladas en la demanda permite concluir que este Tribunal deberá aplicar la Fórmula de Liquidación a los montos ya reconocidos por la ANI teniendo en cuenta las pretensiones primera y segunda condenatorias, conforme a las cuales la parte Convocante precisa la cifra pretendida al mes de agosto de 2018 (pretensión primera) dado que la pretensión segunda es precisa al pedir la corrección monetaria "*de las sumas que resulten a su cargo desde el mes de septiembre de 2018 a la fecha en que se profiera el Laudo Arbitral*".

2.2.2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Previo al análisis del Tribunal, vale la pena recordar los elementos que componen la Fórmula de Liquidación del Contrato de Concesión:

$$\begin{aligned} VL_{(c)} &= \Delta - (DyM_{m+l} + CP_{m+l}) + OANI_{m+l} \\ VL_{(c)} &= \Delta - (0 + 0) + 0 \\ VL_{(c)} &= \Delta \end{aligned}$$

¹⁰⁸ Escrito de Desistimiento de la Convocante, marzo de 2019, Cuaderno Principal No. 2, Folios 145 y 146 (el resaltado es nuestro).

¹⁰⁹ Acuerdo Conciliatorio del 25 de noviembre de 2019, Cuaderno Principal No. 3, Folios 1 al 11, numeral 41 ("*quedando como parte de la controversia la aplicación de los componentes de la fórmula por la cifra indicada hasta el 26 de diciembre, incluido*").

¹¹⁰ Código Civil, art. 1622.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Siendo

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

- La variable h es definida como cada uno de los meses desde la suscripción del Contrato hasta el mes m (mes en que ocurre la Terminación Anticipada del Contrato);
- La variable l es el “[n]úmero de Meses transcurridos desde el Mes de terminación del Contrato hasta el Mes en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato”¹¹¹;
- El componente IPC_{m+l} corresponde al IPC del mes inmediatamente anterior al mes $m+l$;
- En cuanto al IPC_h , este se refiere al IPC del mes h ; y
- La variable TE corresponde a la tasa de descuento real que se incluye en la Parte Especial del Contrato de Concesión¹¹².

Ahora bien, la interpretación de los contratos estatales debe darse según las reglas de interpretación consagradas en el Código Civil¹¹³.

Según el Código Civil, “[c]onocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”¹¹⁴. Al respecto, el Consejo de Estado ha precisado las limitaciones de la aplicación de este principio. En sus palabras, “[e]s sabido que los principios y las reglas de interpretación de los contratos adquieren relevancia cuando las disposiciones en ellos contenidas no son lo suficientemente claras y precisas para fijar su alcance y contenido”¹¹⁵.

¹¹¹ Contrato de Concesión, Parte General, Sección 18.3 (e), modificada por el Otrosí No. 10.

¹¹² Contrato de Concesión, Parte General, Sección 18.3 (e), modificada por el Otrosí No. 10.

¹¹³ Consejo de Estado, Sentencia del 28 de junio de 2012 Radicado No. 25000-23-26-000-1999-0167-01(23191).

¹¹⁴ Código Civil, art. 1618.

¹¹⁵ Consejo de Estado, Sala Tercera, Sentencia del 21 de junio de 2018, Radicado No. 13001-23-31-000-2003-01681-01(40353), pág. 26.

Teniendo en cuenta lo anterior, y tras una revisión de las posiciones de las Partes, los documentos en el expediente y los testimonios rendidos en el presente arbitramento, el Tribunal considera lo siguiente:

2.2.2.1. La Variable h

Este Panel considera que sólo se pueden tener en cuenta los costos efectivamente pagados por el patrimonio autónomo con soporte en las siguientes razones:

En *primer lugar*, tal como lo señaló la ANI, una simple lectura del texto del Contrato de Concesión permite concluir que la intención de las Partes era incluir dentro de los costos reconocidos en la liquidación aquellos efectivamente pagados:

Primero, las Partes no disputan que la Sección 18.3 (e) del Contrato de Concesión, modificada por el Otrosí No. 10, define el componente AR_h, el cual describe los costos que se habrán de reconocer por la ANI¹¹⁶.

Segundo, el componente AR_h no es enunciativo sino taxativo. Así, el Contrato de Concesión enlista los costos que exclusivamente se reconocerán. Por lo tanto, para el Tribunal, la Partes aceptaron atenerse a los costos y términos que expresamente se incluyen en el Contrato de Concesión¹¹⁷:

AR _h	<p><i>Costos durante el Mes h (siempre que se traten de costos realizados hasta la terminación de la Etapa de Reversión), asociados con las actividades que haya realizado el Concesionario con anterioridad al inicio de la Etapa de Operación y Mantenimiento y que hayan sido reconocidos por ANI, en Pesos corrientes.</i></p> <p><i>Las actividades reconocidas incluyen exclusivamente aquellas relacionadas con las obligaciones del Concesionario durante la Etapa Preoperativa y hasta la terminación de la Etapa de Reversión.</i></p> <p><i>Para los Meses h posteriores a la Fecha de Inicio <u>se reconocerán exclusivamente los costos asociados con las siguientes actividades:</u></i> <i>(...)</i></p>
-----------------	---

¹¹⁶ Escrito de Contestación de la ANI, pretensión séptima declarativa, pág. 2.

¹¹⁷ Contrato de Concesión, Parte General, Sección 18.3 (e), modificada por el Otrosí No. 10 (el resaltado es nuestro).

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En todos los Meses h anteriores a la Fecha de Inicio se reconocerán exclusivamente los siguientes costos (...).

Tercero, el Contrato de Concesión describe los costos de la siguiente forma¹¹⁸:

AR _h	<p><i>Costos durante el Mes h (siempre que se traten de <u>costos realizados hasta la terminación de la Etapa de Reversión</u>), asociados con las actividades que haya realizado el Concesionario con anterioridad al inicio de la Etapa de Operación y Mantenimiento y que hayan sido reconocidos por ANI, en Pesos corrientes.</i></p> <p><i>Las actividades reconocidas incluyen exclusivamente aquellas relacionadas con las obligaciones del Concesionario durante la Etapa Preoperativa y hasta la terminación de la Etapa de Reversión.</i></p> <p><i>Para los Meses h posteriores a la Fecha de Inicio se reconocerán exclusivamente los costos asociados con las siguientes actividades:</i></p> <ul style="list-style-type: none"><i>• <u>Valor efectivamente desembolsado</u> por concepto de primas de seguros y comisiones para la obtención y el mantenimiento de i) la Garantía Única de Cumplimiento, ii) la póliza de responsabilidad extracontractual a que se refiere la Sección 12.7 de esta Parte General, y iii) el seguro de daños contra todo riesgo a que se refiere la Sección 12.8 de esta Parte General, en el Mes h.</i><i>• Valor de los aportes que haya realizado el Concesionario a las Subcuentas de la Cuenta ANI, así como la Subcuenta Predios, Subcuenta Compensaciones Ambientales y Subcuenta Redes, en el Mes h.</i><i>• Valor de los Costos de Estructuración al que se refiere la Sección 2.3(b)(vi), <u>de haberse efectivamente pagado dicho valor</u>, en el Mes h, en los términos establecidos en la Parte Especial.</i><i>• Valor de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico y los Estudios de Detalle, en el Mes h.</i><i>• Costos de la Gestión Social y Ambiental (exceptuando los hechos contra la Subcuenta Compensaciones Ambientales), en el Mes h.</i>
-----------------	--

¹¹⁸ Contrato de Concesión, Parte General, Sección 18.3 (e), modificada por el Otrosí No. 10 (el resaltado es nuestro).

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

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

No observa el Tribunal en el Contrato de Concesión y en los documentos relacionados expresiones como "costos causados" que permitan ignorar, al interpretar el Contrato de Concesión, la claridad de las expresiones "efectivamente desembolsado", "realizado" y "efectivamente pagado".

Así las cosas, este Panel considera que en el Contrato de Concesión no hay una carencia de "literalidad suficientemente expresiva o (...) deficiencias en la claridad y precisión de la redacción impartida por las partes al negocio"¹¹⁹. Para el Tribunal, queda claro que, a través del componente ARh, "las Partes convinieron un reconocimiento contra valores 'efectivamente desembolsados' 'efectivamente

¹¹⁹ Consejo de Estado, Sentencia del 15 de octubre de 1998, Radicado No. CE-SEC3-EXP1998-N11966, pág. 102.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

pagados', 'sin incluir valorizaciones' y 'que corresponderán exclusivamente a los costos directos'"¹²⁰.

En *segundo lugar*, aun si el texto contractual dejase alguna duda, durante este arbitramento el Tribunal pudo determinar que los costos para la liquidación del Contrato de Concesión eran los efectivamente pagados ¹²¹. Como explicó la Interventoría, por *Mes h* se debía tener en cuenta "la fecha de pago de cada una de las ordenes [sic] de operación reportada por la Fiduciaria"¹²².

En *tercer lugar*, el argumento de la Convocante según el cual por la naturaleza del negocio los costos "son causad[o]s y pagad[o]s en el mismo mes" y en consecuencia el *Mes h* debe ser considerado "como la fecha de causación para todos los componentes de la variable ARh"¹²³, es un *non sequitur*. Este argumento no responde a la pregunta sobre si *h* es la fecha de pago efectiva o de causación.

2.2.2.2. La Variable I

En *primer lugar*, teniendo en cuenta los hechos probados en el expediente, el Panel considera que la fecha relevante para la variable *I* es el 26 de diciembre de 2018, siendo ésta la fecha del Acta de Liquidación Bilateral.

El texto contractual establece que la variable *I* corresponde al "[n]úmero de Meses transcurridos desde el Mes de terminación del Contrato hasta el Mes en que se suscriba el Acta de Liquidación del Contrato"¹²⁴. Como determinó el Tribunal, el Acta de

¹²⁰ Escrito de Contestación de la ANI, pág. 8.

¹²¹ Esto puede ser corroborado en el Testimonio de la Sra. Diana Corredor, pág. 56 (según quien "La fórmula de terminación reconoce los costos efectivamente pagado"); y en el Testimonio de la Sra. María Edilma Gaviria según quien la Fiduciaria habría certificado los costos pagados, pág. 14 ("DRA. MIER: Qué cifra certificó el fideicomiso como pagos a los concesionarios por conceptos de la liquidación? SRA. GAVIRIA: 70.626 millones. DRA. MIER: 70 mil? SRA. GAVIRIA: Como pagados sí, 70.626. Eso fue lo que les pagamos con los recursos que habían. En el acta de liquidación estaban a diciembre se le certificaron 70.084 millones. De esos 70.084 millones también se le certificó que teníamos en cuenta el de interventoría como 230 millones"). En el Testimonio de la Sra. Diana Corredor también quedó claro el Informe de la Fiduciaria tuvo varios alcances más allá del enviado en mayo de 2018, ver, pág. 29 ("Recuerdo que hubo un reproceso en información ya que la fiduciaria tenía que presentar su informe en mayo del 2018, pero cuando se empezó a verificar la información se dieron cuenta que no tenían algunos soportes de fondo rotatorio o algunos costos, entonces la fiduciaria tuvo que hacer alcances a la información del informe de mayo, hasta donde recuerdo, creo que en junio y julio entregó 2 alcances a la información que había presentado inicialmente para que la interventora pudiera validar y digamos dar respuesta a algunos temas").

¹²² Acta de Liquidación Bilateral del 26 de diciembre de 2018, pág. 54.

¹²³ Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 177 (el resaltado es nuestro).

¹²⁴ Contrato de Concesión, Parte General, Sección 18.3 (e), modificada por el Otrosí No. 10 (el resaltado es nuestro).

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Liquidación Bilateral liquidó el Contrato de Concesión y cumple con los requisitos de un acta de liquidación¹²⁵.

Sin embargo, pese a la variable I, las pretensiones de la demanda fijan, sin lugar a equívocos, que se pide únicamente la corrección monetaria “de las sumas que resulten a su cargo desde el mes de septiembre de 2018 a la fecha en que se profiera el Laudo Arbitral” (pretensión segunda condenatoria).

En consecuencia, en cuanto a los montos que llegase a reconocer el Tribunal en este Laudo, solamente procederá una actualización que evite la pérdida adquisitiva del dinero según el IPC, calculada desde septiembre de 2018. El Tribunal pudo determinar que la Convocada no discute este punto.

Según la ANI, “[e]l valor del componente ARh que resulte probado, se debe correr en una fórmula de liquidación con TE -tasa de descuento real- hasta el mes de agosto (...) en adelante únicamente procede una actualización que evite la pérdida adquisitiva del dinero con el IPC -como así también lo solicita el Concesionario en su pretensión segunda condenatoria”¹²⁶.

De otra parte, el Tribunal considera que no está dentro de su competencia pronunciarse sobre eventuales efectos del ejercicio de recursos contra el Laudo arbitral, de tal manera que no va acceder a las pretensiones condenatorias tercera y primera subsidiaria de la tercera.

Paso seguido, el Tribunal fija su posición frente a los intereses aplicables a partir de la ejecutoria de su decisión:

No hay lugar al reconocimiento del interés remuneratorio previsto por el contrato para las cifras aceptadas por la ANI en el acta de liquidación y los desistimientos efectuados por las partes. El Tribunal no se encuentra en esa hipótesis fáctica por lo que reconoce el valor actualizado sin interés remuneratorio alguno.

Por lo demás, la decisión de los intereses aplicables a las sumas que el Tribunal encuentre probadas que son adeudadas a la ANI, se funda en lo previsto por las partes en el literal (b) del numeral 18.4 del Contrato Parte General.

¹²⁵ Ver Sección 1.1.1.2, *supra*.

¹²⁶ Escrito de Contestación de la ANI, págs. 40 y 41.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

No existiendo previa claridad acerca de la suma adeudada por la ANI, el Laudo tiene carácter constitutivo de la obligación de pago y, en consecuencia, es a partir de este que en armonía con lo dispuesto en el Contrato APP 006 de 2015 se causa el interés remuneratorio. Conforme lo estipula el contrato y haciendo una analogía entre el laudo que constituye la cifra debida y el Acta de liquidación que consagra créditos y débitos a cargo de la parte contratante y contratista, aplicando lo dispuesto por el citado literal (b) del numeral 18.4 del Contrato Parte General la ANI contará con mil ochocientos (1.800) días para el pago durante los cuales se causará interés remuneratorio del DFT más nueve puntos porcentuales (9%), vencidos los cuales se causará interés de mora a las tasas previstas, también por las partes, en la sección 3.7 del Contrato Parte General.

De cara a la aplicación de Fórmula de Liquidación a las sumas ya reconocidas por la ANI, este Panel concluye que las Partes, haciendo uso legítimo de la autonomía de la voluntad, solicitaron la aplicación de la Fórmula de Liquidación hasta el 26 de diciembre de 2018 respecto al valor de \$85.235.649.395, reconocidos en el Acta de Liquidación Bilateral; sin embargo, las pretensiones de la demanda fijan que la aplicación de la fórmula sobre este rubro sólo es posible hasta el mes de agosto de 2018 (pretensión primera), dado que la pretensión segunda es precisa al pedir únicamente la corrección monetaria *“de las sumas que resulten a su cargo desde el mes de septiembre de 2018 a la fecha en que se profiera el Laudo Arbitral”* (pretensión segunda condenatoria).

Para resolver la aplicación de la formula a la suma de \$85.235.649.395 la ANI deberá tener:

- a. como variable h) la fecha de cada pago,
- b. como variable l) no el 26 de diciembre de 2018, que corresponde a la fecha de firma del acta de liquidación, sino el 31 de agosto de 2018, conforme a la pretensiones de la demanda reformada.
- c. Adicionalmente, a partir del 1 de septiembre de 2018 y hasta la fecha de ejecutoria del Laudo, el valor será actualizado con el IPC.

Así mismo, el valor resultante del ejercicio de aplicación de la formula será actualizado al momento del pago teniendo como fecha de inicio de la aplicación del IPC el día

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

siguiente a la ejecutoria del Laudo y como fecha final, el día en que la obligación quede saldada.

Por lo demás, el Tribunal considera que, en cuanto a los montos en disputa referidos al Componente ARh, el Contrato de Concesión es claro e inequívoco al estipular que sólo se reconocerán los costos efectivamente pagados dentro del mencionado componente.

Finalmente, conforme a los conceptos y cifras probadas que integran el componente ARh en controversia, la ANI al momento del pago deberá correr la Fórmula de Liquidación hasta el 31 de agosto de 2018, según se deriva de las pretensiones primera y segunda de la reforma de la demanda. Adicionalmente, tal como se dijo previamente, el valor resultante se actualizará con el IPC hasta la fecha de ejecutoria del presente Laudo y a partir del día siguiente a dicha ejecutoria, la cifra generará interés remuneratorio al DTF+9 y pasados 1800 días el interés moratorio previsto en la sección 3.7 del Contrato Parte General.

3. EL RECONOCIMIENTO DEL VALOR EN CONTROVERSIA (ARh)

Las Partes no están de acuerdo sobre el método dispuesto en la Sección 18.3 (e) del Contrato de Concesión para reconocer los costos incurridos en el desarrollo del Contrato¹²⁷.

¹²⁷ Escrito de Demanda Reformada de la Convocante del 4 de octubre de 2018, pretensiones declarativas séptima ("[q]ue se declare que, de acuerdo a lo dispuesto en el literal (e) de la Sección 18.3 de la Parte General del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, el valor de las actividades ejecutadas debe definirse con base en los valores brutos, cuyo valor no puede ser superior al consignado en los registros contables del Patrimonio Autónomo"); décima segunda ("[q]ue se declare que, de acuerdo a lo establecido en la Sección 18.3 (e) de la Parte General del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, el soporte de los costos incurridos por la CONCESION CESAR GUAJIRA, es el informe emitido por la vocera del Patrimonio Autónomo – Fiduciaria Bancolombia, a efectos de aplicar las fórmulas de liquidación establecidas en dicha sección"); décima cuarta ("[q]ue se declare que los requerimientos formulados (...) por parte de la Interventoría y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA exceden el alcance de la Sección 18.3. de la Parte General del Contrato de Concesión No. 006 de 2015"); vigésima primera ("[q]ue en consecuencia de lo anterior, se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, incumplió el Contrato de Concesión No. 006 de 2015 al condicionar la suscripción del Acta de Liquidación, a la acreditación de los costos incurridos por el Concesionario durante la ejecución del Contrato de Concesión, con soportes que exceden los [sic] dispuesto en la Sección 18.3 (e) del Contrato"); vigésima segunda ("[q]ue se liquide el contrato de Concesión No.006 de 2015 (...) según lo probado en este proceso y se establezca por el Tribunal las sumas que se le adeudan a la CONCESIÓN CESAR GUAJIRA S.A.S."); Escrito de Contestación de la ANI, págs. 2-5, 21 y 22 (la ANI se opuso "respecto de la[s] pretensio[n]es SÉPTIMA (...) DECIMA [sic] SEGUNDA (...) DECIMA [sic] CUARTA (...) VIGÉSIMA PRIMERA"); Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 110; Alegatos de Clausura de la ANI, pág. 5 (la ANI se opone a las pretensiones pues "es evidente que las partes ya LIQUIDARON BILATERALMENTE el contrato de concesión"); pág. 6; y Concepto del Ministerio Público, febrero de 2020, Sección 2.4.2.

De la diferencia que presentan las Partes, surge la reclamación del Valor en Controversia que fue objetado por la ANI en el Acta de Liquidación Bilateral. A continuación, el Panel resume brevemente las posiciones de las Partes y luego presentará las consideraciones pertinentes.

3.1. POSICIONES DE LAS PARTES

3.1.1. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

La Convocante considera que las Partes tenían la libertad de estipular la manera en que se debían acreditar los costos incurridos durante la ejecución del Contrato¹²⁸.

Según el Concesionario, las Partes pactaron en la Sección 18.3 (e) del Contrato de Concesión que el Informe de la Fiduciaria sería *"la base para la liquidación del Contrato"*¹²⁹ y que el mismo sería *"el soporte de los costos incurridos"* por el contratista¹³⁰.

Por lo tanto, la solicitud de soportes por parte de la Interventoría y la ANI excedió los *"parámetros contractuales"* de forma ilegítima, impidiendo así el reconocimiento de los costos certificados por la Fiduciaria¹³¹. Para apoyar sus alegaciones, la Convocante se basa, principalmente, en los siguientes hechos:

En *primer lugar*, el Contrato de Concesión determina que el Informe de la Fiduciaria es la base para la liquidación del Contrato¹³². Dentro de las obligaciones de la Fiduciaria, el Contrato de Concesión dispone que, durante la liquidación, deberá *"proporcionar a la ANI un informe detallado acerca del estado de cada una de las cuentas y subcuentas del Patrimonio Autónomo (...) este informe será utilizado por las Partes para la liquidación del Contrato"*¹³³. En *segundo lugar*, mediante distintas comunicaciones

¹²⁸ Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 113.

¹²⁹ Escrito de Demanda Reformada de la Convocante, pretensión novena declarativa, pág. 5.

¹³⁰ Escrito de Demanda Reformada de la Convocante, pretensión décima segunda declarativa, pág. 5. Ver también pretensión décima declarativa, pág. 5.

¹³¹ Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 113.

¹³² Escrito de Demanda Reformada de la Convocante, pretensión novena declarativa, pág. 5.

¹³³ Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 120, citando la Sección 18.2 del Contrato de Concesión (el resaltado es nuestro).

de la Interventoría, se habría reconocido que el *"informe de la Fiduciaria [es] el único documento idóneo para iniciar el respectivo proceso de verificación de los costos incorporados en [el] Patrimonio autónomo"*¹³⁴.

En tercer lugar, la Convocante considera que los pagos registrados en el Patrimonio Autónomo fueron avalados durante la ejecución del Contrato y nunca fueron objetados por la ANI ni por la Interventoría, por lo que, agrega, el actuar de la ANI sería *"infundad[o] e irrazonable a la hora de liquidar el Contrato"*¹³⁵.

3.1.2. POSICIÓN DE LA ANI

A diferencia de lo afirmado por la Convocante, la ANI sostiene que el Informe de la Fiduciaria se pactó en la Sección 18.3 (e) del Contrato de Concesión como una herramienta para establecer un límite máximo a pagar, pero a su vez sostiene que nunca se pactó como único elemento para la comprobación de gastos y costos en desarrollo del Contrato. Así las cosas, afirma que en ningún caso se restringió el uso de documentación adicional que brindara certeza del gasto¹³⁶.

En primer lugar, la Sección 18.3 (e) establece que el valor reconocido en el componente ARh *"no podrá ser superior al consignado en los registros contables del Patrimonio Autónomo para estos rubros"*. El texto contractual no señala que éste sería el único elemento probatorio para fundamentar la liquidación, sino que *"fue convenido por las Partes como límite máximo"*¹³⁷.

En segundo lugar, el Contrato de Concesión otorga a la ANI la facultad de requerir información *"en cualquier momento"*. Por medio de esta facultad, la ANI podía pedir documentación para tener certeza del gasto solicitado por la Convocante¹³⁸.

¹³⁴ Comunicación de la Interventoría al Concesionario No ICG-OP-0080-18 del 7 de junio de 2018, pág. 4 (el resaltado es nuestro).

¹³⁵ Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 128.

¹³⁶ Escrito de Contestación de la ANI, págs. 3 y 4.

¹³⁷ Escrito de Contestación de la ANI, pág. 4.

¹³⁸ Escrito de Contestación de la ANI, págs. 4 y 5.

3.1.3. POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El problema jurídico identificado por el Ministerio Público consiste en resolver si los costos no reconocidos por la ANI se encuentran debidamente probados en el trámite arbitral¹³⁹. Para resolver este asunto, el Ministerio Público presenta tres argumentos:

En *primer lugar*, considera que el Informe y la certificación de la Interventoría son la prueba idónea para el reconocimiento y pago de los gastos e inversiones realizadas por la Convocante.

Por un lado, el Ministerio Público considera que las Partes pactaron en la Sección 18.3 (e) que los valores reconocidos serían aquellos costos registrados en los estados financieros y certificados por el interventor¹⁴⁰.

Por otro lado, el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 estipula que "*los reconocimientos a que haya lugar deberán cumplir con los siguientes criterios, los cuales serán validados por la interventoría o por un tercero experto*"¹⁴¹. Así, según el Ministerio Público, siendo el interventor el encargado de realizar la auditoría de los proyectos, su informe constituye la prueba idónea para el reconocimiento de los gastos¹⁴².

En *segundo lugar*, el Ministerio Público no encuentra ningún elemento para invalidar el Informe de la Interventoría sobre la base de que éste "*careciera de veracidad contable y probatoria*"¹⁴³. Tampoco observa pruebas idóneas que sustenten los gastos reclamados por la Convocante.

3.2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La Controversia que las Partes han planteado ante este Tribunal estriba en establecer si: el Informe de la Fiduciaria era la prueba determinante para el reconocimiento y pago de los gastos e inversiones realizadas por el Concesionario; y si los costos no

¹³⁹ Concepto del Ministerio Público, febrero de 2020, Sección 2.4.2.

¹⁴⁰ Concepto del Ministerio Público, febrero de 2020, Sección 2.4.2.3.

¹⁴¹ Concepto del Ministerio Público, febrero de 2020, Sección 2.4.2.4, citando el art. 20 de la Ley 1882 de 2018 (el resaltado es nuestro).

¹⁴² Concepto del Ministerio Público, febrero de 2020, Sección 2.4.2.4, citando el art. 20 de la Ley 1882 de 2018.

¹⁴³ Concepto del Ministerio Público, febrero de 2020, Sección 2.4.2.5.

reconocidos por la ANI se encuentran o no debidamente probados en el trámite arbitral¹⁴⁴.

3.2.1. LAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES PARA CERTIFICAR EL ARH

No está en disputa que la Interventoría era la encargada de certificar los gastos como ARh, para luego, ser reconocidos por la ANI. La controversia entre las Partes se centra en cuál era el insumo que el Interventor debía tener en cuenta para efectuar dicha certificación.

El Panel considera que las Partes autónomamente establecieron como base y límite máximo para la liquidación la certificación de costos y gastos emitida por la Fiduciaria. No obstante, el Tribunal no considera que este informe fuera el único documento a tener en cuenta por la Interventoría para dicha certificación.

En concepto del Tribunal, el Contrato de Asociación Público Privada es básicamente un instrumento financiero a través del cual la entidad estatal busca la obtención de recursos y experiencia en la consecución de recursos económicos necesarios para ejecutar un proyecto de infraestructura. En ese sentido, en términos normales los costos que demanda la ejecución son absorbidos por el asociado privado y en menor proporción por los recursos públicos que se colocan en beneficio del proyecto. El manejo fiduciario permite, entre otras cosas, un centro profesionalizado de contabilidad que registra costos y gastos del proyecto con lo cual, en principio, bajo circunstancias normales de ejecución y finalización de la obra y las actividades de mantenimiento, conservación, adecuación y operación de la infraestructura, los costos y gastos reportados por la fiduciaria en el manejo del patrimonio autónomo con la autorización de la Interventoría ofrecen credibilidad, en tanto que ésta ejerce la vigilancia y control de la ejecución contractual; de modo que con la fiducia se busca certeza financiera y contable, mientras que el contratista afronta el alea administrativo propio de su actividad y la entidad estatal aspira a lograr su finalidad.

Cuando el contrato termina anticipadamente los comportamientos normales de Interventoría y de fiducia se vuelven insuficientes porque la obtención frustrada de la finalidad, obliga a que, sin contar con la infraestructura objeto del contrato, la entidad

¹⁴⁴ Concepto del Ministerio Público, febrero de 2020, Sección 2.4.2.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

estatal deba reconocer y pagar costos y gastos, que en condiciones normales habrían absorbidos en la ejecución del proyecto.

La terminación anticipada del contrato obliga a otro tipo de comportamientos en los cuales la Interventoría, abocada a establecer una deuda a cargo del erario público, en juicio de este panel, está autorizada a pedir los soportes de los registros contables asentados por la fiduciaria.

Lo anterior se justifica por el deber de vigilancia propio de la Interventoría y por el deber de transparencia que debe observar la concesionaria, propios de la naturaleza de todo contrato estatal.

La Interventoría tiene la carga de señalar lo que requiere de forma clara y expresa. El contratista soporta el deber de atender el requerimiento en un ejercicio congruente: Si la Interventoría no requiere más que aquello que le solicita, el requerimiento se entiende satisfecho y la presunción de corrección no cuestionada se mantiene.

A la Concesionaria le asiste la presunción de correcto obrar y a la fiduciaria la de la fidelidad del dato contable, por lo que, si bien pueden solicitarse informaciones de soporte por parte de la Interventoría y que está en el deber de suministrar la concesionaria, la factura y su registro contable gozan de la apariencia de buen derecho, hasta tanto no sean cuestionadas por la Interventoría o por la ANI.

Ahora bien, a juicio del Tribunal, costos y gastos deben tener relación causal y soporte, es decir, no basta la simple factura y registro contable, sino que debe tener conexidad necesaria y directa con el proyecto. Adicionalmente deben estar soportados para poder ser reconocidos.

En orden a ello, la Interventoría en algunos eventos realiza clasificaciones genéricas en que da conceptos aplicables a diferentes facturas y registros. En ese evento el Tribunal considera que la concesionaria tenía el deber de desdecir frente a cada factura o registro su inclusión en el género, demostrando que la clasificación no le aplicaba a esa observación. No desdicha la inclusión específica e individual en la tipología, el Tribunal sostendrá la posición de la Interventoría por no haber sido contradicha por la Concesionaria a la que le correspondía la carga de oposición.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Contractualmente la concesionaria está obligada a dar cuenta de los soportes suficientes que permitan reconocer el pago.

En *primer lugar*, el texto del Contrato permite concluir que las Partes nunca pactaron como único elemento para la comprobación de los gastos del Contrato el Informe de la Fiduciaria:

Primero, el artículo 13 de la Ley 1682 de 2013 dispone que “[l]os contratos que en adelante desarrollen proyectos de infraestructura de transporte, incluirán una cláusula en la cual se establezca la fórmula matemática que determine las eventuales prestaciones recíprocas en caso de terminarse anticipadamente”¹⁴⁵.

Segundo, la Sección 18.3(e) del Contrato de Concesión, modificada por el Otrosí No. 10, establece que “[e]l valor reconocido por estas actividades se definirá con base en los valores brutos (sin incluir depreciaciones, amortizaciones o valoraciones) que corresponderán exclusivamente a los costos directos asociados con estas actividades y será establecido por las Partes de mutuo acuerdo o, en su defecto, por el Amigable Componedor, pero en todo caso su valor no podrá ser superior al consignado en los registros contables del Patrimonio Autónomo para estos rubros, registrados en los estados financieros y certificados por el Interventor”¹⁴⁶.

Tercero, la Sección 18.2 (b) del Contrato de Concesión define que “[d]entro de los noventa (90) Días siguientes a la suscripción del Acta de Reversión la Fiduciaria deberá proporcionar a la ANI un informe detallado acerca del estado de cada una de las cuentas y subcuentas del Patrimonio Autónomo (...) este informe será utilizado por las Partes para la liquidación del Contrato”¹⁴⁷.

Así las cosas, el Contrato de Concesión reconoce que la certificación se debe hacer con base en el Informe de la Fiduciaria. Sin embargo, a ojos de este Tribunal, el Contrato de Concesión no define este informe como el único insumo a ser tenido en cuenta por el Interventor para la liquidación.

En *segundo lugar*, las comunicaciones presentadas por la Convocante en cuanto al alcance del Informe de la Fiduciaria no cambian las conclusiones del Panel.

¹⁴⁵ Ley 1682 de 2013, art. 13 (el resaltado es nuestro).

¹⁴⁶ Contrato de Concesión, Parte General, Sección 18.3 (e), modificado por el Otrosí No. 10 (el resaltado es nuestro).

¹⁴⁷ Contrato de Concesión, Parte General, Sección 18.2 (b) (el resaltado es nuestro).

Por un lado, es cierto que el 7 de junio de 2018, mediante comunicación No. ICP-OP-0080-18, la Interventoría manifestó al Concesionario que el Informe de la Fiduciaria era el único documento idóneo “para iniciar el respectivo proceso de verificación de los costos”¹⁴⁸. El Tribunal hace énfasis en la palabra “iniciar”, pues la Interventoría no afirma que no se apoyaría en otros documentos para efectuar dicha verificación.

Por otro lado, un análisis del expediente permite confirmar que la Interventoría no consideraba que su labor se limitara a verificar exclusivamente el Informe de la Fiduciaria. Por ejemplo, mediante la comunicación No. ICG-OP-0101-18 del 3 de julio de 2018, la Interventoría señaló que “[n]o es cierto que el Contrato y las cláusulas que menciona el concesionario, indiquen que los costos directos asociados a las actividades que contempla la variable ARh solamente se deban verificar con la información certificada por la fiduciaria, tal conclusión no se desprende de la lectura de dichas cláusulas por lo cual más que una disposición contractual, tal apreciación corresponde a una interpretación unilateral del Concesionario no compartida por la Interventoría”¹⁴⁹.

En vista de todo lo anterior, este Panel concuerda con el Ministerio Público en cuanto a que el Contrato de Concesión no define el Informe de la Fiduciaria como el único insumo para determinar el reconocimiento del ARh.

El Tribunal, por consiguiente, debe determinar si la Convocante acreditó en este proceso los gastos objetados por la Interventoría y no reconocidos por la ANI cuyo reembolso reclama en este arbitramento (i.e., el Valor en Controversia).

3.2.2. LA ACREDITACIÓN DEL VALOR EN CONTROVERSIA (ARH)

La Convocante reclama el reconocimiento de \$61.496.605.709 como ARh que no fueron certificados por el Interventor, ni reconocidos por la ANI en el Acta de Liquidación Bilateral. Según el Concesionario, la Interventoría negó sin razón los siguientes gastos:¹⁵⁰

¹⁴⁸ Comunicación de la Interventoría al Concesionario, No. ICP-OP-0080-18 del 7 de junio de 2018, pág. 4 (el resaltado es nuestro).

¹⁴⁹ Comunicación No. ICG-OP-0101-18 del 3 de julio de 2018, pág. 1.

¹⁵⁰ Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 171.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

- \$9.189.562 por concepto de Primas de Seguros y Comisiones;
- \$309.899 por concepto de Costos de Gestión Social y Ambiental;
- \$5.372.318.065 por concepto de Costos y Gastos Generales de Administración, Operación y Mantenimiento;
- \$1.779.120.876 por la ejecución del Contrato No. 26 suscrito entre el Concesionario y el Cóndor S.A;
- \$3.266.556.275 por concepto de Costos de los 67 Fondos Rotatorios;
- \$34.814.078.882 por Intervenciones Ejecutadas; y
- \$16.247.132.160 por Costos de Estructuración.

Concepto Arh	Pretensión Cesar Guajira	Reconocido Acta de Liquidación	Conciliación	Verificación Probatoria	Valor en Controversia.
Primas de seguros y comisiones	2.275.038.817	2.265.849.255			9.189.562
Aportes a Subcuentas	20.253.150.948	20.253.150.948			-
Costos de Estructuración	20.331.109.059	4.083.976.899			16.247.132.160
Estudios de Trazado, Diseño, Detalle	10.337.850.115	10.337.850.115			-
Costos de la Gestión Social y Ambiental	818.700.407	818.390.518			309.889
Costos de Gestión Predial	-	-			-
Intervenciones ejecutadas	45.373.172.126	10.453.226.874		105.866.370	34.814.078.882
Costos de Operación y Mantenimiento	Costos y Gastos generales de administración, operación y mantenimiento	20.718.297.957	15.338.079.892		5.380.218.065
	Los ejecutados en virtud del Contrato 26 suscrito entre la Concesión y Construcciones el Condor S.A	11.209.591.536	9.430.470.660		1.779.120.876
	Los Costos reflejados en los 67 Fondos Rotatorios	15.250.564.905	11.984.008.630		3.266.556.275
	Los Costos de gravamen financiero	483.084.483	270.645.604	212.438.879	
Total	147.050.560.353	\$85.235.649.395	\$212.438.879	\$105.866.370	\$61.496.605.709

(Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 171)

In limine, el Tribunal debe valorar el conjunto del material probatorio del expediente, según las reglas de la sana crítica¹⁵¹. Previo a las consideraciones del Panel, conviene

¹⁵¹ Código General del Proceso, art. 232.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

notar que las Partes no presentaron ninguna tacha frente a los dictámenes que constan en el expediente ni en contra de algún testigo.

Sin embargo, el Tribunal llama la atención sobre la precisión e idoneidad del Dictamen Pericial de parte rendido por el Sr. Enrique Villota (el "**Dictamen Pericial**" o el "**Dictamen**"). Según las normas que rigen a este Tribunal, para la apreciación de un dictamen, se deberá tener "*en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso*"¹⁵². Existen, al menos, dos hechos que permiten al Tribunal dudar de la idoneidad del Dictamen Pericial en cuestión:

Primero, el Sr. Villota no realizó una verificación independiente de los documentos sobre los cuales presentó su dictamen.

Por un lado, en el texto del Dictamen, el Sr. Villota "*indic[a] que la información fue suministrada por la Sociedad Concesión Cesar Guajira S.A.S., y por lo tanto se asume como veraz y conforme a las disposiciones legales y contables de la República de Colombia*"¹⁵³. De esta forma no hay constatación técnica de la veracidad, sino que se asume como axioma lo suministrado, lo que le resta idoneidad al dictamen.

Por otro lado, durante el interrogatorio, el perito manifestó lo siguiente: "*sí internamente hay cosas que yo desconozco pues yo no puedo asegurar, yo presumo que lo que está aquí está correcto, está soportado, está documentado pero como le dije no puedo entrar, no hice una verificación técnica porque no somos peritos técnicos*"¹⁵⁴. Por lo tanto, el Tribunal no encuentra apoyo técnico a las afirmaciones del perito, lo que resta certeza sobre las conclusiones del Dictamen.

Segundo, y en concordancia con lo anterior, el perito reconoce estar "*validando documentos y soportes contables y financieros, y si validando manifestaciones de la interventoría respecto del rechazo o inclusión de obras y de actas y de conceptos y de costos y de gastos*"¹⁵⁵. Para el Tribunal es clara la insuficiencia del ejercicio del perito, en tanto que, simplemente realiza un listado de documentos y soportes,

¹⁵² Código General del Proceso, art. 232.

¹⁵³ Dictamen del Perito Financiero Enrique Villota, pág. 5 (el resaltado es nuestro).

¹⁵⁴ Testimonio del Sr. Enrique Villota, pág. 38 (el resaltado es nuestro).

¹⁵⁵ Testimonio del Sr. Enrique Villota, pág. 38.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

habiendo previamente manifestado que no es un perito técnico. Sin que el soporte sea la materialización documental de un costo o gasto del proyecto, la observación de la Interventoría se mantiene y la insuficiencia de la pericia es evidente.

Además, el perito no determina el método que utilizó en la elaboración del dictamen ni permite evidenciar los análisis efectuados frente a los soportes que tuvo a la vista, para determinar por qué reconocía o consideraba insuficientes los mismos.

Así las cosas, el Sr. Villota presume la veracidad de los documentos. A falta de una verificación sobre su veracidad, el Tribunal no considera que el Dictamen resulte fundamentado e idóneo para evidenciar los costos reclamados en este proceso.

Procede entonces el Tribunal a determinar si, en el proceso arbitral, el Concesionario acreditó de otra manera los costos que reclama:

3.2.3. PRIMAS DE SEGUROS Y COMISIONES

La Convocante reclama el reconocimiento de \$9.189.562¹⁵⁶ por concepto de Primas de Seguros y Comisiones basándose, principalmente, en el Dictamen Pericial Financiero del Sr. Villota. El Tribunal no encuentra probados los costos en controversia por concepto de Primas de Seguros y Comisiones por las siguientes dos razones:

En *primer lugar*, la Interventoría se abstuvo de reconocer este monto pues la Convocante asumió este valor.

Primero, cuando la Convocante solicitó a SURA el valor de las Primas de Seguros y Comisiones objeto de disputa, la aseguradora se abstuvo de realizar la devolución alegando la "*incertidumbre del acaecimiento o no de varios siniestros*"¹⁵⁷.

Segundo, según el Informe de la Interventoría, la Convocante manifestó asumir este costo "*mediante reunión sostenida el 8 de agosto y correo electrónico del 9 del mismo mes, [en donde] el Concesionario manifestó su aquiescencia de asumir el costo de los*

¹⁵⁶ Alegatos de Clausura Convocante, págs. 151-153.

¹⁵⁷ Comunicación 20184091045932 de 8 de octubre de 2018 que obra en el archivo digital No. 46 del CD de pruebas a folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 aportadas con la contestación de la reforma de la demanda de la ANI.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

\$7.722.321 + IVA, correspondientes a la prima no devengada¹⁵⁸. Ni la Demandante, ni el Perito Financiero se refieren a este correo.

En *segundo lugar*, en el interrogatorio del Sr. Coral, las Partes mencionaron un archivo Excel que fue utilizado para revisar los montos a certificar en el Acta de Liquidación Bilateral (la "**Matriz de Excel**"). El Tribunal revisó el monto solicitado por la Convocante en la Matriz de Excel y confirmó que los \$9.189.562,00 corresponden al mismo monto mencionado en el correo del 9 de agosto mencionado por la Interventoría¹⁵⁹.

Según el principio procesal de la carga de la prueba, "*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*"¹⁶⁰. En este caso, la Convocante no se pronunció sobre porqué la exclusión de los \$9.189.562 era de una u otra forma un error. El Perito Financiero tampoco se refirió a la "*aquiescencia de asumir el costo de los \$7.722.321 + IVA*"¹⁶¹.

Al no acreditar en el plenario los hechos que dan sustento a las pretensiones, la Convocante incumple con la carga probatoria¹⁶².

3.2.4. COSTOS DE GESTIÓN SOCIAL Y AMBIENTAL

Para este Tribunal no procede el reconocimiento de los Costos de la Gestión Social y Ambiental pretendidos por la Convocante:

En *primer lugar*, en el Acta de Liquidación Bilateral, la ANI reconoció la suma de \$818.390.518¹⁶³ por Costos de Gestión Social y Ambiental.

La Convocante considera que debió serle reconocido un total de \$818.700.407, con lo cual la cifra en controversia corresponde a \$309.889¹⁶⁴.

¹⁵⁸ Informe de la Interventoría, noviembre de 2018, numeral 7.1.6.

¹⁵⁹ Matriz de Excel de montos reconocidos por la ANI, pestaña "1. Pólizas Contractuales", fila No. 31.

¹⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de febrero de 2012, Radicado No. 66001-23-31-000-1993-03387-01(16371), Consejero Ponente Danilo Rojas Betancur, pág. 51.

¹⁶¹ Informe de la Interventoría, noviembre de 2018, Numeral 7.1.6.

¹⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de febrero de 2012, Radicado No. 66001-23-31-000-1993-03387-01(16371), Consejero Ponente Danilo Rojas Betancur, pág. 51.

¹⁶³ Acta de Liquidación Bilateral, pág. 46.

¹⁶⁴ Alegatos de Clausura de la Convocante, pág.169.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En *segundo lugar*, llama la atención al Tribunal que el Perito Financiero logró certificar un valor de \$818.390.518¹⁶⁵ (el mismo monto reconocido por la ANI). La Convocante justifica el supuesto error de su propio perito en un error de cálculo en la prueba Orden de Pago (“OP”) 608.

Según el Concesionario, el Perito Financiero determinó un valor de \$75.111 mientras que el verdadero valor pagado sería de \$385.000 según los soportes certificados por la Fiduciaria Bancolombia¹⁶⁶. En *tercer lugar*, para el Tribunal no hay certeza sobre el valor solicitado por la Convocante, al no haber una explicación sobre el “error” de cálculo de la Interventoría. Por el contrario, la Convocante omite mencionar que, si bien la OP 608 tenía un valor de \$385.000, según la Matriz de Excel, “EN LA BASE DE DATOS DEL CONCESIONARIO”, se realizó un descuento de la nota de crédito por un valor de \$309.889¹⁶⁷.

3.2.5. INTERVENCIONES EJECUTADAS

La Convocante reclama por concepto de Intervenciones Ejecutadas \$35.930.972.830. El Tribunal considera que la ANI debe reconocer parcialmente este rubro por las siguientes cuatro razones:

En *primer lugar*, en el Acta de Liquidación Bilateral, la ANI objetó el reconocimiento de \$34.919.945.252 correspondientes a las intervenciones ejecutadas en el marco del Contrato EPC¹⁶⁸. La Interventoría rechazó su reconocimiento con base en las siguientes razones:

Primero, del Informe de la Interventoría se pudo verificar que el valor global de las Actas de Obra del Contrato EPC fueron desembolsadas y registradas en el Patrimonio Autónomo¹⁶⁹.

Sin embargo, la Interventoría consideró que había una diferencia entre las facturas presentadas por un valor de \$36.677.885 frente al valor del Contrato EPC¹⁷⁰. Dado que

¹⁶⁵ Dictamen del Perito Financiero Sr. Enrique Villota, septiembre de 2018, pág. 35.

¹⁶⁶ Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 153.

¹⁶⁷ Matriz de Excel de montos reconocidos por la ANI, pestaña “5.2 G. Social”, línea 64, columna Q.

¹⁶⁸ Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 139.

¹⁶⁹ Informe de la Interventoría, pág. 116.

¹⁷⁰ Informe de la Interventoría, pág. 114.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

la sumatoria de las Actas No. 1 a No. 9 no correspondía al valor de dicho Contrato, la Interventoría solicitó el Acta de Liquidación del Contrato EPC, así como información contable para poder validar el valor de la obra ejecutada. Sin embargo, el Concesionario se negó a presentar la información¹⁷¹.

Segundo, ante la deficiencia documental, la Interventoría no pudo certificar el valor solicitado ¹⁷². Según la Interventoría, decidió rechazar estos montos a falta de "ACLARACIÓN SOBRE EL DESGLOSE DE ACTIVIDADES POR UNIDAD PRESUPUESTAL YA QUE LA IMPUTACION SE REALIZO SEPARADA"¹⁷³.

En concreto, la Interventoría se refirió al Acta de Liquidación del Contrato EPC como el documento que permitiría resolver las dudas sobre las inconsistencias y dar el soporte documental ¹⁷⁴. Sin embargo, la Convocante se rehusó a presentar esta documentación.

En *segundo lugar*, en el trámite del proceso arbitral, el Tribunal pudo corroborar que la objeción al reconocimiento del Contrato EPC se debió principalmente a la falta de prueba idónea y, en concreto, del Acta de Liquidación del Contrato EPC, que permitiera acreditar el valor de obra efectivamente ejecutado.

Primero, como se mencionó, la falta del Acta de Liquidación del Contrato EPC en el Informe de la Interventoría fue uno de los elementos que impidió resolver las dudas sobre las inconsistencias y el valor de la obra ejecutada¹⁷⁵.

¹⁷¹ Informe de la Interventoría, pág. 117.

¹⁷² Informe de la Interventoría, pág. 118.

¹⁷³ Matriz de Excel de montos reconocidos por la ANI, pestaña "7. Intervenciones", columna AH, líneas 28 a 37.

¹⁷⁴ Informe de la Interventoría, págs. 115 y 128. Ver también la Comunicación No. ICG-OP- 0101-18 del 3 de julio de 2018 de la Interventoría a la Convocante en donde informa que la Interventoría ha solicitado la información que permita acreditar las actividades ejecutadas por el Epecista que guarden relación con la variable ARh. La Interventoría no solicitó, como menciona la Convocante en la pretensión décima tercera "la contabilidad del Contratista EPC" en abstracto.

¹⁷⁵ Informe de la Interventoría, págs. 115 y 128. Ver también la Comunicación No. ICG-OP- 0101-18 del 3 de julio de 2018 de la Interventoría a la Convocante en donde informa que la Interventoría ha solicitado la información que permita acreditar las actividades ejecutadas por el Epecista que guarden relación con la variable ARh. La Interventoría no solicitó, como menciona la Convocante en la pretensión décima tercera "la contabilidad del Contratista EPC" en abstracto.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Segundo, en los interrogatorios del Sr. Tamayo y del Sr. Coral, se pudo comprobar que la Interventoría no reconocía el pago, pues el Contrato EPC no tenía precios unitarios, por lo cual se requería validar la cantidad de obra ejecutada¹⁷⁶.

Así también lo sostuvo la Sra. Cubillos, quien especificó que la Interventoría no pudo resolver las dudas sobre el Contrato EPC por falta de documentos.

Si bien el Sr. Coral manifestó que no "hay alguna duda acerca de que el concesionario haya ejecutado las actividades" del Contrato EPC¹⁷⁷, según la Sra. Cubillos, no contaban con un documento que les permitiera hacer "el cruce de cuentas" con esta Información:

[L]o que nosotros necesitábamos era corroborar y hacer la validación y el cruce de la información. Cuando esto ocurre pues básicamente encontramos una diferencia y el tiempo de la liquidación se agotó, (...), y eso también está definido como tal en el informe de liquidación, y era que nos quedábamos sin muchas posibilidades para darle soporte a los rubros que se había generado¹⁷⁸.

En tercer lugar, en respuesta a las dudas presentadas en este arbitraje, en la exhibición de documentos ordenada por el Panel, la Convocante presentó el Acta de Liquidación del Contrato EPC.

¹⁷⁶ Testimonio del Sr. Juan Carlos Tamayo, pág. 15 ("DRA. MIER: Entonces, el motivo por el cual la interventoría concretamente no reconoce su pago es por qué? SR. TAMAYO: Supuestamente porque dicen que ellos no tienen precios unitarios, y digamos cantidades unitarias que puedan validar con el contrato, pero eso es supuesto, porque de una u otra manera nosotros siempre fuimos claros con ellos que ir a medir un pavimento asfáltico lo podían hacer, tenían unos estudios y diseños donde podían determinar cuáles eran los espesores, las longitudes y con eso podían hacer cubicaciones, y esas cubicaciones lo podían multiplicar por precios [sic] del mercado. Tanto así que en algún momento les dijimos que por qué no comparaban con precios del mercado como son los precios Invias para el Cesar, el Invias saca para cada departamento unos precios base anuales, y eso los podía llevar a que pudieran establecer un costo para las obras que nosotros ejecutamos. DRA. MIER: Pero, si le entiendo bien ninguna de las observaciones de interventoría tuvo que ver con la ejecución material de las actividades, es decir, no se negó la interventoría porque ellas no se hubieran ejecutado? SR. TAMAYO: No, no se negó."); Testimonio del Sr. Alfredo Coral, pág. 58 ("Si bien ese contrato EPC tenía unos ítems globales por cada uno de los temas que tenía que ejecutar, pues al ser global teníamos que determinar el grado de ejecución que había tenido hasta ese momento porque, sí bien, se había pactado con ese epecista un valor global. Vamos a hablar de \$200 mil millones de pesos por toda la etapa de construcción, por decir algo, y se había ejecutado solamente la primera etapa de estudios y diseños pues tenemos que mirar qué porcentajes y que fuera claro el porcentaje de avance, que correspondiera realmente a un contrato que ejecutó el epecista porque podría ocurrir que hubiese una doble contratación aparente entre las actividades que ejecutada el epecista y un subcontratista, entonces todas esas claridades generaban que eventualmente fuera necesario pedir alguna información del epecista y ahí hubo un rotundo no por parte del concesionario, quien en su criterio consideró que el epecista no era parte contractual y por lo tanto la interventoría no podía exigirle mayor información").

¹⁷⁷ Testimonio del Sr. Alfredo Coral, pág. 75.

¹⁷⁸ Testimonio de la Sra. Maritza Cubillos, págs. 11 y 12 (el resaltado es nuestro).

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

Tras realizar un análisis de la misma junto con los argumentos presentados por la Convocante, el Tribunal considera que, como bien menciona el Concesionario, en la misma se consignan e identifican los pagos efectuados al epecista, así como la relación del costo de la obra ejecutada¹⁷⁹:

2- EJECUCION DE OBRAS

PAGO	CONCEPTO	FECHA	VALOR OBRA / SERVICIO EJECUTADO	IVA	VALOR OBRA EJECUTADA + IVA
1	Acta 001	16/12/2016	\$ 195.457.325	\$ 1.172.773	\$ 196.630.098
2	Acta 002	20/01/2017	\$ 425.116.081	\$ 2.551.598	\$ 427.667.679
3	Acta 003	22/02/2017	\$ 1.926.916.574	\$ 11.564.391	\$ 1.938.480.965
4	Acta 004	23/03/2017	\$ 3.676.899.329	\$ 22.066.913	\$ 3.698.966.242
5	Acta 005	21/04/2017	\$ 8.500.961.015	\$ 51.018.521	\$ 8.551.979.536
6	Acta 006	24/05/2017	\$ 10.818.526.689	\$ 64.927.392	\$ 10.883.454.081
7	Acta 007	23/06/2017	\$ 2.493.631.003	\$ 14.965.527	\$ 2.508.596.530
8	Acta 008	21/07/2017	\$ 3.559.366.187	\$ 21.361.538	\$ 3.580.727.725
9	Acta 009	23/08/2017	\$ 4.119.745.329	\$ 24.724.653	\$ 4.144.469.982
					\$ 35.930.972.838

DESCRIPCIÓN	VALOR
Valor subtotal costo directo obra ejecutada:	\$ 26,794,163,190
AIU	\$ 8,922,456,342
IVA:	\$ 214,353,306
Retención en garantía a la fecha:	\$ 714,332,392
Descuentos pendientes:	\$ 0
Nota crédito s/n:	\$ 0
VALOR TOTAL PAGADO:	\$35,216,640,446

Al menos las siguientes dos razones permiten al Panel concluir que el Acta de Liquidación del Contrato EPC otorga la certeza probatoria necesaria en este proceso:

Primero, si bien no está en disputa que las actividades se ejecutaron, en el expediente no existía prueba alguna que certificara que el costo de obras cobradas era el correcto.

Segundo, en respuesta a estas inquietudes, la Convocante presentó el Acta de Liquidación del Contrato EPC.

El Tribunal constata que el Acta de Liquidación del Contrato EPC por sí sola no permite confirmar si lo facturado corresponde al valor real de las obras realizadas. Sin embargo, este panel observa que en el Informe de la Interventoría, la Interventoría no realizó afirmación alguna que ponga en duda la racionalidad y proporcionalidad de los valores de Intervenciones Ejecutadas.

¹⁷⁹ Acta de Liquidación del Contrato EPC del 17 de agosto de 2018, pág. 3.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Por un lado, el Tribunal pudo confirmar que en el Informe de la Interventoría se reconocieron ciertos costos globales (estudios y diseños, predial y ambiental) luego de hacer referencia a las actividades que efectivamente había validado.

En relación con estos costos, la Interventoría cuestionó el valor de tales actividades y realizó una aproximación de precios de mercado que lo llevó a reconocer el valor parcial de estos rubros.

Por otro lado, en relación con el valor de las obras del Contrato EPC, la Interventoría no realizó afirmación alguna sobre la racionalidad de los valores en las Intervenciones Ejecutadas. Así las cosas, lo que encuentra el Panel Arbitral es la aceptación técnica de las obras y la negativa a reconocer el valor de las mismas sin un cuestionamiento frente a la razonabilidad de los valores. Se precisa que, si bien se realizaron algunos cuestionamientos sobre imprecisiones contables y relacionadas con la distribución del valor global de cada acta de obra, la mayoría de éstos cuestionamientos tienen impacto en el valor objeto de reconocimiento en los rubros de gestión predial y ambiental al disminuir los mismos, mas no en el valor de las obras ejecutadas.

A partir de lo anterior, este Panel observa que cuando la Interventoría consideró que los valores no se ajustaban a los precios del mercado, así lo manifestó rechazando, en parte, los costos adicionales. Sin embargo, frente a las obras del Contrato EPC, finalmente la Interventoría tan sólo manifestó que si bien su ejecución estaba técnicamente soportada, no reconocería su valor a falta del Acta de Liquidación del Contrato EPC.

El Tribunal concluye, entonces, que en el Informe de la Interventoría no hay justificación técnica de que las obras no tuvieran un valor razonable y, no estando en disputa la ejecución de las mismas, el Tribunal deberá reconocer el Acta de Liquidación del EPC como elemento suficiente para certificar el gasto, dado que la Interventoría no justificó con suficiencia que este valor no obedecía al valor real de las obras.

En *cuarto lugar*, de los \$35.930.972.830 reclamados por la Convocante, el Tribunal debe restar las sumas ya reconocidas por la ANI, además de las sumas negadas de manera fundada por la interventoría y por la ANI que no fueron refutadas por la Concesionaria. En efecto, la Concesionaria no acredita ni contradice el rechazo fundado efectuado en materia ambiental y predial.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Primero, como se desprende del Informe de la Interventoría, del concepto Intervenciones Ejecutadas, el valor de \$1.802.611.862 corresponden al concepto de gestión ambiental ejecutada en el marco del Contrato EPC. De esta cifra, la Interventoría reconoció un total de \$1.019.785.324.

Para llegar a esa conclusión, la Interventoría hizo un análisis de las actividades de gestión ambiental para la ejecución del Contrato EPC y, con base en un análisis de precios, determinó cuál era el valor a reconocer. Luego, encontró unas inconsistencias entre el valor reclamado dentro del Contrato EPC por gestión ambiental y la contabilidad efectuada en el patrimonio autónomo, por lo que únicamente reconoció la cifra contabilizada en el patrimonio autónomo, conforme a las disposiciones contractuales, que corresponde a \$1.019.785.324¹⁸⁰.

Segundo, dentro del concepto Intervenciones Ejecutadas, el valor de \$419.761.703 corresponde al concepto de gestión predial por el Contrato EPC. De esta cifra, la Interventoría sólo validó \$212.112.251 y, finalmente, la ANI objetó ese valor, reconociendo \$101.661.495¹⁸¹.

Así, el Tribunal determina que al monto solicitado por la Convocante (i.e., \$35.930.972.838) se debe restar el valor inicial cobrado en materia ambiental por \$1.802.611.862 así como el valor inicialmente cobrado en materia predial de \$419.761.703, lo que nos daría un valor total a reconocer por intervenciones ejecutadas derivadas del EPC en valor de \$33.708.599.273.

3.2.6. COSTOS DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO

La Convocante acreditó parcialmente los Costos de Operación y Mantenimiento que pretende que le sean reconocidos.

Dentro de esta categoría, la Convocante incluye (a) los gastos generales de administración, operación y mantenimiento; (b) los costos referentes a los 67 Fondos Rotatorios; y (c) la ejecución del Contrato No. 26 suscrito entre el Concesionario y el Cóndor S.A¹⁸². El Tribunal analizará cada uno de estos conceptos:

¹⁸⁰ Informe de la Interventoría, pág. 118.

¹⁸¹ Informe de la Interventoría, pág. 118; Acta de Liquidación Bilateral, pág. 48.

¹⁸² Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 171.

3.2.6.1. Gastos generales de administración, operación y mantenimiento

La Convocante solicita le sean reconocidos \$5.372.318.065 a título de gastos generales de administración, operación y mantenimiento¹⁸³.

En sus alegatos, el Concesionario se limitó a señalar que la "diferencia entre lo acreditado (...) y lo pretendido" se concentra en comisiones bancarias y en un listado de Órdenes de Pago ("las OP No OP0007, OP0021, OP0042, OP0057, OP0175, OP0191, OP0218, OP0317, OP0363, OP0401, OP0410, OP0414, OP0415, OP0533, OP0563, OP0564, OP0589, OP0652, OP0716, OP0820, OP0822, OP0823, OP0830, OP0958, OP0960, OP0961, OP1065, OP1066, OP1077, OP1121, OP1126, OP1165, OP1221, OP1279, OP1301, OP1310, OP1328, OP1355, OP1360")¹⁸⁴. La Convocante no presentó una justificación del error que habría en las cifras del Sr. Villota o de la Interventoría frente a lo estipulado en su propio alegato.

Sin embargo, el Tribunal encontró que, en los anexos enviados junto con sus alegatos, la Convocante presentó el análisis de numerosas OPs cuyo reconocimiento solicita. El Tribunal pone de presente que los alegatos de conclusión no son oportunidad probatoria; están previstos para hacer un análisis del material que decretado como prueba en el expediente fue conocido y objeto de contradicción desde la perspectiva de parte.

Procede el Tribunal a analizar la convicción que le merecen las pruebas oportunamente aportadas que soportan los rubros reclamados por el Concesionario.

Es importante precisar que en la instancia arbitral corresponde a la Convocante probar, de forma suficiente, los supuestos de hecho con base en los cuales reclama la prosperidad de las pretensiones.

En relación con las numerosas OPs reclamadas bajo el componente de operación y mantenimiento, la Convocante no allegó ni solicitó el decreto de una prueba técnica idónea que permitiera evidenciar detalladamente el razonamiento y documentos

¹⁸³ Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 169 ("quedando entonces un valor en controversia de \$5.372.318.065").

¹⁸⁴ Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 169.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

soporte de las cifras que reclama para desvirtuar las valoraciones de la interventoría, pues ya se ha referido como el dictamen técnico aportado en la reforma solamente tiene en cuenta la información suministrada por la Concesionaria, considera suficiente los registros contables en el Patrimonio Autónomo, pero además carece de un análisis técnico y de las justificaciones contables, que impiden evidenciar el detalle de los estudios realizados para proceder al reconocimiento de las cifras que son aceptadas en el peritazgo, además de que en numerosos casos reconoce que no existe soporte de las cifras reclamadas.

Sólo hasta los alegatos de conclusión se precisan algunos argumentos con menciones genéricas a la carpeta donde pueden evidenciarse numerosos archivos dentro de los cuales se señala que los soportes sí constituyen prueba idónea del costo y que por ende deben ser reconocidos, sin que tales afirmaciones estén soportadas en prueba técnica que desdiga el concepto técnico de la Interventoría.

El criterio de valoración probatoria parte de una distribución de las cargas, así:

- a. La Interventoría tiene la obligación de vigilancia de la ejecución contractual y, en cumplimiento de la misma está facultada para rechazar el reconocimiento de costos y gastos.
- b. Frente a un costo y gasto rechazado por la Interventoría, el contratista asume la carga de la prueba de su realización material, su conexión con el Contrato y su proporcionalidad con los precios del mercado.
- c. Demandado ante el Tribunal el reconocimiento de un costo y gasto, el Convocante tiene la carga probatoria que le impone acreditar técnicamente la realización efectiva del costo y el gasto y su conexidad directa con el proyecto.

En el raciocinio valorativo de la prueba, el Tribunal parte de la posición acreditada de la Interventoría y mantiene su credibilidad en todo aquello no aparezca desdicho técnicamente o que luzca, en criterio del Tribunal como evidente e incoherente con la naturaleza del contrato.

En **primer lugar**, la Convocante solicita el reconocimiento de los bienes, equipos y maquinarias señalados en las OPs 18, 20, 25, 38, 45, 58, 76, 92, 116, 118 146, 176, 187,

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

188, 193, 194, 203, 205, 309, 352, 374, 404, 446, 463, 467, 476, 508, 524, 534, 595, 598, 909 y 988 y del mobiliario para acondicionar las oficinas señalado en las OP 12, 56, 184, 192 y 982.

En respuesta al Informe de Interventoría, la Convocante señala que *"estos elementos no eran objeto de reversión [...] [por lo que] nada tiene que ver la objeción de la Interventoría con la ausencia de reconocimiento"*.

Como comentario preliminar, comparte el Tribunal las conclusiones de la Interventoría; los bienes que no son sujeto de reversión no generan un valor a reconocer en la liquidación por terminación anticipada del contrato, dado que el concesionario conserva su uso y recuperó parte del costo y los valores no recuperados los asume como propios en tanto que entran dentro del alea administrativa de su actividad.

Dado que los bienes permanecen el cabeza del concesionario, es indiferente para el Tribunal que el concesionario realice la venta de algunos de éstos a terceros como Construcciones El Cóndor S.A; no obstante, no puede cargarse a la liquidación la diferencia entre el valor del activo adquirido menos el valor de la venta, como lo pretende el Concesionario frente a varias de las OPs no reconocidas por la interventoría.

Por lo demás, el Concesionario no presentó documentos o argumentos adicionales que permitieran resolver las objeciones de la Interventoría para su reconocimiento:

Primero, frente a los equipos cuya destinación no se encontraba acreditada (i.e, las plantas de energía en la OP 0038 y los insumos y servicio de instalación eléctrica a que se refiere la OP 076), la Convocante señaló que *"no puede la Interventoría omitir el reconocimiento de un costo por la inexistencia o carencia de contrato escrito entre particulares"* cuando existe prueba de la relación contractual con la factura y la existencia del bien adquirido, no obstante no presentó documentación alguna para acreditar, como cuestionó la Interventoría, si el equipo fue o no utilizado para el funcionamiento del objeto contractual¹⁸⁵.

Segundo, según la Interventoría, la Convocante no demostró la necesidad de adquirir maquinaria adicional. Al respecto, el Concesionario se limitó a afirmar que *"la*

¹⁸⁵ Anexos de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OPs 38 y 76.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

*necesidad de los equipos arrendados se determinó por las necesidades de mantenimiento y operación*¹⁸⁶. Esta afirmación, sin sustento y circular, no permite al Tribunal establecer que el Informe de la Interventoría errara en sus conclusiones.

Tercero, la Convocante solicita el reconocimiento del valor en disputa del leasing¹⁸⁷. Al respecto, el Tribunal observa que este costo estaba relacionado con la adquisición de equipos y maquinarias que el Concesionario aceptó como costo directo¹⁸⁸. El costo arrendamiento financiero de los equipos está en algunos casos hasta el 100% y en otros en porcentajes significativos en condiciones de causación mientras que el contrato estuvo vigente.

Los remanentes no reconocidos, tratándose de bienes que, por el título precario del locatario, no revierten al concedente, no podrían ser reconocidos sin que la parte accionante haya demostrado que la porción no reconocida del canon financiero del bien mueble, fue destinado al servicio del contrato. La interventoría no lo reconoce y la concesionaria demandante no demuestra ante el Tribunal uso contractual que amerite dicho reconocimiento. Por lo tanto, el costo del leasing no deberá ser reconocido.

En **segundo lugar**, la Convocante solicita el reconocimiento de los gastos incurridos por los servicios que prestaron AVANTEL (OPs 241 y 764), BTG Pactual (OP 1264) y Ecco Estudios (OPs 291, 377, 484, 545, 680, 604, 736, y 818). Tras la revisión de la documentación respectiva, el Tribunal considera que no se acreditó la documentación solicitada por la Interventoría que permitiría el reconocimiento de estos costos.

Primero, la Interventoría no certificó las facturas por los servicios de AVANTEL, a falta de la identificación de las líneas telefónicas que evidenciaran su asignación al personal para labores relacionadas con el Proyecto¹⁸⁹. En los Alegatos de Clausura, la Convocante no responde a este argumento.

¹⁸⁶ Anexos de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OP 176.

¹⁸⁷ Acta de Liquidación Bilateral, pág. 47.

¹⁸⁸ Matriz de Excel de montos reconocidos por la ANI, pestaña 8.3, líneas 13, 13, columna M ("Leasing Vehículos, Maquinaria y Equipo"); Pruebas de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OP 723 ("Contrato de Leasing de equipos"); Pruebas de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OP 732; Pruebas de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OP 767, OP 838, OP 894; OP 974, OP 1077, OP 1124, OP 1147, OP 1160, OP 1238, OP 1294, OP 1323 y OP 1166 ("Leasing de equipos").

¹⁸⁹ Informe de la Interventoría, pág. 261.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Segundo, frente a los servicios prestados por BTG Pactual y Ecco Estudio, las OPs 1264, 291, 377, 484, 545, 680, 604, 736 y 818 no registran los contratos de prestación de servicios, ni detallan las actividades que se realizaron¹⁹⁰.

Tercero, la Convocante alega que Ecco Estudio prestó un “acompañamiento técnico en diversos asuntos comprendidos en el contrato y los cuales sirvieron de insumo para la ejecución del contrato”¹⁹¹. Sin embargo, el Tribunal no observa pruebas de ello.

Cuarto, tampoco se desvirtúa el argumento principal esbozado por la interventoría para proceder al rechazo de este concepto, esto es “que la concesión contractualmente contaba con un Componente Técnico que le era reconocido mensualmente dentro de su nómina”¹⁹², pues aunque la Convocante sostiene que “diversas fueron las situaciones presentadas durante la ejecución del Contrato que obligaron al Concesionario a contar con mayores especialistas en diversos temas”¹⁹³, no se verifica prueba que demuestre que el componente técnico de la nómina era insuficiente para atender los servicios contratados de forma externa, de los cuales se pretende el reconocimiento. Al no desvirtuarse el argumento principal de rechazo de la interventoría, el Tribunal tampoco reconocerá las sumas reclamadas bajo este concepto.

En **tercer lugar**, la Convocante solicita el reconocimiento de los costos relacionados con la oficina de Valledupar. En concreto, solicita el valor del Contrato de Acondicionamientos y Servicios SAS (OP 1283) por el cual se contrató el desmonte de las oficinas administrativas.

Según la Convocante, mediante el Contrato de Acondicionamiento y Servicios SAS “se satisfizo el servicio de desmonte del mobiliario y todos los elementos de las oficinas administrativas y puestos de trabajo de la Concesión en Valledupar con ocasión de la terminación del Contrato”¹⁹⁴.

La Interventoría rechazó estos costos “por falta de contrato de prestación de servicios con el proveedor”. Para el Tribunal es evidente que en nuestro derecho sustantivo, salvo excepciones legales, los contratos son consensuales, no obstante lo cual, de

¹⁹⁰ Informe de la Interventoría, pág. 262.

¹⁹¹ Anexos de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OPs 291, 377, 484, 545, 604, 680, 716 y 818.

¹⁹² Informe de la Interventoría, pág. 263.

¹⁹³ Anexos de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OPs 291, 377, 484, 545, 604, 680, 716 y 818.

¹⁹⁴ Prueba OP1282 Acondi [sic] y servicios, CD de anexos en los alegatos de clausura de la Convocante, pág. 1.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 225 del Código General del proceso, para probar obligaciones de origen contractual o el correspondiente pago, por regla general la falta de documento o de un principio de prueba por escrito "...se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto". Adicionalmente, ante del requerimiento de la Interventoría del contrato, perfectamente podría recurrirse a medio alternativo probatorio como una declaración del receptor del pago, para acreditar la existencia del contrato fuente. El despliegue probatorio de la parte Convocante no superó la observación de la interventoría e impide que el Tribunal tenga un soporte probatorio, de la existencia del negocio jurídico cuyo costo se factura.

Siendo petición de demanda el reconocimiento del valor, la carga de la prueba del negocio fuente de la factura no aprobada por la interventoría, la soporta la parte demandante.

Aunado a ello, la Concesionaria no acreditó ante el Tribunal la efectiva prestación del servicio, lo que impide el reconocimiento de este concepto.

En **cuarto lugar**, la Convocante solicita el reintegro de las Pólizas de Seguros y Anticipos. El Informe de Interventoría no reconoció los costos asociados a las OPs 355, 357, 427, 519, 533, 617, 675, 319, 531, 518 y 953¹⁹⁵, pues estos costos ya habrían sido reconocidos, por lo que se podría incurrir en doble certificación¹⁹⁶.

Primero, frente a las OPs 519 y 953, la Convocante sostiene que las pólizas fueron adquiridas para el Contrato No. 26 de 2016, por lo cual "*no puede confundirse con el pago que se realizó (...) a la Compañía Asegurado de Finanzas*". El Tribunal no encuentra cómo este argumento respondería a las inquietudes de la Interventoría dado que las pólizas de seguros reconocidas no fueron únicamente las de la "*Compañía Asegurado de Finanzas*"¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Ver, por ejemplo, anexos de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OP319 ("*No tiene razón la Interventoría por cuanto con el presente costo no se pretende sobre remunerar el valor de los servicios de construcción de obras por mantenimiento en todo el corredor concesionado ejecutado por el proveedor Construcciones El Cóndor S.A., con esta Orden de Operación se efectuó el pago a la Compañía Asegurado de Finanzas en el otorgamiento de la póliza 106405 la cual sirvió al Contrato 026 de 2016 para la ejecución de las obras de mantenimiento de las actividades menores y la evaluación de los índices de estado para el proyecto concesionado*").

¹⁹⁶ Informe de la Interventoría, págs. 262 y 265.

¹⁹⁷ Ver, por ejemplo, Matriz de Excel, pestaña 8, línea 2330.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Las garantías legales a las que el contratista está obligado se reconocen. Los costos de aseguramiento que la concesionaria liberalmente ha tomado, no se reconocen porque son en beneficio propio de la concesionaria, no transferibles a la contratante, en tanto lo que hacen es socializar su riesgo aminorando su exposición para que en caso de que el siniestro ocurra su patrimonio esté cubierto, el beneficiario no es la entidad concedente, en forma tal que el costo de las primas no puede ser trasladado al patrimonio de la entidad estatal.

Segundo, en sus Alegatos de Clausura, la Convocante insistió que *"si bien la Interventoría puede tener razón en este punto, lo cierto es que en relación con el Contrato 006 de 2015, no fueron reconocidos valores por \$4.552.863 de la OP 23 y \$105.866.370 de la OP55 [OPs que no se alegan bajo este concepto] la cual no tiene justificación la Interventoría ante la negativa de pago como se detallará en la justificación de las indicadas OPs"*¹⁹⁸.

Ante la aquiescencia de la Convocante, el Tribunal no encuentra argumentos que rebatan el Informe de Interventoría¹⁹⁹.

En **quinto lugar**, la Convocante solicita el reconocimiento de los servicios jurídicos prestados por Strategas SAS (OPs 1174 y 1258) de honorarios por los servicios jurídicos prestados en este tribunal de arbitramento por la Doctora Patricia Mier y Strategas SAS (OPs 1256 y 1293) para presentar el peritaje financiero que fue aportado a este Tribunal de Arbitramento entre la Concesión César Guajira y la ANI con la reforma de la demanda. Estos costos no fueron reconocidos por la Interventoría, al considerar que los gastos judiciales ante el Tribunal de Arbitramento deben ser asumidos por el Concesionario.

En respuesta, la Convocante no niega que estos valores tienen relación con la defensa en el presente arbitraje²⁰⁰. Vale la pena recordar que, en su Demanda Reformada, la Convocante ha solicitado a este Tribunal que *"condene a la CONCESION CESAR*

¹⁹⁸ Anexos de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OP319 (el resaltado es nuestro).

¹⁹⁹ Anexos de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OP355, OP 357, OP 427.

²⁰⁰ Anexos de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OPs 1174 y 1258 (*"No tiene razón la Interventoría, para el Concesionario este no es un costo caprichoso, sino necesario para la adecuada liquidación del Contrato, el Concesionario agotó el procedimiento contractual para la liquidación bilateral, ante la demora de la ANI e Interventoría no tuvo opción distinta que acudir al mecanismo contractual dispuesto para pretender al reconocimiento de los derechos al pago adecuado de la fórmula de liquidación del Contrato, en este sentido es un costo que tiene absoluta relación a los fines del Contrato y por ende debe ser reconocido"*). Ver también, Pruebas de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OP 1256.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

GUAJIRA S.A.S. al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho"²⁰¹, lo que genera un riesgo de doble remuneración.

Así, el Tribunal concuerda con la Interventoría en que estos costos no deben ser aceptados ante el riesgo de un doble reconocimiento y así no llegase a existir una condena en costas, que compensara los costos judiciales, los costos de transacción que demanda la reclamación de derechos no pueden ser cargados como costos proyecto, sino que entran dentro del alea administrativa del contratista.

En **sexto lugar**, la Convocante solicita se le reconozca el pago de los costos de la OP 360 por la compra de equipos de cómputo y comunicación.

La Convocante manifiesta que la diferencia de valor entre la factura y el valor cobrado obedece "a que por tratarse de bienes que no fueron objeto de reversión, los mismos fueron dados de baja en la contabilidad a través de las facturas de venta a terceros".

Al respecto, la Interventoría puso de presente que "[l]a concesión no presenta acta de activos dados de baja y están a nombre del Concesionario", ello debido a que por su naturaleza, este tipo de bienes no eran objeto de reversión.

Siendo entonces que los bienes no son susceptibles de reversión, no hay lugar a su reconocimiento, en tanto que al conservar el derecho de dominio, el concesionario no hay afectación patrimonial que pueda ser reconocida como costo o gasto.

En **séptimo lugar**, respecto al pago de los costos relacionados en las OPs 16 y 159²⁰², 391 y 453203, 455²⁰⁴, 13, 17, 95, 234, 262, 307, 353, 396, 505, 633, 708 y 757²⁰⁵, que evidencian la compra de equipos de cómputo y comunicaciones, no se reconocerán por el Tribunal. Ello como resultado de la corroboración de lo aportado por la Convocante en las pruebas de los alegatos de conclusión, en los cuales no se evidencian actas mediante las cuales los bienes hayan sido dados de baja.

²⁰¹ Escrito de Demanda Reformada, pág.15.

²⁰² Informe de la Interventoría, pág. 264.

²⁰³ Informe de la Interventoría, pág. 260.

²⁰⁴ Informe de la Interventoría, pág. 265.

²⁰⁵ Informe de la Interventoría, pág. 240.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

La Convocante puso de presente que los bienes relacionados en las OPs no eran equipos objeto de reversión, razón por la cual, no le asiste razón a la Convocante para el reconocimiento de estos gastos.

En **octavo lugar**, en línea con los argumentos precedentes, los pagos de las OPs 36²⁰⁶, 664 y 872²⁰⁷, relativas a la compra de mobiliario, no serán reconocidas por el Tribunal.

Producto de la corroboración de los soportes aportados con las pruebas de los alegatos de clausura, se observa que la Convocante no aportó documentación que valide su reconocimiento, máxime cuando el mismo Concesionario, ha reconocido que estos bienes no son objeto de reversión²⁰⁸.

En **noveno lugar**, la Convocante reclama el reconocimiento de las OPs 7, 21, 57 que obedecen al pago de honorarios del señor Gustavo Adolfo Robledo como miembro de la junta directiva de la Concesión, los cuales no se reconocieron por la interventoría *“toda vez que, según el Acta No. 7 de la Asamblea General de Accionistas del Concesionario, en reunión ordinaria del día 2 de febrero de 2016 se determinó cancelar honorarios por cada sesión de junta directiva a la que él asistiera. Antes de esta fecha no se encuentra soporte de que el señor Robledo hubiera sido autorizado por la Asamblea para generar ningún cobro”*²⁰⁹.

La Convocante no niega que sólo a partir del 2 de febrero de 2016, se obtuvo la autorización de la junta para proceder al reconocimiento de honorarios a favor del citado señor. Tampoco aporta el Acta No. 7 de la Asamblea General de Accionistas, ni alega o acredita que con dicha autorización de la Asamblea se haya autorizado el pago retroactivo de honorarios causados por la asistencia del citado miembro de la junta directiva a las sesiones llevadas a cabo el 14 de septiembre, 19 de octubre y 23 de noviembre del año 2015; únicamente señala que *“no tiene razón la Interventoría por cuanto el cobro corresponde a las sesiones que efectivamente fueron asistidas por el Señor Robledo Perdomo en su calidad de miembro independiente de la Junta Directiva, por lo tanto, atendiendo, en efecto, al Acta No. 7, dicho costo debía ser efectuado por la Concesión, como en efecto se realizó y ha de ser reconocido”*.²¹⁰

²⁰⁶ Informe de la Interventoría, pág. 265.

²⁰⁷ Informe de la Interventoría, pág. 265.

²⁰⁸ Ver, por ejemplo, pruebas de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OP664.

²⁰⁹ Informe de la Interventoría, pág. 263.

²¹⁰ Anexos de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OPs 7, 21, 57.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

No obstante, la interventoría no niega el reconocimiento de las OPs por reprochar la inasistencia de Gustavo Robledo a las sesiones de la junta directiva del año 2015 o los soportes que acreditan el pago, sino que alude a la falta de autorización para efectuar el pago de dichos honorarios, lo cual no es controvertido por el Concesionario; de ahí que este Tribunal no reconozca el pago de las OPs rechazadas por la Interventoría bajo este concepto.

En **décimo lugar**, la Interventoría rechazó el pago de la OP 492 referida al servicio prestado por Londoño & Arango SAS, dado que *“la Orden de Operación no cuenta con contrato de prestación de servicios por asesoría para el proceso de cierre financiero del proyecto, se desconoce qué actividades realizaron”*²¹¹.

La Convocante señaló que a través de la OP 492 se remuneró el acompañamiento jurídico de Londoño & Arango SAS como firma especializada en la obtención del cierre financiero del proyecto aprobado por la ANI mediante comunicación 2016308037043-1 del 25 de noviembre de 2016, además indicó que el soporte suficiente del costo es la factura como documento contable, mas no el contrato²¹², por lo que no aportó ante la instancia arbitral el contrato o documento equivalente que probara el negocio jurídico fuente y los términos y obligaciones derivados del mismo.

El Tribunal no encuentra que se haya desvirtuado el argumento de la Interventoría para negar el reconocimiento del valor de la OP, pues no solo no se adjuntó el contrato solicitado por la Interventoría, sino que además, si bien está probado que la concesionaria obtuvo el cierre financiero del proyecto, no se probó la actividad realizada por la firma, en tanto los soportes de la OP no permiten constatar el insumo entregado al concesionario en relación con la actividad, de allí que no se reconozca el pago. El asociado privado se asocia con la entidad estatal concedente precisamente por su pericia en la consecución de recursos crediticios de tal forma que no puede convertir en costo aquellas actividades que le son inherentes.

En **décimo primer lugar**, el pago relacionado con la OP 1068 correspondiente a los honorarios pagados a la firma Philippi Prieto Carrizosa y Uría son reclamados por la Concesionaria al sostener que la firma realizó una revisión integral de todos los

²¹¹Informe de la Interventoría, pág. 264. Aunque se refiere que la OP rechazada es la 360, revisados los soportes y la página 260 del mismo informe, se corrobora que la OP rechazada en relación con la firma Londoño & Arango SAS es la 492.

²¹²Anexos de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OP 492.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

documentos del proyecto a fin de obtener la debida diligencia y el concepto de especializado de una firma de abogados a fin de contar con el diagnóstico exigido por los eventuales financiadores para la obtención de los recursos de deuda que garantizaran la financiación del proyecto, de esta manera constituye un costo que tiene relación con el proyecto tal y como de ello se desprende de los soportes contables que acompañan a la orden de operación²¹³.

Sin embargo, la Interventoría discute que para la fecha en que se realizan esas actividades (entre marzo y mayo de 2017 según dan cuenta la relación de tiempos y trabajos adjunta a los soportes contables sobre la OP), las mismas sean útiles para el proyecto, cuestión que es evidente que la Concesionaria no desvirtúa en sus alegaciones.

En línea con la negativa de la Interventoría, a partir de la información contenida en los anexos de sus alegatos finales frente a la OP 492 antes analizada, el Tribunal corrobora que el cierre financiero del proyecto fue aprobado por la ANI mediante comunicación 2016308037043-1 de 25 de noviembre de 2016, de manera que las actividades de que da cuenta la OP 1068 sobre el reporte de Due Diligence y el concepto especializado de una firma de abogados a fin de contar con el diagnóstico exigido por los eventuales financiadores para la obtención de los recursos de deuda que garantizaran la financiación, en principio, deberían datar de fechas previas al cierre financiero del proyecto, con lo cual, hace sentido el reproche de la Interventoría.

En todo caso, si con posterioridad al cierre financiero dichas actividades continuaron siendo necesarias para el proyecto, el Concesionario no, justifica, argumenta o explica tal circunstancia para refutar fundadamente las razones de rechazo por parte de la Interventoría, por lo demás, no se evidencia que se haya entregado a la Interventoría o ante esta instancia arbitral soportes tanto de los insumos desarrollados por la firma como de los términos de la prestación del servicio que acreditara que además de los honorarios, debía sufragarse tiquetes y/o viáticos para la ejecución de los servicios prestados. Dado que la carga de la prueba no fue satisfecha, este Tribunal no accede al reconocimiento del valor de la OP.

Además, las condiciones de financiación, el "*fairness opinión*" y los demás chequeos que exijan financiadores o que el asociado privado oportunos, entran dentro del costo

²¹³Anexos de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OP 1068.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

propio que debe asumir el asociado privado. Hay costos inherentes al asociarse con una entidad estatal, en un contrato de APP, teniendo en cuenta que el asociado asume a su cuenta y riesgo la realización de actividades necesarias para su rol de asociado y que no constituyen costo y gasto del proyecto, sino costo y gasto del asociado de tal manera que es el patrimonio del asociado, el que absorbe los costos de transacción que le son propios.

En **décimo segundo lugar**, se solicita el reconocimiento de las OPs 26, 51, 84, 107, 129, 232, 258, 362, 623, 788 y 1014, referidas a servicios de vigilancia prestados por la empresa Seracis Ltda, que no fueron reconocidos por la Interventoría “*por cuanto se trata de gastos ocasionados para el año 2015 que no cuentan con un contrato de prestación de servicios ni orden de operación. (Servicios de Vigilancia)*”²¹⁴ en la misma línea, la matriz de Excel denominada RECONOCIMIENTO ANI LIQ Explicado con GMF refiere como causal de rechazo que “*No se certificó gastos ocasionados para el año 2015 por no poseer contrato de servicios*”.

En su defensa, el Concesionario sostiene que no se puede omitir el reconocimiento de un costo por la inexistencia o carencia de contrato escrito entre particulares y que la prueba de la relación contractual está en la existencia de la orden acompañada de la factura de venta y la prueba de la existencia del servicio adquirido. En relación con la mayoría de OPs objeto de reclamación destaca que el servicio cobrado a través de las facturas que soportan las OPs no corresponde al año 2015, sino a los años 2016 y 2017.

Primero, pese a que el concesionario insiste en el pago de las OPs 129, 258, 362, 623 y 1014 y en los anexos de sus alegaciones finales afirma que los soportes de éstas se encuentran en “*el Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio No. 2; Medios Magnéticos, Prueba No. 83/Soportes Costos y Gastos/1. OP*” que corresponde a las pruebas aportadas con la reforma de la demanda, tal afirmación no es cierta; tales soportes no se encuentran en esa carpeta ni en la carpeta “OP controversia” aportada por el Concesionario mediante medio magnético que obra a folio 71 del cuaderno de pruebas No. 2, pese a la renovada oportunidad que tuvo el Convocante para hacerlo con la exhibición de documentos ordenada por este Tribunal, de manera que al no haberse arrojado al expediente los referidos soportes, la Convocante no cumplió con su carga de la prueba, por lo que no es posible reconocer el pago de estas OPs en el rubro de gastos

²¹⁴ Informe de la Interventoría, pág. 265.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

generales de administración, operación y mantenimiento que integra el componente ARh de la fórmula de liquidación del contrato.,

Segundo, revisados los soportes que si fueron arrimados al expediente, se constata que las siguientes OPs corresponden a servicios prestados en el año 2015:

OP	FACTURA	DESCRIPCIÓN SERVICIO	FECHA DE PRESTACIÓN	VALOR
26	24747	Vigilancia con arma oficina.	del 1 al 31 de octubre de 2015	\$6.337.105
51	24777	Vigilancia con arma oficina.	del 1 al 31 de octubre de 2015	\$6.337.105
84	25147	Servicio de coordinador, vigilancia en peaje Rincón hondo con arma, y vigilancia adicional oficina	los días 13 y del 26 al 30 de noviembre de 2015.	\$31.861.128
	25148	Servicio alquiler de vehículo	del 26 al 30 de noviembre de 2015	
	25149	Vigilancia con arma (oficina y peajes Rincón Hondo y San Diego) y servicio de coordinador.	del 1 al 31 de diciembre de 2015	
	25150	Servicio alquiler de vehículo	del 1 al 31 de diciembre de 2015	
107	25770	Vigilancia con arma oficina.	del 4 al 30 de septiembre de 2015	\$5.703.394
OPS RECLAMADAS QUE CORRESPONDEN A SERVICIOS DEL AÑO 2015				\$50.238.732

El Tribunal considera razonable el rechazo de la Interventoría pues no contó con un documento que le permitiera constatar las tarifas y el alcance de las obligaciones pactadas. En todo caso, a pesar de las oportunidades que tuvo la Concesionaria para aportar ante este Tribunal el contrato o cualquier otro documento que diera cuenta

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

de los detalles del vínculo contractual entre la Concesionaria y Seracis Ltda., en el año 2015, el mismo no obra en el expediente, de allí que el Tribunal no acceda al reconocimiento de éstas OPs.

Tercero, en el expediente si obran los soportes de las OPs 232 y 788 que fueron rechazadas por la Interventoría pese a corresponder a servicios prestados en los años 2016 y 2017, ejecutados al amparo del Contrato 015 de 1 de enero de 2016 y sus otrosíes²¹⁵. El Tribunal encuentra que las facturas 26213²¹⁶ y 29929²¹⁷ pagadas a través de estas OPs, tienen por concepto el cobro de tiquetes y viáticos del señor David Hernández, sin que el contrato aportado haga referencia al reconocimiento de tiquetes o viáticos, ni el Concesionario justifique la razón para haber asumido este costo y/o trasladarlo a la liquidación, de allí que el Tribunal no acceda al reconocimiento del valor de estas facturas.

Cuarto, sin embargo, en relación con las restantes facturas que integran las OPs antes referidas, el Tribunal no encuentra justificado el rechazo efectuado por la Interventoría, pues además de que las OPs objeto de cobro corresponden a servicios prestados al amparo del contrato 015-2016, es razonable requerir vigilancia en la oficina sede de la Concesionaria y conforme al apéndice técnico No. 2 "condiciones para la operación y mantenimiento"²¹⁸ era obligación de la Concesionaria contar con un servicio de vigilancia permanente a las estructuras físicas y áreas del Corredor del Proyecto, precisándose como servicio de carácter obligatorio la vigilancia de las instalaciones de las Estaciones de Peaje y señalándose la necesidad de contar con un vehículo de vigilancia para recorrer la longitud de la vía en concesión.

En consecuencia, salvo el valor que corresponde al de las facturas 26213 y 29919, el Tribunal reconocerá el valor de \$107.065.326 que fuera negado a través de las OPs 232 y 788, pues no le cabe duda que los servicios pagados a través de las mismas constituyen un costo directo del proyecto y son acordes con las tarifas y obligaciones de que trata el Contrato 015-2016 y sus otrosíes, además de que la Interventoría no niega la efectiva prestación del servicio ni esboza razones suficientes para negar su pago.

²¹⁵ Aportado con las pruebas de la reforma de la demanda en la carpeta 38. Rad ANI 20184090183182 y 102. 29062018 Rad ANI 20187090646852 – Correos 1.

²¹⁶La factura 26213 que hace parte la OP 232 por valor de \$1.006.070, tiene por concepto el pago de tiquetes de David Hernández.

²¹⁷La factura 29929 contabilizada con la OP 788 por valor de \$992.620 tiene por concepto viáticos de David Hernández.

²¹⁸Documento 21.14 que obra en la carpeta 19 Apéndices Proceso APP de las pruebas aportadas con la reforma de la demanda,

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

El valor a reconocer por este concepto se detalla a continuación:

OP	FACTURA	DESCRIPCIÓN SERVICIO	FECHA DE PRESTACIÓN	VALOR
232	26210	Servicio de coordinador, vigilancia con arma en peajes Rincón Hondo, San Diego, San Urumita y Cuestecitas	del 1 al 31 de marzo de 2016	\$45.473.238
	26211	Servicio alquiler de vehículo	del 1 al 31 de marzo de 2016	
	26212	Vigilancia con arma oficina.	del 1 al 31 de marzo de 2016	
788	29917	Servicio de coordinador, vigilancia con arma en peajes Rincón Hondo, San Diego, Badillo y San Juan, y vigilancia sin armas de peaje Sombra	del 1 al 28 de febrero de 2017	\$61.592.088
	29918	Servicio alquiler de vehículo	del 1 al 28 de febrero de 2017	
	29919	Vigilancia con arma oficina.	del 1 al 28 de febrero de 2017	
	29920	Vigilancia especial 2	del 1 al 28 de febrero de 2017	
VALOR A RECONOCER POR EL TRIBUNAL PARA LAS OPs 232 Y 788				\$107.065.326

En **décimo tercer lugar**, la Convocante solicita que se reconozca el valor de la OP 190 por los servicios remunerados a Diana Luz Consuegra, los cuales no fueron certificados por la Interventoría "por cuanto la actividad no cuenta con una orden o contrato de

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

prestación de servicios que permita acreditar el vínculo contractual. Adicionalmente, no cuenta con acta de entrega de actividades realizadas"²¹⁹.

Pese a que la Concesionaria insiste en el reconocimiento de esta OP, en sus mismos alegatos de clausura refiere que una de las razones de la negativa de la Interventoría fue que *"no se discrimina la cantidad de conteos, ni la duración de los mismos"*. Así, aunque si se hayan aportado soportes de la OP²²⁰, dentro de los mismos no se constata prueba del insumo entregado con ocasión de las actividades realizadas, lo que además impide conocer la cantidad de conteos o duración de los mismos para evaluar la razonabilidad del costo, de allí que la Concesionaria no haya desvirtuado la causal razonable de rechazo de la Interventoría, lo que se considera argumento suficiente para negar el reconocimiento de la OP.

En **décimo cuarto lugar**, la Convocante solicita el reconocimiento del valor de las OPs rechazadas por la Interventoría relacionadas con pasajes de viajes adquiridos a través del proveedor Palomares Tours tales como las 124 125, 132 153, 154, 155, 156, 157, 158, 195, 196, 197, 222, 223, 224, 226, 227, 228, 252, 253, 283, 285, 286, 304, 348, 349, 350, 351, 386, 387, 388, 414, 415, 416, 448, 449, 451, 510, 511, 513, 514, 515, 522, 562, 563, 564, 565, 639, 640, 642, 643, 644, 646, 711, 718, 719, 758, 822, 823, 824, 825, 830, 877, 878, 879, 880, 881, 958, 959, 960, 961, 1007, 1008, 1065, 1065, 1066, 1070, 1075, 1113, 1140, 1141, 1142, 1143, 1195, 1196, 1197, 1198, 1248, 1249, 1250, 1275, 1335 y 1354. La Interventoría rechazó estos costos al considerar que *"figuran pagos de pasajes con una periodicidad mínima mensual que en principio no son una obligación laboral de ley y aunque se mencionaba que eran para tomar descansos compensatorios, no pudieron ser validados a través de los contratos de trabajo"*²²¹.

Primero, la Convocante reprocha las conclusiones de la Interventoría y justifica la relación de los costos con el Proyecto por cuanto *"el tiquete fue utilizado [...] adicionalmente aparece una relación del costo por persona, destino, fecha, lo cual demuestra la relación en los asuntos del Proyecto"*²²², no obstante, la sola relación del costo por persona, así como el destino y fecha del tiquete, no demuestran la relación del costo con los asuntos del Proyecto.

²¹⁹ Informe de la Interventoría, pág. 266.

²²⁰ Aportado con las pruebas de la reforma de la demanda en la carpeta 38. Rad ANI 20184090183182 – Anexos – documento 5.3 OP 190 -CONSUEGRA ORTEGA DIANA LUZ

²²¹ Informe de la Interventoría, pág. 264 (el resaltado es nuestro).

²²² Anexos de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OP124, 414, 415, 416, 877, entre otras.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Segundo, el Concesionario argumenta que la Interventoría se equivoca al afirmar que dichos costos tendrían que verse justificados en un contrato de trabajo pues en varios casos los mismos fueron utilizados para que un empleado se desplazara en cumplimiento de sus funciones, sin que esto quedara especificado en el contrato laboral como tal²²³.

Tercero, el Tribunal comparte la postura de la Convocante frente al reconocimiento de un tiquete aéreo de un empleado del Proyecto cuando la actividad que se desarrolla está en el marco de sus funciones. Sin embargo, en las alegaciones no se detalla prueba alguna que permita corroborar la relación del costo con un asunto del Proyecto, ni se encuentra probada la relación con las actividades del Proyecto²²⁴, no siendo posible establecer el nexo causal.

Por un lado, la Convocante no presenta los contratos de trabajo y planillas de seguridad social donde se justificaran los descansos compensatorios que explicarían los viajes recurrentes.

Por otro lado, la Interventoría rechazó varias de las OP por ser penalizaciones en la compra de los tiquetes. En la mayoría de los casos, este argumento no fue debatido por la Convocante y en los que sí, únicamente se refirió que *"en muchas ocasiones las reuniones y comités en la ANI se pueden extender más de lo programado, generando para el usuario del tiquete la necesidad de mover la hora de regreso"*²²⁵, sin que tal circunstancia se haya probado dentro del expediente.

Si bien la Convocante insiste en que los tiquetes fueron utilizados por empleados de la Concesión Cesar - Guajira, la Convocante no prueba y de las OP analizadas, el Tribunal tampoco concluye que el desplazamiento se debiera al desarrollo de una actividad relacionada con el Proyecto.

Así, el Tribunal no encuentra argumentos que rebatan el Informe de la Interventoría.

²²³ Anexos de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OP125.

²²⁴En efecto, revisados los soportes de las OP que aluden a Palomares Tours que obran en la carpeta "OP controversia" aportada por el Concesionario en la exhibición de documentos ordenada por el Tribunal y en la carpeta 83 de las pruebas aportadas con la reforma de la demanda, no se encuentran soportes de varias OPs pese a reclamar su pago (877, 878, 879, 880, 881, 1140, 1141, 1142, 1195, 1196, 1197, 1198, 1248, 1249, entre otras); en relación con los soportes que si fueron aportados, los mismos no acreditan que el viaje tenga relación con algún asunto del proyecto y cuando se relaciona algún soporte del proyecto, este no tiene conexidad con la persona que usó el tiquete, por ejemplo en la OP 1070 se aporta un acta de preconsulta y apertura de consulta previa, sin que alguna de las personas que firman la referida acta sea Jaime Andrés González, usuario del tiquete a que alude la OP.

²²⁵ Anexos de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OP 877, entre otras.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Finalmente, mediante memorando 20183000208493 de 24 de diciembre de 2018²²⁶, la entidad objetó el reconocimiento de algunas OPS aceptadas por la Interventoría, al señalar:

Ahora bien, a continuación, se presentan dos (2) tablas que relacionan:

(...)

TABLA 2: Costos certificados por la Interventoría sobre los cuales, se presentan dudas para su reconocimiento HAY OBJECCIÓN, toda vez que persisten dudas para el reconocimiento al Concesionario.

Es importante dejar constancia de que las cifras y consideraciones de defensa de la Entidad que enmarcan el presente concepto han sido plasmadas en la Contestación de la Demanda Arbitral, la cual fue radicada por el Apoderado Judicial de la Agencia el 4 de diciembre de 2018 ante la Cámara de Comercio de Bogotá, de modo que sobre los costos que hay objeción, éstos han sido trasladados a las instancias del Tribunal Arbitral.

(...)

Tabla 2. Registros certificados por Interventoría sobre los cuales SI HAY OBJECCIÓN para su reconocimiento toda vez de que persisten dudas.

Proveedor	OP No.	Fecha OP	No. Factura	Concepto	Valor total
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0134	18-feb-16	0566	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 5.800.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0134	18-feb-16	0577	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones	\$ 5.800.000

²²⁶ CD a folio 269 del cuaderno principal No. 2, dentro de los anexos del acta de liquidación allegados por la ANI

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

Proveedor	OP No.	Fecha OP	No. Factura	Concepto	Valor total
				jurídicas con la ANI	
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0186	18-mar-16	0584	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 5.800.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0278	27-may-16	0615	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 5.800.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0327	05-jul-16	0638	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 5.800.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0509	13-oct-16	0689	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 5.800.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0373	29-jul-16	0666	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 5.800.000
VIDEO CONFERENCIAS INTEGRALES SAS	OP0398	29-jul-16	1211	Polycom Audioconferencia	\$ 1.345.465

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

Proveedor	OP No.	Fecha OP	No. Factura	Concepto	Valor total
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0434	07-sep-16	0671	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 5.800.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0535	09-nov-16	0713	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 6.206.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0667	17-ene-17	753	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 6.206.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0667	17-ene-17	754	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 6.206.000
GÓMEZ PINZON ZULETA ABOGADOS SAS	OP0683	17-ene-17	44774	Honorarios por servicios legales	\$ 104.591.702
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0728	09-feb-17	0769	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 6.206.000
TIENDA GALAXY SAS	OP0041	14-dic-15	2156	2 computadores clones	\$ 2.693.888

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.

c./

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

5504

Proveedor	OP No.	Fecha OP	No. Factura	Concepto	Valor total
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0049	14-dic-15	0519	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 5.800.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0780	16-mar-17	0774	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 6.366.500
POSSE HERRERA & RUIZ SA	OP0967	24-may-17	BOG81271	Prestación de servicios	\$ 144.783.373
POSSE HERRERA & RUIZ SA	OP0967	24-may-17	BOG81272	Prestación de servicios	\$ 23.800.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0985	12-jun-17	824	Honorarios profesionales	\$ 6.366.500
CASUS SAS	OP1037	10-jul-17	19	Servicio de asesoría y acompañamiento	\$ 12.495.000
POSSE HERRERA & RUIZ SA	OP1049	10-jul-17	BOG-81684	Servicios profesionales	\$ 23.800.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0843	19-abr-17	0802	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 6.366.500
RISKS PROTECTION	OP0851	19-abr-17	994 2017	Expedición Póliza Espejo Vigencia Unificada 2017	\$ 9.575.428
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP1052	10-jul-17	830	Honorarios profesionales por asesoría jurídica	\$ 6.366.500

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.

c./

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

5504

Proveedor	OP No.	Fecha OP	No. Factura	Concepto	Valor total
CASUS SAS	OP1255	08-nov-17	42	Servicio de asesoría y acompañamiento en el proceso de terminación y liquidación anticipada	\$ 12.495.000
SALUD RIESGOS Y RECURSOS HUMANOS CONSULTORES LTDA	OP1257	08-nov-17	BOG-0010587	Prestación de servicios para la debida diligencia en seguros	\$ 30.404.500
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0907	12-may-17	810	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 6.366.500
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0080	18-ene-16	0534	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 5.800.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0015	23-oct-15	0507	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 5.800.000
BLANCO RENGIFO ABOGADOS SAS	OP0244	06-may-16	0602	Honorarios Profesionales por Asesoría Jurídica, relaciones jurídicas con la ANI	\$ 5.800.000
TOTAL					\$ 492.240.856

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

A página 18 de la contestación de la demanda reformada, la ANI señala que *“una vez revisado el informe de Interventoría del 9 de noviembre de 2018, ajustado el 15 de noviembre de 2018, persisten las dudas de la Agencia en este capítulo, respecto al reconocimiento de CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$492.240.856) -relacionados en la siguiente tabla -, dado que se considera que los soportes presentados son insuficientes para evidenciar una relación directa y total, así como una justificación de su gasto en la ejecución del Proyecto de Concesión Cesar Guajira”*.

Como se lee, la ANI anuncia mas no argumenta de forma fundada por qué se separa del concepto técnico de la Interventoría, lo que en principio daría lugar al reconocimiento de la cifra objetada por la ANI; sin embargo:

Primero, habiéndose objetado por la ANI dichas OPs, era deber de la Convocante para efectos del reconocimiento, aportar los soportes correspondientes que permitieran al Tribunal constatar la existencia de las mismas y la procedencia para su reconocimiento; sin embargo, revisada la carpeta 83 de las pruebas aportadas con la reforma de la demanda, así como la carpeta “OP controversia” aportada por el Concesionario en la exhibición de documentos ordenada por el Tribunal, no se encuentran soportes de las OPs 134, 509, 667, 1052, 683 1049.

Segundo, de las OPs objetadas por la ANI, se hace evidente que las facturas pagadas con las OPs 041 y 398 corresponden a dos computadores y un equipo de audioconferencia que son bienes que no son objeto de reversión y que por ende quedaron en cabeza de la entidad, inclusive en los anexos de los alegatos se refiere que los mismos fueron dados de baja en la contabilidad a través de las facturas de venta a terceros, de allí que el valor que pretende el Concesionario por dichas OPs corresponde a la diferencia entre el valor original de la factura y el valor de venta a terceros.

En línea con los argumentos esbozados en el presente Laudo, esta instancia arbitral es del criterio que no es posible reconocer con cargo a la liquidación, equipos que no sean objeto de reversión, en tanto el concesionario conserva la propiedad de los mismos, al punto que puede enajenarlos a terceros como ocurrió en el caso sub examine. En consecuencia, no se reconocerá el valor de las OPs 041 y 398 en cuantía de \$4.039.353.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Tercero, el Tribunal tampoco reconocerá el pago de las OPs 015, 049, 080, 186, 244, 278, 327, 373, 434, 535, 728, 780, 843, 907, 985, 1037, 1255 967 y 1257, pues no encuentra probadas razones para su reconocimiento.

Como se ha dicho, el Tribunal considera que quien demanda asume una carga argumental para soportar su pretensión de reconocimiento reforzada con la prueba que demuestra la pertinencia del gasto pretendido respecto de la actividad que el asociado privado frente al proyecto.

El contrato de APP no traslada de manera absoluta todo gasto y costo al proyecto pues hay actividades que el asociado privado asume a su cuenta y riesgo. En juicio del Tribunal, las actividades inherentes a ser socio privado de un proyecto de concesión, las asume el concesionario, estas tienen que ver con aquellas cualidades y experiencia específica en los aportes del asociado privado al proyecto, dentro de estas actividades está la consecución del cierre financiero, la obtención y gestión de recursos, el cumplimiento de los requisitos de los financiadores, tal como arriba se ha considerado y dentro de la misma línea, los soportes jurídicos y técnicos, que requieran para cumplir con su rol de asociado privado. Estos costos son transaccionales por ser inherentes a su condición de tales y, por ende, no pueden ser transferidos al proyecto, en tanto que, por ser costos propios, no se subrogan en patrimonio distinto al del propio proponente.

Los costos de transacción como costos de búsqueda, contrato, ejecución contractual propia y litigio, mal podrían ser asumidos por la contraparte contractual y en ese orden de conceptos, para el Tribunal, es el patrimonio del asociado privado el que debe enjugar y absorber esos costos y que en efecto, dada la onerosidad del contrato, inciden en la estructura financiera del contrato bajo la administración que el contratista recupera en la recuperación exitosa del objeto, pero que cuando el contrato se frustra y antela su terminación, el contratista los absorbe como riesgo, sin poderlo trasladar como costo. Son parte de su alea administrativa, de la gestión que como asociado privado le corresponde y del riesgo que asume. Bajo la perspectiva de lo que es el contrato de concesión bajo la modalidad de APP, el tribunal se aparta del reconocimiento de la interventoría y no reconoce las OPs que se orbitan en el espectro del riesgo administrativo del asociado privado, que recibe el impacto negativo de una terminación anticipada que lo coloca ante la asunción del efecto patrimonial negativo de no recuperar esos costos que con un proyecto exitoso no se hubiese revelado como negativos.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Aun llevados estos costos a la contabilidad del Patrimonio Autónomo del proyecto, subsistiría la duda de su procedencia en tanto que, todo lo que es y constituye al asociado privado, y lo indica como socio idóneo, no puede ser trasladado como costo del proyecto porque, si fuese así ¿Cuál su aporte?, ¿Cuál su colaboración?

Desde la teoría del riesgo, el álea administrativa la asume el contratista. Las OPs de apoyo jurídico, inclusive a efectos de la terminación y liquidación anticipada, de apoyo técnico, de apoyo en la gestión de afiliaciones al Sistema General de Seguridad Social y pagos de planillas de aportes a seguridad social y parafiscales, entran en el espectro de la administración de lo que es propio e intransferible del asociado privado.

Cuarto, aunado a ello, ante el Tribunal no se encuentran insumos suficientes que permitan constatar las actividades realizadas en ejecución de los contratos suscritos.

Quinto, en el caso concreto de la OP 967 se evidencia que la propuesta de servicios y la aceptación de la misma datan del 27 de enero de 2017, pero en la relación de tiempos y trabajados se enlistan actividades fechadas desde agosto de 2016, así que sumados a los anteriores argumentos le caben dudas al tribunal sobre la ejecución de las actividades prestadas en el 2016 y el negocio jurídico que las originó. La vinculación a través de contratos de servicio bajo ofertas, no pueden tener efecto retroactivo ni sanear servicios ya prestados con anterioridad a la suscripción del contrato.

Sexto, en lo que atañe a la OP 1257 se desconoce en concreto los servicios prestados, pues el concepto de la factura es por debida diligencia en seguros, en algunos apartes se refiere que se la compañía presta servicios de corretaje de seguros, pero la razón social parece indicar que apoya el aseguramiento en seguridad social y las actividades inherentes a recursos humanos, para los que la compañía tiene dentro de su nómina, un componente administrativo que tendría que estar a cargo de dichas funciones. Así la falta de claridad e insumo de las actividades realizadas, se suman a las razones ya esbozadas para el reconocimiento de la OP.

En consecuencia, con estos soportes y por estas razones se niega el reconocimiento de las OP antes mencionadas.

Por último, únicamente se reconocerá el pago de la OP 851, que refiere al pago de la prima de la póliza de vehículos No. 43328752, que ampara vehículos en leasing que

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

tiene por tomador a la sociedad concesionaria, respecto de las cual no se evidencian razones evidentes que permitan su negativa, la cual se detalla a continuación:

Proveedor	OP No.	Fecha OP	No. Factura	Concepto	Valor total
RISKS PROTECTION	OP0851	19-abr-17	994 2017	Expedición Póliza Espejo de vehículos Vigencia Unificada 2017	\$9.575.428
VALOR OPs OBJETADAS POR LA ANI QUE SON RECONOCIDAS POR EL TRIBUNAL					\$9.575.428

Así las cosas, este valor se sumará a los reconocidos en este Laudo para el componente ARh.

3.2.6.2. Los 67 Fondos Rotatorios

La Convocante solicita le sea reconocido el valor de \$3.266.556.275 como costos de los 67 Fondos Rotatorios²²⁷. Aunque la Convocante no explica cómo podría certificarse el valor solicitado cuando su propio perito reconoce que por "falta de soportes" no fue posible validar la totalidad de los registros²²⁸, el Tribunal procederá a analizar los diferentes argumentos presentados en sus alegatos.

En **primer lugar**, la Convocante solicita el reconocimiento de los costos asociados con arriendos, que fueron negados por la interventoría en cuantía de \$480.226.914 por considerar que dentro de este rubro se cobró el pago de 4 apartamentos que se encontraban ubicados en un edificio de uso residencial además de que no se había presentado el contrato de arrendamiento²²⁹.

Bajo este rubro también se negó el reconocimiento del arriendo de lotes para capacitaciones, pues conforme a los argumentos de la interventoría no se indicaba que tipo de capacitación se realizaba, no se adjuntó, por ejemplo, registro fotográfico, listado de asistencia y temática de la capacitación. Tampoco se evidenció orden de

²²⁷ Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 170.

²²⁸ Dictamen del Perito Financiero Enrique Villota, septiembre de 2018, pág. 47.

²²⁹ Informe de la Interventoría, pág. 273.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

servicio que hace parte de los procedimientos de la compañía para verificar la solicitud del arrendamiento de los lotes, ni se aportó contrato de arrendamiento de dichos lotes. Dentro de este rubro también se negó el pago del arriendo de maquinaria pesada, lo cual se justificó en que para las fechas en que se realizó este gasto, el concesionario ya poseía maquinaria propia para el desarrollo de las actividades, y no se recibió soporte que demostrara la necesidad de maquinaria adicional, por lo tanto, estos rubros no tuvieron certificación²³⁰.

Primero, el Tribunal no reconocerá el pago de arriendo de maquinaria, toda vez que aunque ciertas OP cuentan con los soportes de la factura de arriendo, no se desvirtúa la razón de rechazo de la interventoría, que reside en que la Concesionaria contaba con este tipo de equipos, por lo que no encontró razonable el pago del arriendo de los mismos. No habiéndose argumentado ni demostrado de la necesidad del arriendo, pese a haberse adquirido este tipo de equipos, no puede reconocerse el costo reclamado por estas OPs.²³¹

Segundo, en relación a las OPs que acreditan el pago de arriendo de sitios (lotes y demás) que tenían por finalidad capacitaciones, a falta de soportes que, entre otros aspectos, permitan acreditar los temarios y la efectiva realización de las capacitaciones, el Tribunal comparte la negativa ordenada por la interventoría.

Tercero, también se negará el reconocimiento de arriendo de lugares que tenían por finalidad realizar eventos respecto de los cuales, no se encontró que tuvieran relación directa con el proyecto²³².

Cuarto, también se negará el pago de la OP 135 – AA1-316 por concepto de alquiler y logística de la inauguración del Tramo Badillo San Juan, porque en efecto, en los soportes no obra contrato o documento que permita verificar tarifas y obligaciones, además de que ante el Tribunal no se acreditó la efectiva realización del evento.

Quinto, el Tribunal también negará el costo relacionado con numerosos soportes de las OPs²³³ reclamadas que tienen por concepto el pago de cánones de arrendamiento de apartamentos, algunos de los cuales refieren que eran para el uso de oficina de

²³⁰ Ibidem.

²³¹ Entre otras, OP 066 – TB-20

²³² Caso de la OP 072 – TB1-180

²³³ Por ejemplo, OP 653 TB1-1326, TB1-1327, TB1-1328

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

radio operadoras, pues no se evidencia la relación del pago de arrendamiento de un apartamento para uso de vivienda con los costos directos del proyecto y, si acaso dichos inmuebles fueron usados para efectos de oficina, tal situación no fue acreditada ante el Tribunal, ni tan siquiera se aportaron los contratos de arrendamiento de los referidos apartamentos que permitieran corroborar el uso dado a los mismos.

Sexto, tampoco se reconocerá la TB1-2080 de la OP 1097 y demás costos referidos que el concesionario refiere que corresponde a la oficina la Jagua, pues no se encuentra contrato o documento equivalente que de cuenta de la tarifa y obligaciones, así como de la existencia de la oficina La Jagua que ante el Tribunal no se encuentra probada.

Séptimo, sin embargo y pese a que no fue mencionado de forma expresa en el informe de interventoría, contrastado el valor global negado por cada OP de los Fondos Rotatorios, y las sumas y conceptos reclamados por la Concesionaria detallados en las explicaciones anexas a sus alegatos de clausura que encuentran soporte en las carpetas de fondos rotatorios 86 y 88 de las pruebas en medio magnético allegadas con la reforma de la demanda y en las allegadas con la exhibición de documentos ordenada por este Tribunal, se constata que dentro de las cifras rechazadas por la interventoría, se negó el pago del canon de arrendamiento de la oficina de la concesión con el pretexto de que no obraba el contrato dentro del expediente, pese a que el referido contrato si obra dentro de las pruebas aportadas, entre otras en la OP 174 - IK1-28, que da cuenta del arrendamiento de un local comercial ubicado en la calle 3 No. 19-86 suscrito entre Jorge Luis Brito y la Concesionaria el 23 de julio de 2015 que fija un canon mensual de \$8.280.000 libre de retenciones, el cual se iría reajustando anualmente.

Sin lugar a mayores consideraciones, es evidente que el canon de arrendamiento de la oficina donde tuvo domicilio principal la Concesionaria²³⁴ es un costo directo del que se encuentran las pruebas suficientes para su reconocimiento, por lo que debió ser aceptado por la interventoría y pagado por la ANI en la liquidación, de manera que el Tribunal procederá a condenar su pago.

En consecuencia, el detalle de las sumas reclamadas por la Concesionaria objeto de reconocimiento, es el siguiente:

²³⁴Según se corrobora del certificado de existencia y representación legal de la Concesionaria expedido por la Cámara de Comercio de Valledupar que obra a folios 28 a 34 del cuaderno No. 1 de pruebas.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

OP	TB	DESCRIPCIÓN SERVICIO	VALOR
172	TB1-239	Arrendamiento oficina Valledupar 2015	\$8.580.311
174	IK1-28	Arrendamiento oficina Valledupar por 5 meses de 2015 y 1 de 2016	\$49.280.000
	TB1-328	Arrendamiento oficina Valledupar 2016	\$8.580.000
274	TB1-402	Arrendamiento oficina Valledupar 2016	\$8.580.311
	TB1-496	Arrendamiento oficina Valledupar 2016	\$8.580.311
297	TB1-567	Arrendamiento oficina Valledupar 2016	\$8.580.311
320	TB1-625	Arrendamiento oficina Valledupar 2016	\$8.580.311
400	TB1-739	Arrendamiento oficina Valledupar 2016	\$9.541.305
432	TB1-868	Arrendamiento oficina Valledupar 2016	\$9.207.360
474	TB1-971	Arrendamiento oficina Valledupar 2016	\$11.067.613
532	TB1-1110	Arrendamiento oficina Valledupar 2016	\$11.067.613
593	TB1-1227	Arrendamiento oficina Valledupar 2016	\$11.067.613
653	TB1-1325	Arrendamiento oficina Valledupar 2016	\$11.067.613
724	TB1-1406	Arrendamiento oficina Valledupar 2017	\$11.067.613
724	TB1-1406	Arrendamiento oficina Valledupar 2017	\$11.067.613
762	TB1-1507	Arrendamiento oficina Valledupar 2017	\$11.067.613
837	TB1-1620	Arrendamiento oficina Valledupar 2017	\$11.354.153
896	TB1-1714	Arrendamiento oficina Valledupar 2017	\$11.354.153
966	TB1-1812	Arrendamiento oficina Valledupar 2017	\$11.354.153
1020	TB1-1915	Arrendamiento oficina Valledupar 2017	\$11.354.153
1074	EC1-282	Arrendamiento oficina Valledupar 2017	\$11.354.153
1097	EC1-293	Arrendamiento oficina Valledupar 2017	\$11.354.153
1172	EC1-297	Arrendamiento oficina Valledupar 2017	\$11.354.153
1224	EC1-306	Arrendamiento oficina Valledupar 2017	\$11.354.153
1260	EC1-313	Arrendamiento oficina Valledupar 2017	\$11.354.153
	EC1-317	Arrendamiento oficina Valledupar 2018	\$11.354.153
1331	EC1-323	Arrendamiento oficina Valledupar 2018	\$11.354.153
TOTAL ARRIENDO OFICINA OBJETO DE RECONOCIMIENTO Y CONDENA			\$321.879.194

En **segundo lugar**, la Convocante solicita el reconocimiento de los costos asociados a las adecuaciones y dotación de inmuebles (\$99.139.006). La Interventoría rechazó los demás costos relacionados con la adecuación y dotación de inmuebles. Estos costos no sólo dependían de la certificación del contrato de arrendamiento que permitiera comprobar el vínculo contractual con la concesión, sino que, además, la Interventoría “encontró que dentro de este rubro se incluye la dotación [...] de uso doméstico tal

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

como plancha, lavadora, vajilla, etc. que no guardan relación con la ejecución del proyecto"²³⁵. Si bien el contrato de arrendamiento, como se explicó previamente, está en el expediente, el Tribunal concuerda con la Interventoría en que la dotación de uso doméstico no debe ser reconocida por lo que no se otorgará el rubro en cuestión.

En **tercer lugar**, la Interventoría rechazó los costos relacionados con los gastos de alimentación²³⁶, refrigerios y auditorio por no ser costos directos asociados a la ejecución del Proyecto²³⁷.

Primero, en cuanto a los gastos relacionados con alimentación, el Tribunal no reconocerá este rubro al no encontrar argumentación alguna por parte de la Convocante que explique por qué los costos dispuestos en las OPs 066, 67, 1074, 172, 173, 274, 359, 400, 428, 432, 472, 474, 526, 532, 593, 713, 724, 762, 832, 836, 896, 966, 968, 971, 1020, 1078, 1097, 1172, 1224, 1260, 320, 587, 653, 769, 891 y 901 son costos directos asociados al Proyecto.

Segundo, el Tribunal tampoco reconocerá los gastos relacionados con refrigerios y uso de auditorio dispuestos en las OPs 172, 173, 274 y 491, a falta de certeza sobre las actividades a las que estaban asociados.

En **cuarto lugar**, la Convocante reclama los gastos ambientales estipulados en las OPs 39, 526, 530, 532, 998 y 1260. Al respecto, el Tribunal concuerda con la Interventoría en que estos gastos, al haber sido reconocidos en el componente Intervenciones Ejecutadas dentro de la modalidad de gestión ambiental, no deben certificarse dos veces²³⁸.

En **quinto lugar**, la Convocante solicita el reconocimiento de los aportes a seguridad social dispuestos en el FR 065 y las OPs 66, 171, 209, 274, 359, 532, 593, 832, 968, 976, 1153, 1309 y 1331. En el Informe de la Interventoría estos gastos no fueron reconocidos pues la Convocante no habría presentado los soportes de planillas de pago de seguridad social con sus respectivos anexos²³⁹.

²³⁵Informe de la Interventoría, pág. 275 (con respecto a la OPs 066, 067, 068, 069, 072, 0135, 0171, 0172, 0173, 0174, 0274, 0297, 0432, 0474, 0526, 0532, 0593, 1324, 653 y 891).

²³⁶ Informe de la Interventoría, pág. 275.

²³⁷ Informe de la Interventoría, pág. 280.

²³⁸ Informe de la Interventoría, pág. 277.

²³⁹ Informe de la Interventoría, págs. 277 y 278.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Primero, dentro de los argumentos presentados en los Alegatos de Clausura de la Convocante, el Tribunal no encuentra que se haya identificado el documento decretado como prueba que acredite los soportes solicitados por la Interventoría o se hubiera explicado por qué estos no serían necesarios²⁴⁰.

Segundo, se precisa que la Concesionaria no realizó una agrupación temática de los números soportes aportados que permitiera al Tribunal corroborar la acreditación idónea de los conceptos rechazados por la Interventoría, por ende, deberá soportar las consecuencias del defecto probatorio y la ausencia de una prueba técnica que analizara y clasificara debidamente los numerosos soportes de las OPs y expusiera ante el Tribunal, por qué el informe de la interventoría está errado.

Tercero, en todo caso, el Tribunal no encontró que se hubieran aportado soportes de las OPs 593 y 1331 (TB1-2460).

Cuarto, en relación con las demás OPs objeto de reclamación, se evidencia que tal y como lo señaló la Interventoría, los soportes aportados para cada OP, son insuficientes para reconocer el pago, pues si bien contienen la copia de la transferencia bancaria y la copia de planillas contentivas del consolidado pagado a las administradores de salud, pensión, riesgos y parafiscales, de estas no se verifican los nombres, salarios y novedades que dieron origen a los aportes efectuados, con lo cual no se acreditó que los referidos aportes se hubieren efectuado para cumplir con las obligaciones salariales de los trabajadores de nómina de la concesionaria y en consecuencia no se probó debidamente, que tales pagos obedecieran a costos directos del proyecto.

Para el Tribunal no es de recibo el argumento de que todos los soportes de las planillas de seguridad social eran entregados mes a mes a la Interventoría pues tal situación no se encontró probada en el expediente ni se evidencia carpeta alguna en que se hayan aportado todas las planillas de seguridad social efectivamente pagadas con el detalle de los trabajadores de la empresa.

Se desconocen los motivos por los cuales, la concesionaria se abstuvo de allegar ante el Tribunal la información completa, clasificada y detallada que ya había sido advertida como faltante por la Interventoría en relación con las planillas de seguridad social; no obstante le corresponde asumir las consecuencias de su conducta probatoria.

²⁴⁰ Ver, por ejemplo, anexos de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OP832.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Quinto, en relación con los aportes efectuados al SENA con destino al Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción- FIC, no se discute que la Concesionaria hubiera tenido que efectuar la contribución FIC por estar a cargo de los empleadores de la actividad económica de la construcción, sin embargo, el valor de la contribución depende del número de trabajadores que laboren en cada una de las obras bajo sus responsabilidad y la Concesionaria no allegó junto con los soportes del aporte realizado, detalle o relación alguna que permita corroborar los trabajadores tenidos en cuenta para efectos de realizar el referido aporte.

Así la Interventoría no contó con la información suficiente para corroborar si el aporte se efectuó en debida forma y en razón de cuantos trabajadores efectivamente a cargo.

El concesionario tampoco acredita ni rinde las explicaciones pertinentes ante este Tribunal, que permitan corroborar el detalle que dio lugar al monto del aporte y tampoco aporta prueba técnica que certifique la circunstancia. Si bien en otras OPs diferentes a las que se reclaman por este rubro, se aportan algunas liquidaciones de nómina, no se le detalla al Tribunal cuales de las que obran en el expediente podrían soportar y explicar los montos pagados para los meses de los aportes FIC que no fueron reconocidos, motivos suficientes que permiten respaldar las razones de rechazo de la Interventoría de las sumas cobradas por este concepto.

Sexto, tampoco procede el reconocimiento de los aportes a pensiones voluntarias de que trata la OP 976, pues dichos aportes se efectuaron en razón de las bonificaciones extralegales reconocidas por la Concesionaria a sus trabajadores.

Tal y como se referirá en el concepto en que se analicen los valores rechazados por concepto de nómina con cargo a los fondos rotatorios, los actos de mera liberalidad patronal no constituyen un costo directo del proyecto que pueda ser reconocido en la liquidación, sino que deben ser internalizados por quien toma esa decisión.

Dado que no procede el reconocimiento de las bonificaciones extralegales efectuadas por la Concesionaria, el pago accesorio y derivado de dicha bonificación representado en los aportes a pensiones voluntarias, tampoco puede ser reconocido siguiendo el criterio aplicado al pago que le dio origen.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Séptimo, de otra parte no es posible acceder al reconocimiento del valor reclamado frente a la OP 832 dado que aunque el soporte a que alude la TB1-1596 si da cuenta del detalle de los aportes efectuados por cada trabajador de la Concesionaria, el valor total de la planilla, así como el soporte de la transferencia bancaria corresponde a \$82.525.865, sin que se justifique por qué en la OP se registra un mayor valor y la concesionaria insista en el reembolso de ese pago en exceso, sin presentar soporte adicional que explique la razón del mismo. Así el registro contable del valor total de la OP en el patrimonio autónomo no está plenamente justificado, lo que impide el reconocimiento de las cifras reclamadas.

Por último, tampoco se reconocerá el valor reclamado por las OP 359 y 968 que hacen referencia a pagos que se afirman que fueron deducidos del salario, pues si bien se aporta la carta suscrita por el trabajador que autoriza la deducción del salario, no se especifica ni aporta la nómina efectivamente pagada a ese trabajador en que se constate la deducción hecha, lo que genera un posible riesgo de doble reconocimiento, que a falta de aclaración y precisión por quien tiene la carga de la prueba, no puede ser reconocido.

Como consecuencia de todo lo anterior, el Tribunal no reconocerá el derecho al pago de las cifras reclamadas por concepto de aportes a seguridad social.

En **sexto lugar**, el Concesionario solicita el reconocimiento de los auxilios del “Convenio Polca”. Según la Interventoría, este costo fue rechazado al no encontrar cuentas de cobro que especificaran el objeto y fecha de pago²⁴¹.

La Convocante insiste en la claridad de las facturas que componen los ítems relacionados con el rubro²⁴². Sin embargo, tras haber revisado la información aportada en las OPs 474 y 1020, el Tribunal concuerda con la Interventoría en que las mismas no especifican el objeto y fecha de pago.

En **séptimo lugar**, solicita la Convocante los gastos de combustible²⁴³. Estos gastos no fueron reconocidos por falta de soporte documental amplio y suficiente. Según la Interventoría, algunos soportes no coincidían con los gastos reportados. También

²⁴¹ Informe de la Interventoría, pág. 278.

²⁴² Anexos de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OPs 474 y 1020.

²⁴³ OPs 70, 171, 173, 174, 209, 274, 359, 474, 526, 532, 593, 724, 837, 896, 1020, 1125, 1172, 1224, 1260, 1324, 1331, 587, 653.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

encontraron facturas en periodos diferentes al desembolsado por el fondo²⁴⁴, razón por la cual no serán reconocidos por el Tribunal.

En **octavo lugar**, el Tribunal analizó los costos reclamados dentro del rubro de consulta previa. La Interventoría rechazó los gastos por servicios de hospedaje pues, según su Informe, las personas “no pertenecían al proceso que se desarrolló para la consulta previa”²⁴⁵.

La Convocante insistió en el reconocimiento de las OPs 896, 966, 976 y 891, señalando que dichos costos “son propios de acompañamiento en obra: teniendo en cuenta que corresponde a personal perteneciente a la nómina de Construcciones El Cóndor S.A.”²⁴⁶. Sin embargo, no encuentra el Tribunal prueba de la relación contractual que permita refutar las conclusiones de la Interventoría.

En **noveno lugar**, la Convocante alegó el reconocimiento de los costos por concepto de encomiendas comprendidos en las OPs 173, 209, 274, 359, 653, 724, 976, 1028, 1224 y 1324. En su momento, la Interventoría rechazó su reconocimiento señalando que “[d]entro de la revisión se pudo evidenciar que algunos destinos donde fue enviada la correspondencia NO pertenecen a sitios donde se estaba desarrollando el proyecto por lo tanto no guarda relación nexo causal con el mismo” y “no se certificó, de conformidad con la metodología adoptada”²⁴⁷.

A lo anterior, la Convocante no aportó soportes documentales que probasen la validación del requerimiento hecho por la Interventoría, limitando su exposición a mencionar la existencia del soporte de pago del envío en la correspondiente factura.²⁴⁸

En **décimo lugar**, el Tribunal no reconocerá los costos relacionados con equipos y mobiliarios. En el informe final, la Interventoría mencionó que, “se evidencia la compra de equipos y mobiliario los cuales no están dentro del acta de reversión, no presentan

²⁴⁴ Informe de la Interventoría, pág. 279 (“Por ejemplo, en el fondo rotatorio 57 tb 1 2186, el Concesionario solicitó un reembolso en el año 2017 aportando una factura del 2015 y además en algunos casos aportó vales de combustible cuya sumatoria no coincide con el valor de la factura, siendo esta última mayor a la del soporte”).

²⁴⁵ Informe de la Interventoría, pág. 280.

²⁴⁶ Anexos de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OPs 896.

²⁴⁷ Informe de la Interventoría, pág. 281.

²⁴⁸ Ver, por ejemplo, anexos de los Alegatos de la Convocante, OP 1028, en el que la Convocante señaló que “Todos los soportes fueron entregados y legalizados a Fiduciaria Bancolombia, por lo que este costo se encuentra debidamente acreditado y ha de ser reconocido. Por lo que el envío de cualquier documentación que tenga relación con el proyecto es, evidentemente, un costo relacionado con éste.”.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

*acta de activos dados de baja, y están a nombre del Concesionario*²⁴⁹, a su vez, en los alegatos de conclusión la Convocante manifestó que *"no tiene razón la Interventoría por cuanto estos equipos no eran objeto de reversión"*²⁵⁰.

Así, en línea con lo expuesto anteriormente por este Tribunal, compartimos las conclusiones de la Interventoría, en cuanto a que los bienes que no son sujeto de reversión no generan un valor a reconocer en la liquidación, dado que el concesionario conserva su uso.

El mismo concepto se aplica en relación con la reclamación que hace la Convocante frente a los insumos de que tratan las OPs 240 y 297, a los que se refieren como bienes objeto de no reversión.

En **décimo primer lugar**, los costos por gastos administrativos reclamados por la Convocante, relacionados en las OPs 68, 69, 70, 103, 064, 128, 526, 593, 976, 1020, 1324, 1331, 653 y 891 no serán reconocidos por este Tribunal, ello conforme el racionamiento hecho por la Interventoría, la cual pone de presente que, *"[e]n la revisión de este rubro, se evidenciaron pagos de eventos culturales tales como celebración día de las madres, día del padre, día del ingeniero, día de la mujer, día del niño, fiestas de fin de año"* y por ello *"se determinó que estas actividades no se certificaron puesto que no tenían relación directa con las actividades del proyecto"*²⁵¹.

En los argumentos adicionales anexos a los alegatos de conclusión, la Convocante no acreditó de manera suficiente o convincente frente al Tribunal cuales eran los soportes que validaban el nexo causal entre los distintos eventos realizados, relacionados en las OPs y el objeto del proyecto²⁵².

En **décimo segundo lugar**, los costos por gastos de representación sobre los que insiste la Convocante, relacionados en las OPs 68, 171, 274, 359, 471, 526, 532, 593, 724, 896, 1020, 1125, 1331 y 653 fueron rechazados por la Interventoría, bajo el argumento que

²⁴⁹ Informe de Interventoría, pág. 282.

²⁵⁰ Ver, por ejemplo, anexos de los Alegatos de la Convocante, OP 67.

²⁵¹ Informe de Interventoría, pág. 282 y 283.

²⁵² Así, por ejemplo, como soporte de la OP 653 -Presentación Show Fin de Año-, la Convocante puso de presente que éste *"Corresponde a (sic) presentación para amenizar la fiesta de navidad y fin de año de 2016 para el personal de la Concesión, Adicionalmente, la Interventoría no le asiste razón al objetar este costo por no tener relación con el Proyecto, ya que, si tiene relación al tratarse de una actividad para el mejoramiento del clima laboral, no se trata de una celebración inmotivada, por el contrario, es propio de las organizaciones publicas o privadas, y tiene relación directa con el Proyecto, pues benefició a sus empleados directamente"*.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

no guardan relación con las actividades del proyecto, de manera que no tienen nexo causal con el mismo.²⁵³

Si bien, en los alegatos se evidencia que algunos gastos de representación hacen referencia a actividades de socialización con comunidades, los soportes no dan cuenta de que socialización concreta se efectuó que tenga relación con el proyecto, no se evidencia soporte de que la misma se haya realizado y menos aún por la persona a la que aluden los comprobantes contables de soporte²⁵⁴, de manera no existiendo pruebas suficientes para el reconocimiento, se procede al rechazo.

Los demás gastos de representación aluden a gastos de alimentación o de reuniones llevadas a cabo en un hotel, que la concesionaria afirma que se efectuaron por atenciones a la gerencia técnica por reuniones del proyecto o demás reuniones con la ANI. Dado que los comprobantes obedecen a facturas de restaurantes u hoteles²⁵⁵, pero no permiten establecer la conexidad con las reuniones a las que se refiere la Concesión, no se desvirtúan las razones de rechazo de la Interventoría pues no está probada la relación de dichos gastos con el proyecto.

En **décimo tercer lugar**, los costos de gastos de viaje²⁵⁶ y los de hospedaje²⁵⁷ no serán reconocidos por el Tribunal, ello debido a la carencia de suficiencia en los soportes aportados por la Convocante, tanto en los requerimientos hechos por la Interventoría, como en los anexos adjuntos a los alegatos de conclusión, que el Tribunal aclara que están referidos a pruebas obrantes en el expediente por haber sido pedidas decretadas y practicadas en las oportunidades probatorias, sin que el alegato de cierre sea momento para aportar elementos de convicción.

El Tribunal ha cotejado los argumentos anexos de los alegatos de conclusión con material probatorio debidamente incorporado y ha tomado en cuenta la alegación, sin que la misma soporte las OPs que no fueron reconocidas por la Interventoría por la falta de conexidad del gasto con el proyecto.

²⁵³ Informe de Interventoría, pág. 283.

²⁵⁴ Así se evidencia de las TB1 – 89, y 441 que aluden a socialización con la comunidad, pero no se especifica con cual ni se allegan soportes que acrediten la realización de la misma.

²⁵⁵ Así se evidencia de las TB1 – 441, 1752, 1927 entre otras.

²⁵⁶ Informe de la Interventoría, pág. 285.

²⁵⁷ Informe de la Interventoría, pág. 287.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

La Convocante no logró validar la relación de los costos vinculados a las OPs 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 102, 103, 171, 172, 173, 180, 173, 209, 274, 320, 359, 400, 428, 432, 471, 474, 526, 532, 587, 593, 653, 724, 762, 891, 968, 971, 976, 1028, 1074, 1097, 1172, 1224, 1291 y 1324 por conceptos de viajes y hospedaje.

Todas las OPs en mención, carecen de soportes que validen la relación entre los usuarios de los viajes y hospedaje y la razón de su desplazamiento con el desarrollo del Proyecto.

En **décimo cuarto lugar**, la Convocante solicitó el reconocimiento de los gastos por hidratación. Estos costos fueron rechazados por la Interventoría principalmente por (i) inconsistencias en la sumatoria de los valores frente a lo facturado y (ii) ausencia de soportes documentales legibles²⁵⁸. Tras la revisión de las pruebas mencionadas por la Convocante en sus Alegatos de Clausura, no encuentra este Panel probado un error en el Informe de la Interventoría²⁵⁹.

En **décimo quinto lugar**, se reclama el reconocimiento de las OP 67 y 209 por concepto de honorarios a Gustavo Adolfo Robledo y Diana Luz Consuegra. Contrario a lo afirmado por la Convocante en sus alegatos no obra soporte de las TB1-35 y TB1-356 que permitan reconocer los costos. En lo que atañe a los soportes de la TB1-60 se recuerda que la Interventoría no niega el reconocimiento de las OPs por reprochar la inasistencia de Gustavo Robledo a las sesiones de la junta directiva del año 2015 o los soportes que acreditan el pago, sino que alude a la falta de autorización para negar el pago de dichos honorarios, lo cual no es controvertido por el Concesionario pues no acredita que antes del 2 de febrero de 2016 se hubiese obtenido autorización de la junta para proceder al reconocimiento de honorarios a favor del citado señor, tampoco aporta el Acta No. 7 de la Asamblea General de Accionistas, ni alega o acredita que con dicha autorización de la Asamblea se haya autorizado el pago retroactivo de honorarios, de allí que no se acceda al reconocimiento de estos valores.

En lo que atañe a la negativa sobre Diana Luz Consuegra si bien no se evidencia el soporte de la OP, se reitera que no se cuenta con algún insumo de las actividades realizadas, lo que impide conocer la cantidad de conteos o su duración, lo que afianza

²⁵⁸ Informe de la Interventoría, pág. 286.

²⁵⁹ Ver, por ejemplo, anexos de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OPs 171 donde la Convocante se limitó a señalar que los documentos ilegibles correspondían a otros costos sin indicar cuáles.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

la negativa al pago de sumas reclamadas por concepto de honorarios en el rubro de Fondos Rotatorios.

En **décimo sexto lugar**, se reclama el reconocimiento de los costos legales, que agrupan el cobro de comparendos que *“desde el punto de vista de la Interventoría deberían ser asumidos por quien cometió la infracción, razón por lo cual se determinó que estos gastos no tienen un nexo causal con el proyecto y no impedían el normal desarrollo del mismo”*²⁶⁰, además, otros aspectos agrupados bajo este concepto corresponden al cobro de trámites ante las Cámaras de Comercio de Bogotá, Medellín y Valledupar que la Interventoría niega en tanto no existe prueba del trámite efectuado.

En relación con este punto, ni en las carpetas 86 y 88 de las pruebas aportadas en la reforma de la demanda, ni en las pruebas allegadas con la exhibición documental, se encontraron TB u otros soportes de los comparendos impuestos ni pruebas que permitan corroborar que debían ser asumidos por la Concesión; en lo que atañe a los tramites ante diferentes Cámaras de Comercio, los soportes dan cuenta del giro monetario a particulares para la realización de diversos trámites ante estas entidades, mas no se corroboran facturas o soportes de los tramites efectuados²⁶¹. En consecuencia, no encontrándose acreditados los soportes necesarios para el reconocimiento de este concepto, el Tribunal comparte la negativa de la Interventoría.

En **décimo séptimo lugar**, la Convocante reclama el reconocimiento de \$59.801.504 como costos de mantenimiento. En sus Alegatos de Clausura, el concesionario reprocha las conclusiones de la Interventoría, quien alega que las diferentes OPs no habrían sido reconocidas por *“ausencia de algunos soportes documentales”*²⁶². Sin embargo, de los alegatos presentados por la Convocante no encuentra el Tribunal certeza de que la Interventoría errara en su análisis.

²⁶⁰Informe de la Interventoría, pág. 288.

²⁶¹Por ejemplo, en la TB1-901 se evidencia el giro de \$1.600.000 a Armando Cuello y una factura de soporte de la Cámara de Comercio de Valledupar por \$1.536.000. El restante sin factura en cuantía de \$64.000 corresponde al monto no reconocido sobre el que insiste la Concesión, sin que exista prueba que soporte que dicho valor se haya usado para algún trámite concreto. A su turno, las III-39, TB1-535, BB1-2393, entre otras, no dan cuenta de facturas o documentos equivalentes expedidos por las respectivas Cámaras de Comercio, que den cuenta del trámite efectuado o de su costo.

²⁶² Informe de la Interventoría, pág. 289.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En **décimo octavo lugar**, la Interventoría negó el pago parcial de OPs por concepto de nómina en cuantía de \$1.010.930.185 entre otras razones enunciativas porque *“realizada la revisión a los gastos de nómina se pudo constatar bonificaciones que no son una obligación de ley sino que normalmente son entregadas por las empresas con base en sus utilidades, pero que no tenían relación directa con las actividades del proyecto. Algunas nóminas no se acompañaron con la respectiva planilla de liquidación de nómina donde se discrimina el detalle del pago. Por otra parte, los gastos en salario por el Señor Carlos Rosado fueron reconocidos en el componente ambiental del Contrato EPC, y los mismos fueron excluidos de los fondos rotatorios, para evitar un doble reconocimiento.”*²⁶³

Primero, se evidencia que en efecto numerosas OPs reclamadas por el concepto de nómina obedecen a bonificaciones especiales o prestaciones sociales adicionales a las exigidas por la ley²⁶⁴. El pago de estas prestaciones adicionales corresponde a una decisión administrativa del resorte de la Concesión que debe ser internalizada por la misma y no cargada a la liquidación del contrato para ser reembolsada por la entidad estatal. Los actos de mera liberalidad patronal no pueden ser sufragados por el proyecto pues no se puede ser generoso con el recurso ajeno.

Segundo, la argumentación de la Concesionaria para reclamar los demás valores negados por concepto de nómina es que *“en el soporte contable reposa el valor de todos los comprobantes de nómina ... con todos sus componentes: salarios y prestaciones, detallando para cada empleado las retenciones efectuadas, posiblemente la Interventoría solo reconoció el valor neto pagado, lo cual es un error en tanto para la Concesión el costo lo configuran todos los componentes laborales. En este sentido, solicitamos se reconozca integralmente el valor dejado de pagar”*, argumento que se repite frente a la gran mayoría de las OPs objeto de reclamación por este concepto.

Revisados algunos de los soportes referidos a nómina, se evidencia que en efecto el valor reconocido coincide con el valor neto.

Con ocasión de otro de los conceptos reclamados por el rubro de Fondos Rotatorios, esto es el concepto de aportes a seguridad social, el Tribunal evidencia que el valor a seguridad social era registrado en OPs independientes y atendiendo a los soportes de

²⁶³ Informe de la Interventoría, pág. 290.

²⁶⁴ OP 656 entre otras.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

las planillas efectivamente pagadas, razón por la cual no se han reconocido los descuentos realizados en las liquidaciones de nómina a cada trabajador, pues se hubiese podido incurrir en un reconocimiento doble a la Concesionaria, tanto en el reembolso del descuento efectuado al trabajador, como en el reembolso de los pagos efectuados por concepto de planillas a seguridad social.

Si eventualmente, para los casos reclamados, los pagos de las planillas sólo fueron reconocidos en relación con el aporte que por ley corresponde al empleador y el aporte obligatorio que corresponde al trabajador se reconoce con el pago de la nómina, es una situación que no fue explicada ni acreditada por la Concesionaria, de manera que no es posible acceder al reconocimiento.

Adicionalmente, si la diferencia entre el valor que consta en la liquidación de nómina y el valor efectivamente pagado, obedece a alguna deducción aprobada por el trabajador, la concesionaria no precisa cuales son las deducciones, ni acredita sus conceptos que las mismas estén expresamente autorizadas y el pago efectuado en razón de esa deducción.

Bajo el concepto de aportes, se analizaron algunas OPs que pretendían expresamente el reembolso del pago efectuado con ocasión de las deducciones salariales efectuadas. El Tribunal desconoce si la metodología en el reconocimiento de estos rubros, se efectuaba reconociendo el pago efectuado con la deducción o con cargo al pago de la nómina, la ausencia de prueba técnica y de explicación y soportes de tales circunstancias, impiden al Tribunal reconocer la diferencia, por riesgo de un reconocimiento doble.

De otra parte, de acuerdo a las disposiciones tributarias, el Tribunal considera, como se expondrá bajo el concepto de retención, que el descuento de este valor debe efectuarse por el empleador en la nómina y que no debe ser reconocido contra el pago de la declaración de impuesto de retención en la fuente, de allí que en principio, habría lugar al reconocimiento de las deducciones efectuadas para cada trabajador por este tipo de deducciones; sin embargo, la Concesionaria es de la tesis que las declaraciones de retención deben serle pagadas, así las cosas, dado que el único valor rechazado por retención de salarios obedece al año 2015, este Tribunal desconoce si para los restantes años la Interventoría sí reconoció el valor y de allí que no se hayan suscitado reclamos por la Concesión.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En todo caso, la concesionaria no cumple la carga probatoria y argumental de desagregar el valor que tendría que serle reconocido únicamente por retenciones salariales, de allí que no se acceda al reconocimiento de estos valores en tanto que el Tribunal de Arbitramento decide en derecho sobre la prueba aportada sin que este en la obligación de realizar ejercicio de desagregación y sumas matemáticas de los distintos conceptos y valores que se relacionan en los soportes de liquidación de nómina.

Para poder el Tribunal de Arbitramento acceder al reconocimiento, la parte actora debía de haber soportado su pretensión en la prueba técnica de discriminación de conceptos y suma de los mismos frente a cada uno de los soportes de liquidación de la nómina. Al no haber satisfecho la carga de la prueba, el Tribunal está en imposibilidad de acceder a la pretensión.

Tercero, la Interventoría rechaza parcialmente el pago de algunas OPs cuyos soportes permiten corroborar que si bien el comprobante de liquidación de la nómina por centro de costos contiene un valor, la transferencia bancaria que corrobora el pago no suma la totalidad consignada en la liquidación correspondiente. Al haberse encontrado OPs que no contienen soporte de la transferencia por el valor neto total de la liquidación de la nómina, no se reconocerá el valor reclamado por este rubro.

Cuarto, no es cierto que la concesionaria haya aportado todos los soportes de las OPs que reclama²⁶⁵, toda vez que no se encontraron los mismos en las carpetas 86 y 88 de las pruebas en medio magnético aportadas con la reforma de la demanda y en la carpeta de fondos rotatorios aportados con la exhibición de documentos.

Quinto, tampoco es cierto que todos los soportes contengan el soporte idóneo de liquidación de nómina, que permitan conocer los conceptos y valores a favor de cada trabajador que dan origen a pago de allí que no se reconozcan los valores reclamados en estas circunstancias²⁶⁶.

²⁶⁵ OP 173, OP 209 (TB1-376), OP 1324 (TB1-2456), OP 1331 (TB1-2482) entre otros tantas que en los anexos de los alegatos se afirman que obran en el expediente, pero buscadas las mismas no fueron encontradas. En todo caso se precisa que no existe prueba técnica que haya clasificado de forma idónea y bajo conceptos, los soportes que acreditan los mismos, por lo que le corresponde al concesionario correr con las consecuencias de las deficiencias probatorias que impidieron al Tribunal ubicar los soportes probatorios en que se fundan sus pretensiones.

²⁶⁶ En varios casos únicamente se aportaron como comprobantes las preliquidaciones, mas no las liquidaciones definitivas, u otra clase de soportes a mano que carecen de detalle o idoneidad suficiente, sin que exista prueba técnica que respalde la idoneidad de los mismos.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Sexto, adicionalmente, en algunos casos solamente es aportado como soporte el comprobante de liquidación de la nómina mas no la transferencia bancaria que acredite que el pago se haya efectuado, lo que se suma a las razones que apoyan la negativa de la Interventoría en el reconocimiento de las cifras reclamadas²⁶⁷.

Séptimo, sin embargo, si se encontraron soportes de algunas OP a los que se anexaron las planillas de liquidación de nómina y el comprobante de la transferencia bancaria que acredita el valor neto efectivamente pagado, las cuales serán reconocidas por el Tribunal.

Los valores a reconocer se detallan a continuación:

OP	TB	Concepto	VALOR
172	TB1-274	Nómina operativa del 16 al 31 de enero de 2016	\$80.939.405
174	TB1-322	Nómina administrativa del 1 al 15 de febrero de 2016	\$55.797.654
209	TB1-346	Nómina operativa del 16 al 29 de febrero de 2016	\$61.705.192
295	TB1-457	Nómina operativa del 1 al 15 de abril de 2016	\$47.239.614 ²⁶⁸
530	TB1-1094	Nómina operativa del 16 al 30 de septiembre de 2016	\$70.048.199
532	TB1-1128		\$49.414.797
TOTAL A RECONOCER POR CONCEPTO DE NÓMINAS CON SOPORTES COMPLETOS			\$365.144.861

Se reitera que el Tribunal revisó y encontró dentro de las pruebas aportadas al proceso los soportes de OPS por concepto de nómina previamente antes detalladas que no habían sido reconocidos por la Interventoría, no obstante si alguna OP con parámetros

²⁶⁷ Caso de la OP 174 (TB1-325), entre otras.

²⁶⁸ La OP 295 que corresponde al Fondo Rotatorio No. 20 por valor total de \$375.625.952 fue reconocida en un 87,42%, quedando pendiente de reconocimiento la cifra de \$47.239.614. Si bien la TB1-457 rechazada de esa OP tiene por valor neto \$53.044.513, se reconocerá el valor referido en el informe de interventoría, que coincide con el pedido por el Concesionario en los anexos de sus alegatos - OP 209.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

similares no fue identificada por el Tribunal, tal circunstancia obedece a que la Concesionaria no realizó una agrupación temática de sus soportes que permitiera al Tribunal corroborar la totalidad de comprobantes que acrediten el reconocimiento sobre este concepto, por ende, deberá cargar con las consecuencias del defecto probatorio y la ausencia de una prueba técnica que analizara y clasificara debidamente los numerosos soportes de las OPs relacionados con este concepto.

En **décimo noveno lugar**, la interventoría negó el reconocimiento de gastos de papelería a que se refieren las OPs 066, 0135, 0173, 274, 0359, 0593 y 1324 por falta de soporte documental para validar algunos gastos, adicional a que respecto de otros no se probó el nexo causal con el proyecto.

El concesionario acusa que la interventoría no hizo una revisión minuciosa de los costos de papelería.

Para el caso de los costos de papelería se evidencia que varias de las OPs cuyos soporte dicen haberse adjuntado no obran en el expediente²⁶⁹, en otros casos el mismo concesionario reconoce que no tiene soporte de las mismas²⁷⁰, otros tantos soportes evidencian que el gasto corresponde a aspectos que no tienen relación directa con el proyecto²⁷¹ y otros soportes permiten evidenciar que valor cobrado no solo no está soportado con la totalidad de facturas allegadas, sino que tampoco coincide con el valor girado electrónicamente²⁷², sin que exista justificación de la concesionaria para las diferencias, razón por la cual no es posible acceder al reconocimiento, máxime cuando, se insiste, que el Concesionario no aportó ni solicitó el decreto de prueba técnica idónea que sustente sus reclamos, en la cual se efectúe una evaluación detallada de la numerosa documentación de soporte de fondos rotatorios y en general del componente de operación y mantenimiento, con que se desvirtúe el concepto técnico de la interventoría.

En **vigésimo lugar**, los costos por parqueaderos relacionados en las OPs 432, 1324, 320 y 653 no serán reconocidos por el Tribunal. Estos gastos no contaron con el suficiente

²⁶⁹ Caso de las TB1-7, TB1-92, TB1-1259, OP 1324, entre otras.

²⁷⁰ OP135 a nombre de Omaira Almería Quiroz

²⁷¹ Kit de mándalas, que no constituyen un costo directo del proyecto, sino a obsequios corporativos a diferentes grupos de interés, según lo reconoce el mismo concesionario.

²⁷² OP 274 – TB1-508

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

soporte que los validara, ello por no encontrar congruencia entre el soporte aportado y el gasto causado²⁷³.

La Convocante contraría el informe de la Interventoría señalando que ésta no tiene la razón *"en los documentos soportes que constan en la legalización del fondo rotatorio consta el comprobante de pago por parte de Bancolombia y la relación de todos los suministros de combustibles, así como todas y cada una de las facturas de venta del proveedor en el que se detalla el valor, la cantidad por tipo de combustible y la fecha de suministro²⁷⁴"*. No obstante, los soportes presentados no resultan suficientes para su validación.

En **vigésimo primer lugar**, la carencia e inexactitud en los soportes son el motivo por el que no se reconocerán los costos de peajes cobrado por la Convocante, no se detalló cuáles eran los soportes de validación de los conceptos de cobro en la OPs 66, 67, 68, 320, 359, 400, 428, 474, 526, 532, 971, 1028, 1291 y 1324²⁷⁵.

En **vigésimo segundo lugar**, el Tribunal no concederá los gastos relacionados con la gestión predial dentro de los costos relacionados con los Fondos Rotatorios. Tal como lo señaló la Interventoría, las OP 428, 968 y 1153 corresponden a gastos relacionados con el Contrato EPC, por lo cual, de reconocerlos dentro del rubro de Fondos Rotatorios, habría un doble pago²⁷⁶.

En **vigésimo tercer lugar**, se negó el pago de OPs contentivas de costos por publicidad *"por ausencia de soporte documental, porque no se encuentra cuenta de cobro o factura"*²⁷⁷

En efecto, revisadas las OP 069, 172 Y 1078 no es cierto que las TB1-113, TB1-266 y TB1-62 se encuentren dentro de los soportes de Fondos rotatorios allegados con la reforma de la demanda o con la exhibición de documentos, de otra parte el soporte TB1-1459 de la OP 724 evidencia que el costo obedece a tarjetas de navidad, lo que a criterio del Tribunal no constituye un costo directo que pueda cargarse a la liquidación sino a una decisión de gobierno administrativo que debe asumir el concesionario.

²⁷³ Así, por ejemplo, en las OPs 432, 653, 1324.

²⁷⁴ Anexo de los Alegatos de Clausura, OP 171.

²⁷⁵ Informe de la Interventoría, pág. 293.

²⁷⁶ Informe de la Interventoría, pág. 293.

²⁷⁷ Informe de la Interventoría, pág. 294.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Por último, el soporte TB1-1497 de la OP 891 contiene facturas con conceptos de publicidad por \$220.000, sin embargo, la transferencia de pago se efectuó por \$230.000, de manera que la diferencia de \$10.000 constituye el costo sobre el que insiste la Concesionaria, sin que cuente con soporte alguno, de manera que el Tribunal comparte plenamente las razones de rechazo referidas por la interventoría.

En **vigésimo cuarto lugar**, la interventoría se negó el pago de numerosas OPs por concepto de reembolsos de caja menor señalando que *“faltan soportes documentales porque no se encuentra cuenta de cobro o factura, las facturas que se entregaron no venían a nombre del concesionario y en algunos casos eran ilegibles, en el pago de alimentación se presentaron recibos de caja, estos deberían ser facturas con información del sitio donde se prestó el servicio”*²⁷⁸ a lo que la Concesionaria refiere que se confunde el reembolso de varios conceptos de pago que consta en los soportes de facturas y cuenta de cobros, con la nómina de algunos trabajadores y en otros casos que no se da justificación suficiente para el rechazo, además de que la legalización de la caja menor se acompaña relación de los costos directos de la sociedad y cada uno de los soportes de los mismos.

Revisados los soportes allegados al expediente en relación con los reembolsos de caja menor, se evidencia que la interventoría realizó un reconocimiento parcial de los mismos tras la revisión de los numerosos soportes, atendiendo a aquellos que fuesen legibles y que a juicio del interventor si tuviesen relación con el proyecto. El concesionario reclama el restante de los reembolsos de caja no reconocidos, no obstante, no prueba. En efecto este Tribunal corrobora que no existen soportes de numerosos ítems enlistados en los reembolsos de caja menor o que algunos obedecen a gastos de alimentos y otros conceptos, de los cuales no se tiene soporte sobre la justificación de su relación con el proyecto.

La Concesionaria, no solo no allega prueba técnica idónea que permita refutar fundadamente las resultados de la auditoria efectuada por la interventoría sobre estos soportes, sino que además realiza afirmaciones genéricas sobre la existencia de soportes sin explicar la ausencia de la totalidad de los costos enlistados en los reembolsos de caja, allegar los soportes pendientes que no tuvo a la vista la interventoría y argumentar razonadamente porque tales costos si deben reconocerse. Así, la Concesionaria no cumple con la carga de la prueba que le corresponde, con

²⁷⁸Informe de la Interventoría, pág. 294.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

lo cual este Tribunal no encuentra que se haya desdicho el informe técnico de la interventoría y por ende no se acceda al reconocimiento de las cifras cobradas.

En **vigésimo quinto lugar**, la Interventoría niega el pago de la retención en la fuente pagada a través de la OP 171 en valor de \$39.566.998 sobre la que insiste la Concesionaria señalando que *“se trata de la liquidación oficial que ante la Autoridad Tributaria – DIAN, hizo la sociedad concesionaria, lo cual consta que es un costo que efectivamente se causó para la Concesión, en este sentido, no es competencia de la Interventoría objetar la liquidación y mucho menos su reconocimiento, en tanto hay constancia que para la Concesión este se constituyó en un costo que tiene soporte”*²⁷⁹.

El Tribunal no reconocerá el costo rechazado por la Interventoría dado que está fundado en una posición no soportada de la Concesionaria que desconoce las obligaciones de un agente retenedor, pues este no asume el costo del impuesto, sino que funge como recaudador del mismo.

Trátase de salarios o retenciones por concepto de compras u otros servicios, la suma retenida debe ser descontada del pago que la Concesionaria realiza al trabajador o tercero que funge como sujeto pasivo de la retención, de allí que no deban ser asumidas por la Concesionaria y menos aún cobradas en la liquidación. Si la Concesionaria incumplió alguna obligación como agente de retención o no realizó el descuento oportuno a sus trabajadores no es un asunto que puede hacer parte de las sumas que debe reconocer la ANI, pues el error debe ser asumido exclusivamente por el Concesionario. Si se presentó alguna omisión o situación extraordinaria, la misma no es sustentada ni explicada por la Convocante.

En consecuencia, no se accede al reconocimiento del valor reclamado por concepto de retención a favor de la Convocante.

En **vigésimo sexto lugar**, la Interventoría negó el reconocimiento de los Fondos Rotatorios 65 y 66 y de las OPs 067, 069, 072, 102, 171, 173, 400, 428, 713, 400, 428, 713, 400, 428, 713, 762, 968, 971, 1020, 1028, 1097, 1153, 1172, 1309, 1324, 1331, 320, 653 del concepto de seguros, atendiendo principalmente a 3 razones:

²⁷⁹Informe de la Interventoría, pág. 299.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

- *“al parecer el concesionario cancelaba el valor de las pólizas que tomaban sus proveedores, y a su vez los descontaba del primer pago que se realizaba a su proveedor, por lo cual después de esta revisión se comprobó que este gasto ya había sido reconocido dentro del componente de operación y mantenimiento, de manera que no se reconoce en fondos rotatorios para evitar un doble pago”.*
- *De otra parte, que “El Proyecto tenía unas pólizas contractuales que otorgaban una cobertura completa a los riesgos. A pesar de esto, reportan pagos de pólizas por aseguramiento de maquinaria y todo riesgo que eran adicionales y no se encuentra justificación de su necesidad. En materia de pólizas la fórmula de liquidación pide reconocer las contractuales, y sus pagos se reconocen dentro del componente de pólizas contractuales. Por lo anterior no se certifican las adicionales.”*
- *Adicionalmente, “También se ve reflejado el pago de pólizas de seguros de vida a los empleados, cuando existía una póliza contractual de RCE, y además los empleados contaban con cobertura en riesgos laborales. Se determina que es un beneficio adicional que no tiene nexo causal con el proyecto y que si no se contaba con ésta, no se afectaba el desarrollo del Proyecto”.*

Primero, la concesionaria reconoce que varias de las OPs reclamadas corresponden a una póliza de cobertura empresarial y de vida para los empleados de la sociedad, diferentes a las pólizas reconocidas en el componente de pólizas de la fórmula de liquidación.

Según la Concesionaria con estas pólizas adicionales se cumple el requerimiento contractual de asegurar a los trabajadores. La concesionaria no demuestra cual es la cláusula contractual que lo obliga a contar con este tipo de pólizas, ni desvirtúa de forma probada las afirmaciones de la Interventoría según las cuales dichas pólizas no pueden reconocerse porque no son obligatorias de acuerdo con el contrato y los trabajadores contaban con otras coberturas mínimas.

Así las cosas, el concesionario reconoce que se tratan de coberturas adicionales que pese a que la concesionaria considera que constituyen un costo directo del proyecto, no lo son. El Tribunal no encontró cláusula dentro del Contrato de Concesión que obligue a la Concesión a contar con cobertura empresarial y seguro de vida a favor

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

de los trabajadores, por el contrario, este Tribunal es del criterio que las pólizas no reconocidas obedecen a una decisión administrativa del resorte de la Concesionaria, que si bien esta en la libertad de tomar, no puede cargarse a la liquidación, pues el rubro de pólizas a reconocer por el Contrato 006 de 2015 son las exigidas por el mismo, de allí que se esté de acuerdo con el rechazo de la Interventoría.

Segundo, con el mismo argumento se rechazará el pago de las primas de pólizas que el Concesionario reconoce que obedecen a una póliza multirriesgo empresarial que incluye la cobertura de equipos fijos y móviles de la Concesión, pues se trata de una póliza diferente a las reconocidas en el componente de Pólizas del contrato de Concesión, de allí que sea del resorte del Concesionario asumir el costo de sus decisiones administrativas que no constituyen costos directos del proyecto.

Tercero, también se solicita reconocer el pago de la prima de la póliza de cumplimiento del contrato No. 2021650 que cuenta con el soporte TB1-2547. El Tribunal no encuentra explicación para que se esté cobrando una prima asociada a la póliza de cumplimiento del contrato dentro del rubro de Fondos Rotatorios. Los costos asociados a dicha póliza han sido remunerados en el rubro de pólizas, según se evidencia en la pestaña 1. Pólizas contractuales, fila 6, por ende, no se reconoce el pago.

Cuarto, en relación con la póliza a que se hace referencia en el Fondo Rotatorio 66, la concesionaria acepta que no cuenta con el soporte de la póliza ni de la prima correspondiente, pero insiste en su reconocimiento porque la misma hace parte del aseguramiento obligatorio de vehículos y en el expediente obra el soporte de expedición de la póliza y cada una de sus modificaciones. Para el Tribunal, es comprensible que la Interventoría no aceptara el pago de la prima de la extensión temporal de la póliza hasta el 28 de febrero de 2018, pues no contó con el comprobante que acreditara la extensión de la misma ni el soporte de pago de la prima. La Concesión pudo haber aportado ante este Tribunal dicho soporte; no lo hizo, de allí que deba soportar las consecuencias de no haber cumplido con la carga de la prueba.

Quinto, la Interventoría se abstuvo de reconocer costos asociados de pólizas a nombre de Construcciones El Cóndor, lo que el Concesionario pretende justificar argumentando que para la época de la causación de los costos, la Concesión estaba recién constituida por lo cual los vehículos afectados al servicio de la Concesión y

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

obtenidos por Leasing fueron inicialmente adquiridos por Construcciones El Cóndor y luego traspasados a la Concesión. El Tribunal desconoce si mientras los vehículos estuvieron a nombre de Construcciones El Cóndor, los mismos fueron usados en la Concesión y bajo el presupuesto que así haya sido, tal circunstancia no implica per se, que deba asumirse el pago de las primas de los mismos. Otras figuras jurídicas pudieron usarse a efectos de que Construcciones El Candor se viera remunerado por permitir el uso de vehículos a su nombre, en favor de la Concesión, lo que no implica que las pólizas de tales vehículos deban ser pagadas por la Concesión, en el entretanto en que los referidos vehículos no hicieron parte de su propiedad.

Sexto, dentro del informe de la Interventoría se negó el valor de la OP 171 que tiene por soporte la TB1-244, que no obedece a un costo asociado a un seguro, sino a una licencia de software para el funcionamiento de herramientas en valor de la concesión, no obstante, el Tribunal no reconocerá su valor, pues el soporte no da cuenta de la utilidad y relación directa con el proyecto, además de ser un activo no sujeto a reversión del que se desconocen sus características, tiempo de licenciamiento y si ha sido dado de baja por la Concesión.

Séptimo, por lo demás, el Tribunal no encontró soportes de las OP 102 (TB1-200 Y TB1-203), OP 1020 (TB1-1936) entre otras, ni encontró argumentos suficientes que permitieran corroborar que otras de las pólizas negadas por la Interventoría constituyen costos directos del proyecto que no haciendo parte del rubro de pólizas contractuales, eran objeto de reconocimiento. El concesionario realiza argumentaciones genéricas sin análisis concreto de la prueba que sustenta su posición, por lo que a falta de prueba técnica que permita corroborar sus dichos, tales costos no le pueden ser reconocidos.

En **vigésimo séptimo lugar**, la Interventoría rechazó el reconocimiento de costos asociados a servicios, dentro del que menciona que se encontraron pagos de servicios públicos de energía de los apartamentos ubicados en edificio de uso residencial, de manera que no se reconocen. Adicionalmente, que para el periodo en el cual se cobran un servicio de grúa, el Concesionario ya contaba con varias grúas en la modalidad de leasing, de manera que el concesionario ya poseía los equipos para cubrir el servicio.

Primero, se precisa que no se reconocerá el servicio de grúa y otra maquinaria cobrado en algunas OPs, dado que los soportes no explican la necesidad del servicio,

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

en tanto la Interventoría reseñó que el Concesionario contaba con esos equipos y dicho argumento no fue desvirtuado por el Concesionario.

Segundo, tampoco se reconocerán otros servicios tales como el servicio de aseo de oficina de que da cuenta el soporte el TB1-1928 dado que no se encuentra soporte de documento alguno que verifique la relación contractual, además de que no se cuenta con certeza de si la Concesionaria contaba con trabajadores que llevaran a cabo esas actividades.

Tercero, en todo caso, el Tribunal reconocerá parcialmente este rubro, por encontrar que varios de valores negados están asociados al servicio público de energía eléctrica de la oficina del Concesionario en Valledupar, sobre la cual si obra el contrato de arrendamiento, siendo importante precisar que con ello no se está reconociendo el pago de servicio de energía de apartamentos ubicados en la misma dirección del inmueble, pues el Concesionario no allegó los contratos de dichos apartamentos, ni acreditó si en ellos se estaba dando el uso comercial de oficina.

Se reitera que la Concesionaria no realizó una agrupación temática de los comprobantes que permitiera al Tribunal corroborar la totalidad de soportes que acrediten el reconocimiento sobre este concepto, por ende deberá cargar con las consecuencias del defecto probatorio y la ausencia de una prueba técnica que analizara y clasificara debidamente los numerosos soportes de las OPs.

No obstante, el Tribunal encontró algunos soportes de las OPs rechazadas²⁸⁰ en este rubro, que contienen el detalle de la factura que permite constatar la dirección de la oficina donde funciona la Concesionaria, por lo que procederá a reconocer por concepto del servicio de energía eléctrica las sumas que se detallan a continuación:

OP	TB	VALOR
067	EC1-57	\$3.773.200
070	TB1-129	4.547.660
172	TB1-249	5.745.090
173	TB1-303	\$5.614.170
209	TB1-365	\$5.697.610
274	TB1-448	\$6.259.270

²⁸⁰ Por ejemplo, no se encontró soporte de la TB1-1250 y 2467

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

297	TB1-524	\$6.176.870
359	TB1-637	\$6.509.380
400	TB1-761	\$5.482.510
432	TB1-882	\$5.360.750
896	TB1-1735	\$2.201.560
1020	TB1-1918	\$3.900.510
1331	TB1-2467	\$3.712.470
TOTAL A RECONOCER POR ENERGIA ELECTRICA DE OFICINA DE VALLEDUPAR		\$61.207.850

Finalmente, no se reconocerán los costos por transporte reclamados por la Convocante, ello debido a que, como se desprende del informe final de la Interventoría "Dentro de este rubro encontramos el pago de transporte por concepto de descanso compensatorio para personal de nómina; se solicitó en su momento al concesionario copia de contratos de los empleados para verificar si se encontraba dentro de las políticas para su contratación, no fue entregada la información para ser validada y se determinó que estos tipos de gastos no tienen nexo causal con el proyecto y no impide que si no se generan afecten el desarrollo del proyecto²⁸¹".

Al respecto, no se evidencia una clasificación y aporte de los soportes requeridos por la Interventoría que generaron el rechazo en el pago de las cifras solicitadas, ni se encontraron soportes que respalden la solicitud de la Concesionaria y resulten pertinentes para demostrarlo y validar su reconocimiento²⁸².

3.2.6.3. Construcciones El Cóndor S.A: el Contrato No. 26 y otros

La Convocante solicita le sea reconocido un total de \$4.019.712.214 como gastos incurridos por el Cóndor S.A en el desarrollo del Contrato No. 26 y en relación con otros costos vinculados con la operación y mantenimiento del Proyecto (fletes, gastos administrativos, venta de activos fijos y arriendos).

En **primer lugar**, para sustentar la solicitud de \$1.779.120.876 respecto del Contrato No. 26 con el Cóndor. S.A, la Convocante se apoya en el Dictamen Pericial del Sr. Villota y

²⁸¹ Informe de la Interventoría, pág. 299.

²⁸² OPs 1074, 172, 209, 240, 274, 297, 359, 400, 428, 432, 471, 474, 526, 532, 593, 724, 762, 837, 896, 966, 968, 1020, 1028, 1078, 1097, 1125, 1153, 1172, 1224, 1260, 1291, 1309, 320, 587, 653, 769, 891, 901

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

en el análisis de las OPs rechazadas por la Interventoría²⁸³. Al respecto, el Tribunal hará los siguientes dos comentarios:

Primero, frente al Dictamen Pericial del Sr. Villota, el Tribunal ya se refirió a su idoneidad, lo cual basta para considerar que la Convocante no acredita los montos que reclama.

Ex abundante cautela, el Tribunal observa que, en todo caso, el perito no explica en qué yerra el Interventor al no reconocer este valor. La Interventoría rechazó el reconocimiento de este valor pues, según su dicho, las OPs 1308, 1330 y 1355 carecían de “los documentos mínimos como Acta de Liquidación de obra y modificatorios”²⁸⁴. El Sr. Villota considera en su Dictamen que los registros que tenía la Interventoría eran válidos toda vez que “i) los valores están debidamente contabilizados en los registros contables del Patrimonio Autónomo, ii) se cuenta con los debidos soportes, es decir facturas, ordenes [sic] de operación e imputación presupuestal de la Fiduciaria y, iii) se generan en virtud del contrato No. 26”²⁸⁵. Al respecto, basta con mencionar que el Sr. Villota sólo considera los documentos de la Fiduciaria, y no responde a la necesidad de obtener un Acta de Liquidación de Obra.

Segundo, la Convocante no rebate los argumentos del Informe de la Interventoría. En las pruebas anexas a los alegatos de conclusión, la Convocante se limita a señalar que “la información contable que reposa como soporte en la orden de operación, es suficientemente claro [sic] y está plenamente probado los soportes de los costos que fueron pagados por Fiduciaria Bancolombia”²⁸⁶, comparando el contenido de las OPs 1308, 1330 y 1355 con facturas cuyo contenido no es idéntico. La Convocante, además, no allega el acta de liquidación solicitada que permita corroborar el cierre financiero del contrato y las cifras efectivamente pagadas por la celebración y ejecución del mismo, así que a falta de las pruebas suficientes que acrediten los costos definitivos no se reconoce el valor reclamado por este concepto.

No cumpliendo con la carga probatoria, la Convocante “debe soportar las consecuencias de que la misma no obre en el proceso”²⁸⁷.

²⁸³ Alegatos de Clausura de la Convocante, pág. 164.

²⁸⁴ Informe de la Interventoría, pág. 274.

²⁸⁵ Dictamen del Perito Financiero Enrique Villota, septiembre de 2018, pág. 46.

²⁸⁶ Anexos de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OP1308.

²⁸⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de febrero de 2012, Radicado No. 66001-23-31-000-1993-03387-01(16371), Consejero Ponente Danilo Rojas Betancur, pág. 51.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En **segundo lugar**, la Interventoría rechazó el reconocimiento de \$387.664.919, relacionado con las OPs 175, 218, 317, 363 y 401 por concepto de fletes. Según el Informe de la Interventoría, estos costos no podían certificarse pues *"la compañía no cuenta con los permisos para ejercer la actividad de transporte"* y los anexos *"no presentan una relación causal con las actividades descritas en las facturas presentadas"*²⁸⁸.

El Tribunal no encuentra que la Convocante haya probado la existencia de error alguno en el análisis de la Interventoría. Por el contrario, observa que el Concesionario reconoce que *"posiblemente existió alguna imprecisión en el concepto general de la factura"*²⁸⁹. Así, el Panel no reconocerá el monto solicitado.

En **tercer lugar**, la Convocante solicita el reconocimiento de los costos por el arrendamiento de maquinaria y equipos. En el Informe de la Interventoría se rechazaron \$70.668.805 correspondientes a la OP 1360 debido a la falta de certificación del gasto. Según la Interventoría, la Convocante no justificó el periodo de arrendamiento, tipo de maquinaria, ni presentó las órdenes de servicios o contratos de arrendamientos²⁹⁰.

Al respecto, el Tribunal no reconocerá los costos relacionados con la OP 1360, pues la Convocante no presentó junto con sus Alegatos de Clausura material adicional que permitiera justificar el gasto.

Por el contrario, la Convocante se limitó a señalar que la exigencia de un contrato escrito no sería condición para el reconocimiento de los gastos asociados al proyecto²⁹¹.

En **cuarto lugar**, el informe de interventoría no reconoce el pago de las OPs 191, 1164, 1165, 1220, 1221, 1268, 1301, 1310, 1328 y 1355 referidas a gastos administrativos, por considerar que dentro de las cláusulas del Contrato de Mandato suscrito entre Construcciones El Cóndor y la Concesión, se indica en el literal B que se desembolsaría el monto de acuerdo *"a relación de gastos" facturados dentro del mes cobrado con sus respectivos soportes. En ese orden de ideas, se concluye, que hace falta soporte*

²⁸⁸ Informe de la Interventoría, pág. 265.

²⁸⁹ Anexos de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OP175.

²⁹⁰ Informe de la Interventoría, pág. 265.

²⁹¹ Anexos de los Alegatos de Clausura de la Convocante, OP1360.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

documental para la comprobación y validación de los gastos cobrados en cada una de las facturas relacionadas dentro de las ordenes de operación, de conformidad con la metodología adoptada por la Interventoría"²⁹².

En las pruebas anexas a los alegatos de conclusión de la Convocante referidas a las OPs antes mencionadas, se afirma que con estos emolumentos "se pretendió satisfacer las actividades de funcionamiento administrativo en la sociedad concesionaria", que "los documentos soportes se encuentran en los registros contables avalados por la Fiducia, por lo que dan cuenta de la efectiva prestación del servicio administrativo de apoyo" y que "fruto de la ejecución del citado Costo se satisfizo diversos servicios a favor del proyecto concesionado". Pese a ello, el Concesionario no arrió con sus alegatos el soporte documental necesario para su comprobación y validación.

Constatados los soportes de las OPS que obran en medio magnético en la carpeta 83 de las pruebas arriadas con la reforma de la demanda, así como las allegadas en la exhibición de documentos ordenada por el Tribunal, se constatan facturas efectuadas por Construcciones El Cóndor y apartes del libro mayor detallado con terceros de dicha sociedad, sin que exista soporte adicional que permita constatar en que consistieron los referidos servicios ni la razonabilidad del valor facturado.

Contrario a lo afirmado por la Concesionaria la sola presentación de una factura y el registro contable no da cuenta de la efectiva prestación de un servicio y a falta de justificación y prueba suficiente que permita constatar la prestación y el valor de estos, se comparte plenamente el criterio de la interventoría para el rechazo de estas OPs.

En **quinto lugar**, el informe de interventoría no reconoce el pago de las OPs 14, 42, 191 y 1126 referidas a venta de activos fijos, pues para validar el gasto "falta soporte de orden de compra, entrada almacén y autorizaciones, de conformidad con la metodología seguida por la Interventoría"²⁹³.

Los soportes de las referidas OPs, si bien dan cuenta de las facturas de Constructores El Cóndor facturando estos activos a la Concesión y en algunos casos, la factura con que Construcciones El Cóndor los adquirió, no es cierto que la sola factura y el registro contable permitan corroborar la adquisición del activo, por lo que se encuentra justificado el pedido de la interventoría de entrada a almacén y autorizaciones para

²⁹²Informe de la Interventoría, pág. 267.

²⁹³Informe de la Interventoría, pág. 267.

la adquisición. En todo caso, dichos activos no fueron objeto de reversión y permanecen en cabeza de la concesionaria, de allí que, conservada la propiedad de los mismos por la Convocante, en línea con lo sustentado previamente por el Tribunal, no se encuentra razón para su reconocimiento.

4. RECONOCIMIENTO DE LOS COSTOS DE ESTRUCTURACIÓN AL ORIGINADOR.

El Tribunal pasa a examinar la controversia entre las partes acerca de si la Convocante tiene o no derecho al reconocimiento de los costos de estructuración.

4.1. HECHOS RELEVANTES Y PROBADOS EN ESTE PROCESO:

4.1.1. ETAPA PREPARATORIA (O PRECONTRACTUAL)

La parte Convocada estimó que el Tribunal no tiene competencia para pronunciarse acerca de algunas pretensiones de la Convocante (la 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 44, 46, 47, 48, 49 y la 50), pues entiende que de resolverlas se

"...excede el ámbito de competencia del Tribunal Arbitral por cuanto refiere a hechos sucedidos en la etapa precontractual, razón por la cual extralimita la facultad concedida por el pacto arbitral, que expresamente señala que la competencia del Tribunal se limitará a las controversias que surjan entre las partes con ocasión del presente contrato, razón por la cual, las pretensiones encaminadas al reconocimiento de actuaciones previas a la suscripción del Contrato 006 de 2015, escapan a la órbita de decisión del Tribunal Arbitral, y un pronunciamiento sobre los mismos, desconocería el principio de habilitación propio del arbitraje"²⁹⁴.

Sobre el particular el Tribunal anota que los hechos invocados en este litigio para sustentar, con base en las pruebas, las afirmaciones aducidas en el proceso, se examinan en atención a pretensiones que estén cubiertas por la competencia derivada de la cláusula compromisoria; ello siempre a partir del hecho, no discutido,

²⁹⁴ Contestación de la Demanda. Folio 299, Cuaderno Principal No.1.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

consistente en que en las estipulaciones convenidas por las partes se adoptó la siguiente definición: "1.33 "Contrato de Concesión" o "Contrato": Será el presente documento (la "Parte General"), la Parte Especial, sus Apéndices y Anexos, las reglas del Proceso de Selección con sus adendas y anexos si a ello hubiere lugar, la Oferta del Concesionario, la Oferta en la Etapa de Factibilidad, el Acuerdo de Garantía y el Acuerdo de Permanencia, debidamente suscritos. Todos los anteriores documentos se entienden incorporados al Contrato, por lo que su contenido será de obligatorio cumplimiento para las Partes". (el resaltado no es del texto).

Está probado:

i) que en los Pliegos de Condiciones que hicieron parte del contrato de concesión que da origen a este litigio, se hizo referencia en la definición de adjudicatario a un "vehículo de propósito especial" ("SPV", abreviatura correspondiente a las siglas en inglés de *Special Purpose Vehicle*), así:

"1.4.4 "Adjudicatario". Es el Oferente que, habiendo presentado una Oferta Hábil y de conformidad con lo señalado en el presente Pliego de Condiciones, ha obtenido la mayor puntuación en los factores de escogencia y cumplido con las condiciones del presente documento, haciéndose titular del derecho y la obligación de constituir el SPV y de que éste suscriba el Contrato de Concesión."(-)
)"1.4.11 "Concesionario". Es el SPV una vez éste suscriba el Contrato de Concesión.(-)
)"1.4.38 "SPV". Es la sociedad de objeto único que deberá ser constituida por el Adjudicatario de conformidad con las Leyes colombianas y lo establecido en el presente Pliego de Condiciones. Esta sociedad tendrá el derecho y la obligación de suscribir el Contrato, y su régimen de responsabilidad será el que se establezca en las Leyes civiles y comerciales de acuerdo con el tipo de empresa que se conforme.

ii) que Construcciones el Cóndor S.A., actuando como Originador, presentó a la ANI el 20 de julio de 2012, una propuesta de prefactibilidad de una Asociación Público Privada, sin desembolso de recursos públicos, para desarrollar el proyecto de "Construcción, Rehabilitación, Operación y Mantenimiento y Reversión del sistema vial para la conexión de los Departamentos del Cesar y la Guajira";

iii) que dicho Originador, mediante comunicaciones del 21 de agosto de 2012, del 12 de septiembre de 2012 y del 19 de octubre de 2012, complementó la propuesta

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

presentada y entregó a la Convocada, entre otros documentos, un "modelo financiero" ;

iv) que mediante la Resolución No. 097 del 13 de enero de 2013, la Convocada dio concepto favorable a Construcciones El Cóndor S.A. en calidad de originador para que continuara con la estructuración del Proyecto de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada del Sistema Vial para la conexión de los Departamentos del Cesar y Guajira e iniciara la etapa de factibilidad.

v) que durante la etapa de factibilidad, la Convocada, en el contexto de la revisión jurídica del proyecto, indicó que de llegar a ser el originador el adjudicatario, debería constituir una sociedad de objeto único para celebrar y ejecutar la concesión (Comunicación Rad. No. 2013-200-014450-1 del 10 de septiembre de 2013).

vi) que después de haberse surtido las etapas de Prefactibilidad y Factibilidad, la Convocada estimó que la iniciativa cumplía con los requerimientos establecidos en el artículo 23 del Decreto 1467 de 2012;

vii) que la Convocada notificó a Construcciones El Cóndor S.A. el 12 de marzo de 2015 que el proyecto presentado era viable, comunicándole condiciones adicionales para la aceptación de la iniciativa; y que entre ellas se encontraba la

"(iv) CONSTITUCIÓN DEL SPV, prevista en los siguientes términos: 1) Dentro de los treinta (30) Días Hábiles siguientes a la Adjudicación de la Selección Abreviada de Menor Cuantía, el Adjudicatario deberá constituir un SPV para la suscripción del Contrato de Concesión. El SPV deberá ser una sociedad comercial por acciones de nacionalidad colombiana, cuyo único objeto sea la suscripción y ejecución del Contrato de Concesión. (-)2) La no constitución del SPV en los plazos y términos indicados en este Pliego de Condiciones, facultará a la ANI para hacer efectiva la Garantía de Seriedad de la Oferta, a menos que dicho plazo sea prorrogado por la entidad. NOTA: Las condiciones precedentes se aplicarán en el evento en que no se presenten terceros interesados en el proyecto."

viii) que la Convocada otorgó un plazo de dos meses para que el originador aceptara expresamente las condiciones, para luego publicar en el SECOP las condiciones que los terceros que estuvieran interesados debían cumplir para ejecutar el proyecto, y señalando que de no recibirse propuestas de terceros, se celebraría el contrato en las

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

condiciones previstas; y que el originador las aceptó el 12 de marzo de 2015 (comunicación radicado ANI 2015-409-014390-2).

ix) que la Convocada aceptó como valor de los estudios realizados la suma de DIECISEIS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$16.791.578.824) más IVA.

x) que tal y como lo destacó el Ministerio Público, no se acreditó en el proceso que la Convocada hubiera formulado "...reserva, limitación o exclusión o restricción alguna respecto del contenido del contrato de concesión a celebrarse, en los aspectos que interesan a la controversia, esto es, respecto a los montos previstos a favor de CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. por concepto de los estudios realizados por éste en su condición de originador del Proyecto".

4.1.2. ETAPA CONTRACTUAL

Está probado:

i) Que el 11 de mayo de 2015 CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. hizo entrega a la Convocada de las certificaciones de los costos de estructuración del proyecto; y que la Convocada, mediante la Resolución No. 823 del 19 de mayo de 2015, adjudicó el Contrato de Concesión en los siguientes términos:

"ARTICULO PRIMERO: Adjudicar el Contrato de Concesión bajo el esquema de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada para la ejecución del proyecto cuyo objeto es "Constitución, Rehabilitación, Operación y Mantenimiento y Reversión del sistema vial para la conexión de los Departamentos del Cesar y la Guajira", al originador sociedad CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. (...).

ARTÍCULO SEGUNDO. Suscribir el Contrato de Concesión bajo el esquema de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada para la ejecución del proyecto cuyo objeto es "Construcción, Rehabilitación, Operación y Mantenimiento y Reversión del sistema (...)", de conformidad con las condiciones acordadas entre el Originador y la Agencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, el inciso 2 del artículo 6 del Decreto 2043 de 2014, que

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

modificó el artículo 30 del Decreto 1467 de 2012 y con fundamento en las consideraciones anteriormente expuestas.”.

ii) Que de acuerdo con lo previsto en la Parte General del contrato, se estipuló que

“2.3.(a) El Contrato de Concesión se entiende perfeccionado con la firma de las Partes. (b) Para iniciar la ejecución del presente Contrato dentro de los treinta (30) Días Hábiles siguientes a la suscripción del mismo, se suscribirá el Acta de Inicio siempre que se hayan cumplido los siguientes requisitos: (...) (vi) El pago por parte del Concesionario de los Costos de Estructuración, cuando (i) el Concesionario seleccionado en el Proceso de Selección no sea el mismo Originador y (ii) en el evento de haberse configurado los presupuestos establecidos en el párrafo primero del artículo 19 del decreto 1467 de 2012, en los términos señalados en la Parte Especial, salvo que la previsión de la Parte Especial prevea un plazo superior a los treinta (30) Días siguientes a la suscripción del Contrato, evento en el cual no se exigirá este requisito”.

iii) que el 12 de junio de 2015 el adjudicatario, como único accionista, constituyó una sociedad por acciones simplificada denominada CONCESION CESAR – GUAJIRA S.A.S., que es la Convocante de este proceso arbitral; y que el 30 de junio de 2015 dicha Convocante y la Convocada suscribieron el Contrato de Concesión No. 006 de 2015.

iv) que el 31 de julio de 2015, la Convocante celebró con la Fiduciaria Bancolombia un contrato de Fiducia con una finalidad acorde con lo dispuesto en la Cláusula Tercera del Contrato de concesión;

v) que se suscribieron varios ‘otrosíes’ y que el 10 de julio de 2017 se suscribió el acta de declaratoria de ocurrencia de una causal de terminación anticipada y se dio comienzo a la reversión y a la terminación anticipada del contrato evento en relación con las cuales se estipuló una fórmula de liquidación del Contrato [Sección 18.3 (e)] que preveía el reconocimiento de los costos de estructuración²⁹⁵.

²⁹⁵ Folio 293, Cuaderno de Pruebas No.1.

4.1.3. PRINCIPALES ESTIPULACIONES CONTRACTUALES A DESTACAR.

Del Contrato así adjudicado y convenido se destacan en seguida algunas de sus cláusulas, cuya existencia no fue puesta en tela de juicio en este proceso.

Del capítulo primero del Contrato, referente a definiciones, se deben destacar las siguientes:

“Capítulo I. Definiciones

1.31 “Concesionario”

Es la sociedad de objeto único identificada plenamente en la Parte Especial, conformada por quien(es) resultó(aron) adjudicatario(s) con motivo del Proceso de Selección o por quien(es) suscribió(eron) el Contrato de Concesión.

1.33 “Contrato de Concesión” o “Contrato”

Será el presente documento (la "Parte General"), la Parte Especial, sus Apéndices y Anexos, las reglas del Proceso de Selección con sus adendas y anexos si a ello hubiere lugar, la Oferta del Concesionario, la Oferta en la Etapa de Factibilidad, el Acuerdo de Garantía y el Acuerdo de Permanencia, debidamente suscritos. Todos los anteriores documentos se entienden incorporados al Contrato, por lo que su contenido será de obligatorio cumplimiento para las Partes.

1.40 “Costos de Estructuración”

*Corresponde al pago que el Concesionario deberá hacer **(a)** al Originador equivalente al monto que la ANI hubiere aceptado como valor de los estudios realizados para la estructuración del Proyecto de conformidad con el artículo 16 de la Ley 1508 de 2012, en los términos de la Sección 3.7(a) de la Parte Especial y sólo en los casos en que el Originador del Proyecto no haya sido el adjudicatario del Contrato y **(b)** a la ANI por los costos incurridos por la ANI en el proceso de estructuración del Proyecto de Iniciativa Pública, en el evento en que se hayan configurado los presupuestos establecidos en el párrafo primero del artículo 19 del Decreto 1467 de 2012, pago que se realizará en los términos de la Sección 3.7 de la Parte Especial.*

1.109 "Oferta" u "Oferta del Concesionario"

Se entenderá como la oferta entregada por el oferente que resultó adjudicatario en el Proceso de Selección siempre que, de acuerdo con lo previsto en la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, se haya adelantado un Proceso de Selección que le haya otorgado el derecho de constituir la sociedad -vehículo de propósito especial- que suscribe el presente Contrato como Concesionario.

1.112 "Originador"

..Corresponde a la persona o personas que, en virtud de lo dispuesto en el Título III de la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, cumplieron con todos los requisitos establecidos por la Ley Aplicable para la presentación, evaluación y aceptación por parte de la ANI de la Oferta en Etapa de Factibilidad que dio origen al Contrato.

1.114 "Parte" o "Partes"

Son, individual o conjuntamente, el Concesionario y la ANI, tal y como se identifican en el encabezado de esta Parte General.

1.116 "Parte Especial"

Se refiere al documento que hace parte del Contrato de Concesión que contiene ciertas estipulaciones especiales aplicables al Proyecto y que prima sobre todos los demás documentos del Contrato en lo expresamente regulado en su contenido. A pesar de dicha primacía, el Contrato deberá interpretarse de forma que haya la debida correspondencia y armonía entre sus partes.

1.137 "Proyecto"

Se entenderá como el conjunto compuesto, entre otras, por todas las actividades, servicios, bienes, obligaciones y derechos necesarios para la ejecución del presente Contrato.

De su capítulo segundo, que regula los Aspectos Generales del Contrato, se deben destacar las siguientes:

Capítulo II. Aspectos generales del Contrato

Sección 2.3 Perfeccionamiento e Inicio de Ejecución del Contrato

(b) Para iniciar la ejecución del presente Contrato dentro de los treinta(30) Días Hábiles siguientes a la suscripción del mismo, se suscribirá el Acta de Inicio siempre que se hayan cumplido los siguientes requisitos:

(vi) El pago por parte del Concesionario de los Costos de Estructuración, cuando (I) el Concesionario seleccionado en el Proceso de Selección no sea el mismo Originador.

2.6 Declaraciones y Garantías de las Partes

(a) Del Concesionario

Con la suscripción del Contrato, el Concesionario declara y garantiza lo siguiente:

(ii) *Objeto Único: El Concesionario se ha constituido como una nueva empresa cuyo único objeto es la ejecución del presente Contrato y por lo tanto no tiene obligaciones precedentes a la suscripción de este Contrato, diferentes de las contraídas al momento de su constitución o de aquellas necesarias para la suscripción de este Contrato y no podrá ejecutar actividad alguna que no tenga relación con la ejecución del presente Contrato.*

(v) *Aceptación del Contrato: el Concesionario ha leído cuidadosamente los términos del Contrato, Parte General y Parte Especial, sus Apéndices y Anexos y demás documentos que hacen parte del mismo, hizo los comentarios que a su juicio fueron necesarios y con la presentación de la propuesta o de la Oferta o de la Oferta en Etapa de Factibilidad, y/o aceptación de las condiciones establecidas por la ANI en la aceptación de la Oferta en Etapa de Factibilidad, según sea el caso, determinó que las modificaciones que se efectuaron por parte de la ANI durante el Proceso de Selección fueron adecuadas y suficientes para atender sus inquietudes (...).*

(xvi) *El Concesionario declara que en su calidad de Originador ha puesto en*

conocimiento de la ANI toda la información que tiene a su disposición en relación con el Proyecto. Asimismo manifiesta que tal información es completa, adecuada o suficiente, siendo su responsabilidad la realización de la debida diligencia adicional, sobre cada uno de estos aspectos.

Capítulo XIX. Varios

19.12 No renuncia a derechos

Salvo lo previsto expresamente en el Contrato, la falta o demora de cualquiera de las Partes en ejercer cualquiera de las facultades o derechos consagrados en el Contrato o a exigir su cumplimiento, no se interpretará como una renuncia a dichos derechos o facultades, ni afectará la validez total o parcial del Contrato, ni el derecho de la respectiva parte de ejercer posteriormente tales facultades o derechos, salvo disposición legal en contrario.

De la denominada parte especial del contrato, se deben resaltar las siguientes cláusulas:

Capítulo I. Reglas de interpretación de este documento

De conformidad con lo previsto en la Sección 19.14 de la Parte General, la presente Parte Especial del Contrato de Concesión prima sobre cualquier otro que haga parte del Contrato.

A la presente Parte Especial le serán aplicables las definiciones contenidas en la Parte General.

En el CAPÍTULO I de la presente Parte Especial del Contrato de Concesión se incluye una tabla en la cual se identifican, en la primera columna, las Secciones de la Parte General que se desarrollan, complementan, modifican o eliminan.

La segunda columna de la tabla contiene el desarrollo, la complementación, modificación o eliminación correspondiente, o la identificación de la Sección de la Parte Especial en que esa información aparece.

En el caso en que la Parte Especial modifique el contenido de algún aparte de la Parte General de manera expresa o tácita, se atenderá a lo señalado en la Parte Especial.

Capítulo III. Aspectos generales

3.1 Identificación de las Partes

(b) El Concesionario es la sociedad denominada CONCESIÓN CESAR – GUAJIRA S.A.S (...), con el objeto único de suscribir y ejecutar el Contrato de Concesión adjudicado mediante la Resolución No 823 del 19 de mayo de 2015 de la Agencia Nacional de Infraestructura, en virtud del Proceso de Contratación No. VJ-Vf-APP-IPV- 003-2015, sociedad representada en este acto por ROBERTO BARROS CORREA (...).

3.7 Costos de Estructuración

El Concesionario, en caso que éste no sea el mismo Originador, deberá la suma de DIECISÉIS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO (\$16.791.578.824) Pesos del Mes de Referencia por concepto de Costos de Estructuración que será cancelado de la siguiente forma:

(a) Al Originador, CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A., la suma de (\$13.076.880.000) Pesos del Mes de Referencia más IVA que deberá ser cancelada en los siguientes términos, previa presentación de la correspondiente factura por parte de CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.: (i) setenta por ciento (70%) dentro de los treinta (30) Días siguientes a la suscripción del Contrato y (ii) treinta por ciento (30%) dentro de los treinta (30) Días siguientes a la acreditación del Cierre Financiero. En el caso que la ANI celebre el Contrato de Concesión con el Originador no habrá lugar al pago de la suma prevista en este literal.

(b) A la ANI o a quien designe expresamente la ANI en los términos que ésta defina y sobre lo cual Notifique al Concesionario, la suma de TRES MIL SETECIENTOS CATORCE MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO (\$3.714.698.824) Pesos del Mes de Referencia más IVA que deberá ser cancelada en los siguientes términos, previa presentación de la

correspondiente factura por parte de la ANI: (i) setenta por ciento (70%) dentro de los treinta (30) Días siguientes a la suscripción del Contrato y (ii) treinta por ciento (30%) dentro de los treinta (30) Días siguientes a la acreditación del Cierre Financiero, correspondiente a parte de los costos de estructuración del Contrato Interadministrativo No. 006 (ANI) – 211038 (FONADE) contratada por la ANI con FONADE, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 3° del Decreto 2043 de 2014".

4.2. LA CONTROVERSIA ENTRE LAS PARTES

En lo que interesa en este aparte del Laudo, el Tribunal debe establecer si hay o no base legal y contractual para que el originador y adjudicatario, que fue Construcciones el Cóndor S.A., pueda obtener del concesionario Concesión Cesar Guajira S.A.S. (constituido por él como su único accionista) el reconocimiento de los gastos de estructuración.

4.2.1. ARGUMENTACIÓN Y PRETENSIONES DE LA CONVOCANTE

La Convocante, luego de excluir las cuestiones que ya fueron objeto de conciliación, asunto ya examinado en otro aparte de este Laudo, describe así en su alegato el objeto pendiente del litigio:

"El núcleo esencial de lo solicitado por la parte Convocante en el presente trámite arbitral, radica principalmente en dos conceptos: (-) En primer lugar, el reconocimiento de los costos de estructuración pagados por la Concesión Cesar Guajira al Originador del Proyecto – Construcciones El Cóndor S.A. - de acuerdo al marco normativo, contractual y financiero que gobierna la materia. (-) En segundo lugar, el reconocimiento y pago por parte de la ANI a la Concesión Cesar Guajira de la totalidad de los costos en los que incurrió durante la ejecución del Contrato, de acuerdo a lo establecido en la Sección 18.3 (e) del Contrato No. 006 de 2015, incluyendo el valor asumido por concepto de costos de estructuración antes señalados, que contractualmente debieron ser reconocidos en sede de liquidación, según la fórmula prevista en el Contrato y la realidad fáctica acreditada en este proceso...(-) De modo que, puntualmente la controversia se reduce a:

a) Reconocimiento del valor ARh restante, esto es la suma de **\$61.496.605.709²⁹⁶** valor en el que se encuentra incluido el rubro de los costos de estructuración.

b) La aplicación de los componentes de la fórmula de liquidación del Contrato (I, h, Arh, y TE), respecto de las sumas reconocidas en el Acta de Liquidación únicamente en el periodo comprendido desde la fecha de terminación del Contrato de Concesión hasta la fecha de suscripción del Acta de Liquidación Bilateral.

c) La aplicación de los componentes de la fórmula de liquidación del Contrato (I, h, Arh, y TE), respecto de las sumas no reconocidas en el Acta de Liquidación en el periodo comprendido desde su causación hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin a esta controversia.

d) En cumplimiento de lo dispuesto en la Sección 18.4 (b) del Contrato de Concesión, la aplicación de la tasa DTF + 9 únicamente respecto de los valores no reconocidos en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato de Concesión No. 006 de 2015.”.

4.2.1.1. Costos de estructuración y proyectos App.

La Convocante persigue entonces el reconocimiento de los costos de estructuración que entiende comprendidos dentro del componente ARh de la fórmula de liquidación establecida en la Sección 18.3 (e) del Contrato. Afirma que los costos de estructuración de un Proyecto de Concesión de Infraestructura, “y específicamente aquellos que se generan en la estructuración de un Proyecto de Infraestructura Vial, de los denominados “4G”, encuentran definición y regulación legal en cuanto hace a su inversión, reconocimiento y destinación, en la Ley 1508 de 2012”; y cita y transcribe en apoyo de su aserto los artículos 14 y 16 de dicha Ley; y que “dichos costos tienen su génesis en la estructuración de cualquier proyecto de Asociación Público Privada sea

²⁹⁶ Esta suma resulta de restar al valor en controversia contemplado en el Acta de Liquidación Bilateral, esto es la suma de **\$61.814.910.958**, el valor de **\$212.438.879** correspondiente al Gravamen de Movimiento Financiero (GMF), que fue conciliado en el Acuerdo Conciliatorio del 25 de noviembre de 2019 y la suma de **\$105.866.370** correspondiente a la OP-055 en la cual no se descontó el valor de retención en garantía. Está explicación está sumamente detallada en el Capítulo III, Literal B, Numeral 2.1.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

cual sea su iniciativa, bien pública o bien privada. Los mismos son el requisito esencial para licitar cualquier proyecto relativo al mejoramiento de una infraestructura", y acude al texto del artículo 11 de la Ley 1508 de 2012.

Destaca cómo la etapa de prefactibilidad implica que el originador de la propuesta lleve a cabo un trabajo que presenta a la entidad pública, que verifica y determina si es de su interés o no, así como su viabilidad, de modo que de darse un concepto favorable el originador continúa con la estructuración del proyecto para que se inicie la etapa de factibilidad, la cual exige que la iniciativa cuente con un modelo financiero detallado que fundamente "el valor del proyecto, la descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto²⁹⁷; y así describe el material objeto de evaluación en la etapa de factibilidad. Todo lo anterior tiene por objeto hacer énfasis en que la aceptación de las condiciones de la iniciativa es una "condición necesaria para que surja el negocio jurídico conclusivo de la misma; en ese documento, necesariamente deberán plasmarse los intereses, tanto del Originador como de la Entidad y éstos se verán materializados en el Contrato de Concesión que se llegare a suscribir como resultado de esta confluencia".

Ese argumento, aplicado al caso objeto del litigio, lo concreta en su alegato de conclusión en que "Construcciones El Cóndor, en su calidad de originador, hizo expresas las condiciones específicas de aceptación de la iniciativa pública y la entidad estatal contratante, a su vez, manifestó y consignó su aceptación en el documento respectivo (Comunicación Rad. No. 2015-200-005329-1 del 12 de marzo de

²⁹⁷ Transcribe el siguiente aparte de la norma del Decreto 1467 de 2012: (...)En la etapa de factibilidad se profundizan los análisis y la información básica con la que se contaba en etapa de prefactibilidad, mediante investigaciones de campo y levantamiento de información primaria, buscando reducir la incertidumbre asociada al proyecto, mejorando y profundizando en los estudios y ampliando la información de los aspectos técnicos, financieros, económicos, ambientales y legales del proyecto: 23.4 Análisis financiero:

23.4.1 El modelo financiero en hoja de cálculo, detallado y formulado que fundamente el valor y el plazo del proyecto que contenga como mínimo:

23.4.1.1 Estimación de inversión y de costos de operación y mantenimiento y sus proyecciones discriminando el rubro de administración, imprevistos y utilidad.

23.4.1.2 Estimación de los ingresos del proyecto y sus proyecciones.

23.4.1.3 Estimación de solicitud de vigencias futuras, en caso que se requieran.

23.4.1.4 Supuestos financieros y estructura de financiamiento.

23.4.1.5 Construcción de los estados financieros.

23.4.1.6 Valoración del proyecto.

23.4.1.7 Manual de operación para el usuario del modelo financiero.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

2015)²⁹⁸ que forma parte integral del acto de adjudicación, y en él se contempla expresamente el pago de los discutidos costos de estructuración a CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A., razón por la cual, dicho pacto se consignó expresamente en el contrato, bajo el entendimiento de ambas partes que el originador NO tendría la condición de contratista – concesionario en el contrato de concesión, sin perjuicio de su participación en el Proyecto".

La Convocante agrega que con posterioridad a la verificación de viabilidad del proyecto, para la elegibilidad de un proponente, quien -anota- puede ser o no el originador, "las Partes interesadas (Entidad y eventual adjudicatario), **previo a su adjudicación**, deben agotar la instancia de negociación de los extremos fundamentales y condiciones esenciales del Contrato a celebrarse, sin que ello, por supuesto, implique modificación de su objeto y alcances. Esas definiciones bilaterales serán vertidas en el acto de adjudicación del Contrato e incorporadas a su texto con fuerza vinculante para las Partes." (el destacado es del texto).

A renglón seguido invoca la forma en que en la jurisprudencia y los tribunales arbitrales han abordado la aplicación del principio de planeación en el ámbito de las asociaciones público privadas de iniciativa privada, para destacar el papel que al respecto cumple el particular al estructurar el proyecto de interés de la entidad pública. Enfatiza en que "cualquiera que sea el origen de la iniciativa en la que se gesta un contrato público de concesión de obra pública -como el que ocupa la atención del Tribunal-, estamos frente a un contrato estatal de concesión; es la **ANI** quien recibe la oferta, evalúa y adjudica, si estuviera de acuerdo con los postulados que la gobiernan, y en caso contrario tiene –por expreso mandato legal- la obligación de rechazarla, y frente a ello, ninguna potestad tiene el Originador. El contrato surge de la **EXPRESA ACEPTACIÓN DE LA ANI** de cara a sus necesidades, planeación y siempre que la oferta reúna los requisitos de ley y pueda devenir en un contrato estatal gobernado, en su celebración, ejecución y terminación, por la ley contractual pública"²⁹⁹.

Para sustentar que en este caso la ANI verificó el contenido de la propuesta del Originador para la celebración del Contrato de Concesión hizo alusión a los documentos allegados al trámite, así como a las declaraciones testimoniales de María Edilma Gaviria, Maritza Cubillos y Diana Ximena Corredor. Y cierra esta parte de su

²⁹⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2; Folio No. 2; Medios Magnéticos; Prueba No. 7

²⁹⁹ Ídem. Pág. 35.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

argumentación resaltando que la "Etapa Precontractual" así descrita, "se integra al contrato, determina su contenido y constituye fuente primaria de su interpretación". Y en cuanto al contenido del contrato que así surge, afirma que "las obligaciones de un contrato no son solo las expresamente pactadas, sino aquellas que se derivan de la buena fe y de la obligación de cooperación entre las partes, sin hacer sacrificios desproporcionados. De manera que, aunque el riesgo esté asignado al privado, la entidad pública tiene la obligación de hacer lo posible para la ejecución del contrato, llegando incluso a colaborar con su contratista a fin de lograr el cometido estatal objeto de la contratación; de no hacerlo, su conducta adquirirá la connotación de incumplimiento de un deber legal suyo, y, en consecuencia, del Contrato, que no puede desconocer el mandato expreso del legislador."³⁰⁰

Y sintetiza sus apreciaciones así:

*"(i) Los costos de estructuración efectivamente constituyen **un costo** de los proyectos de asociación público-privada;*

(ii) la Entidad pública y el Originador durante las fases de prefactibilidad y factibilidad alcanzan acuerdos vinculantes, de manera libre y voluntaria acerca de las condiciones del proyecto, de contratación y de recuperación de los costos a realizar durante la ejecución;

(iii) la Entidad se encuentra en la potestad legal de exigir modificaciones técnicas, económicas y/o jurídicas a la propuesta presentada por el Originador del proyecto, las que, de no ser cumplidas, dan lugar a su rechazo;

(iv) en el modelo financiero presentado por el Originador se encuentra la totalidad de los costos del proyecto y la manera en la que la inversión ha de recuperarse;

(v) el modelo financiero es de conocimiento de la Entidad durante la etapa de estructuración del proyecto;

³⁰⁰ Ídem. Pág. 36.

(vi) el Concesionario tiene derecho a recuperar en la ejecución del proyecto, la totalidad de los costos en los que haya incurrido, sin que la ley establezca exclusiones acerca de los costos de estructuración;

(vii) al margen de que el contrato se celebre con el Originador/estructurador del proyecto, la ley no establece limitación alguna que le impida recuperar los costos del proyecto, incluyendo el valor atinente a los costos de estructuración, pudiendo las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad, establecer contractualmente las condiciones de su reconocimiento;

(viii) el único incentivo o privilegio otorgado al Originador del proyecto, en tratándose de asociaciones público-privadas financiadas con recursos privados, es el de mejorar la propuesta de terceros mejor calificados; y

(ix) en ese orden de ideas, recuperar los costos de estructuración durante la ejecución del proyecto no es un privilegio que devenga de su calidad de Originador, sino que es un derecho que le otorga la ley en su condición ya no de tal, sino de CONTRATISTA/CONCESIONARIO, premisa que se materializaría SÓLO EN EL EVENTO DE REALIZARSE EL PROYECTO y ejecutarse cabalmente el Contrato CON QUIEN EFECTIVAMENTE LO ORIGINÓ, lo que no sucedió en este caso.”³⁰¹

4.2.1.2. La estructuración del proyecto y la selección de la Asociación Pública Privada No. VJ-VE-APP-IPV-003-2015

La Convocante afirma que “En el marco de la etapa de factibilidad, y de las entregas realizadas por el Originador, la ANI, en su calidad de entidad pública, solicitó inclusiones en dichos estudios con el fin de que fuera una sociedad de objeto único quien fuera el Concesionario de la Iniciativa Público Privada realizada por el Originador, precisando que debía ser una sociedad diferente a éste. Basa su aserto en la Comunicación Rad. No. 2013-200-014450-1 del 10 de septiembre de 2013 ; y añade que la sociedad de objeto único, que era un “requisito imprescindible y exigido por la entidad, fue reiterado en la misma etapa de factibilidad, lo que denota el conocimiento de la entidad que el Originador **NUNCA** sería el mismo Concesionario, a

³⁰¹ Ídem. Págs.40 y 41.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

través de la Comunicación Rad. No. 2013-200-021459-1 del 27 de diciembre de 2019"
³⁰².

Señala la Convocada que “ ...en punto a determinar la procedencia de la iniciativa privada presentada por Construcciones El Cóndor, la ANI en comunicación 2015-200-005329-1 del 12 de marzo de 2015, bajo el asunto “respuesta a la evaluación en Etapa de Factibilidad de la Propuesta de Asociación Público – Privada de Iniciativa Privada denominada CESAR – GUAJIRA”, aprobó la propuesta por encontrar acreditados los requerimientos del artículo 23 del Decreto 1467 de 2012”; y que “de conformidad con lo anterior, la ANI valoró los costos de estructuración en los que había incurrido el Originador del proyecto, aceptando de manera definitiva su monto y desde ese instante, contempló los supuestos que, para la procedencia de su pago, se exigirían en el desarrollo del Contrato de Concesión, esto es, la Sección 3.7. del Borrador de Minuta del Contrato Parte Especial – que como se observará más adelante, se cumplieron a cabalidad y por tanto, se procedió al pago de los costos de estructuración al Originador ³⁰³-.; y destaca que entre las condiciones adicionales indicadas al darle viabilidad a la iniciativa, se incluyó la constitución del vehículo de propósito especial con un objeto único consistente en suscribir y ejecutar el contrato de concesión, so pena de hacerse efectiva la garantía de seriedad de la oferta. Y destaca que el originador aceptó dichas condiciones, mediante comunicación que transcribe y que reposa en el expediente.

Con base en lo anterior, la Convocante concluye que “ ... es claro que desde la etapa de selección, las Partes conocieron la existencia de los costos de estructuración; la pretensión clara del Originador de que esos costos le fueran remunerados no es extraña, ni sorpresiva, ni constituye un acto de mala fe por parte del Originador; tanto así que fueron incluidos desde el inicio y su monto fue aprobado por la ANI; las condiciones de su pago, fueron avaladas libremente por las Partes, al entender claramente que el proyecto no podía enriquecerse a costa de la actividad desplegada por el Originador y que los costos de estructuración son precisamente eso: costos asociados al proyecto que deben ser remunerados; la validación en esta etapa, se realizó con estricto apego a las normas vigentes observándose que no existe prohibición legal referente al reconocimiento de los costos de estructuración cuando el proyecto se adjudica al Originador del mismo. Lo anterior se demuestra con los documentos citados – la iniciativa privada, su aceptación y fijación de condiciones

³⁰² Ídem. Pág.42.

³⁰³ Ídem. Pág.44.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

por parte de la ANI y la expresa manifestación por parte del Originador del proyecto."

304

Observa que la Convocada publicó en el SECOP "las diferentes condiciones acordadas con el Originador del proyecto, incluyendo desde luego la minuta del Contrato"; y de las cláusulas posteriormente incluidas en el contrato de concesión consideró relevante para el proceso citar de la cual resulta para el interés del presente proceso citar las siguientes cláusulas que fueron posteriormente incorporadas en el Contrato de Concesión No. 006 de 2015³⁰⁵: el numeral 2.3., literal (b) de la parte general, y a fórmula de liquidación prevista para el evento de terminación anticipada del Contrato, [Sección 18.3 (e)]

Resaltó que para cumplir " ... con las condiciones de aceptación de la etapa de factibilidad del proyecto se procedió a constituir la sociedad Concesión Cesar Guajira S.A.S. el 12 de junio de 2015 ... cuyo objeto es suscribir y ejecutar el Contrato de Concesión derivado del Acto de Adjudicación del Proceso No. VJ-VE-APP-IPV-003-2015. Dicha situación, antes de la suscripción del Contrato de Concesión, era conocida por la entidad y se realizó por previa exigencia de la misma, tal y como fue demostrado anteriormente, por lo que, la persona jurídica que suscribió y, por ende, ejecutó el Contrato de Concesión No. 006 de 2015, era una persona diferente, distinta y con un objeto disímil al del Originador del proyecto. Es decir, el Contrato de Concesión NO se suscribió con el Originador, sino con una persona jurídica distinta". Y agregó que la Convocante " ...conoció y aceptó someterse a dichas condiciones, sin que le esté permitido pretender variar los términos de la propuesta de APP con posterioridad a la aceptación de la misma y lo que es peor, al momento de liquidar el Contrato producto de dicha aceptación, que por demás, NUNCA LLEGÓ A EJECUTARSE.(-) En esta instancia, me permito señalar que el establecimiento de cada una de las condiciones técnicas, financieras y jurídicas acordadas entre el Originador y la ANI, fueron las que determinaron la aceptación y sometimiento de aquél a los términos y parámetros señalados por la Entidad en la comunicación 2015-200-005329-1 del 12 de marzo de 2015 ya referida, incluyendo desde luego la totalidad de los aspectos relativos a los costos de estructuración y el monto de los mismos"³⁰⁶.

³⁰⁴ Ídem. Pág. 46.

³⁰⁵ El análisis de la interpretación y aplicación de estas cláusulas serán objeto de particular estudio en el siguiente acápite de este documento denominado "Del clausulado contractual y las modificaciones al Contrato No. 006 de 2015".

³⁰⁶ Alegatos de Conclusión. Págs.52 y 53.

4.2.1.3. Del clausulado contractual y las modificaciones al Contrato No. 006 de 2015

La Convocante transcribe la Sección 3.7 de la Parte especial del Contrato, referente a los costos de estructuración, indica que éstos fueron aceptados por la Convocada en la comunicación 2015-200-005329-1 del 12 de marzo de 2015 por la suma de TRECE MIL SETENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA MIL (\$13.076.880.000), y hace las siguientes aseveraciones:

“(i) Acreditado como está, que en la Ley 1508 de 2012 no existe prohibición alguna relativa a que los costos de estructuración sean pagados al Originador del proyecto cuando éste resulte adjudicatario del proceso de selección, las partes pueden libremente convenir las condiciones y parámetros bajo los cuales resulta procedente su reconocimiento y pago.

(ii) La adjudicación ocurrió el 19 de mayo de 2015 (Resolución 823 de 2015).

(iii) La Sociedad Concesión Cesar Guajira, fue constituida mediante documento privado con anterioridad a la celebración del Contrato de Concesión, esto es, el 12 de junio de 2015.

(iv) El Contrato No. 006 de 2015, fue celebrado el 30 de junio de 2015 entre la ANI y la Concesión Cesar Guajira, por lo que era de conocimiento de la ANI que el Contrato de Concesión se suscribía con una persona jurídica diferente al Originador del proyecto –como estaba inicialmente previsto- que se encontraba conformada por un único accionista: Construcciones El Cóndor.

(v) En el Contrato de Concesión se estableció de manera EXPRESA que el Concesionario – la Sociedad Concesión Cesar Guajira – debía pagar al Originador del proyecto CONSTRUCCIONES EL CONDOR la suma de TRECE MIL SETENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA MIL (\$13.076.880.000) Pesos del Mes de Referencia más IVA, por concepto de los costos de estructuración.

(vi) El único condicionamiento que las Partes acordaron al concurrir a la celebración del contrato de concesión para la procedencia del reconocimiento

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

*de los costos de estructuración, fue que el **Concesionario** no fuera el mismo Originador del proyecto.*

(vii) La Concesión Cesar Guajira, es una persona jurídica diferente a la Sociedad Construcciones El Cóndor”³⁰⁷.

Añadió que la Convocada “**EXIGÍÓ** tal y como obra en las pruebas del presente trámite, particularmente en las Comunicaciones No. 2013-200-014450-1 del 10 de septiembre de 2013; 2013-200-021459-1 del 27 de diciembre de 2013 y la aceptación de la viabilidad del proyecto en etapa de factibilidad (Comunicación No. 2015-200-05329-1 del 12 de marzo de 2015) que sería una sociedad de objeto único (SPV) la que suscribiría el Contrato de Concesión y lo ejecutaría. Por lo tanto, no era Construcciones El Cóndor, en su calidad de Originador del proyecto, el que ejecutaría el mismo, sino una persona jurídica diferente de ésta, la cual, incluso, podría estar conformada por una o más personas jurídicas diferentes a Construcciones El Cóndor. Por lo tanto, el Originador cesa en su calidad de tal y se convierte en mero “accionista”, pero nunca en Concesionario. “. Y resalta que “Si lo anterior no fuera así, estaríamos incluso llegando a un argumento que podría resultar absurdo, pero relevante para el trámite que nos ha convocado: y es que si Construcciones El Cóndor hubiera sido el seleccionado como Concesionario, ejecutor del Contrato de Concesión, esa sociedad habría tenido necesariamente que modificar su objeto contractual, por expresa obligación exigida por la entidad contratante. En efecto, -y continuando en el marco de las hipótesis absurdas de la ANI en su defensa- Construcciones El Cóndor, que es accionista en otras sociedades concesionarias, y que por sí igualmente adelanta proyectos de concesión vial y otros contratos de construcción de infraestructura de transporte (P.Ej. Concesión Ruta al Mar o Concesión Vial de los Llanos) habría tenido que desprenderse de esas intervenciones, participaciones e inversiones con el fin de asumir como su único y exclusivo objeto la ejecución del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, con lo cual y por las condiciones que son conocidas por el Tribunal, estaría hoy inmersa en causal de liquidación en virtud de la terminación anticipada del Contrato de Concesión”³⁰⁸.

Afirma que “... desde la etapa de factibilidad las Partes fueron conscientes que el presupuesto contractual (Parte General) que invoca la ANI, sencillamente no podría darse, puesto que éste nunca sería el Concesionario que ejecutaría el proyecto, por la

³⁰⁷ Ídem. Pág.57.

³⁰⁸ Ídem. Pág.58.

sencilla razón que **nunca tuvo vocación para ello. Quizás por ello, conscientes las partes de esta realidad fáctica y documental, previeron en la Parte Especial del Contrato de Concesión –que es la que aplica al caso particular-, la obligación al Concesionario de reconocer dichos costos al Originador –identificando como tal a CONSTRUCCIONES (sic) EL CONDOR- cuando este último NO RESULTARE SELECCIONADO COMO CONCESIONARIO, clarificando con ello cualquier duda interpretativa que pudiera generarse del lenguaje de la Parte General, teniendo en cuenta la prevalencia de la Parte Especial en materia de interpretación del Contrato”**. (el subrayado es del texto). Agrega que “Así lo reconoció la ANI, como consta en las pluricitadas comunicaciones de estos Alegatos de Conclusión y es ese precisamente el motivo por el cual la ANI restringe la suscripción del Contrato a la constitución de un SPV (Comunicación No. 2015-200-005329-1) y establece que dicha constitución aplica, independientemente que el Originador sea el Adjudicatario, por lo que vale la pena citar la misma nuevamente, para mayor claridad del Tribunal:

“3.2. Condiciones adicionales Jurídicas: (...)

(iv) CONSTITUCIÓN DEL SPV

1) Dentro de los treinta (20) Días Hábiles siguientes a la Adjudicación de la Selección Abreviada de Menor Cuantía, el Adjudicatario deberá constituir un SPV para la suscripción del Contrato de Concesión. El SPV deberá ser una sociedad comercial por acciones de nacionalidad colombiana, cuyo único objeto sea la suscripción y ejecución del Contrato de Concesión.

2) La no constitución del SPV en los plazos y términos indicados en este Pliego de Condiciones, facultará a la ANI para hacer efectiva la Garantía de Seriedad de la Oferta, a menos que dicho plazo sea prorrogado por la entidad.

NOTA: Las condiciones precedentes se aplicarán en el evento en que no se presenten terceros interesados en el proyecto.”³⁰⁹ (Resaltado y negrillas fuera del texto)”.

Y anotó que “Construcciones El Cóndor no podía, por expresa disposición de la ANI, suscribir el Contrato de Concesión y ejecutarlo en su condición de Originador, porque la misma entidad estableció que Construcciones El Cóndor era **sólo** eso: **EL**

³⁰⁹ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio No. 2, Medios Magnéticos, Prueba No. 77 Ídem. Pág.59.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

ORIGINADOR DEL PROYECTO."(el subrayado es del texto), advirtiendo que "...el SPV que se constituyera, bien podría ser una sociedad por acciones simplificada, conformada por un único accionista, tal y como es la Concesión Cesar Guajira. Sin embargo, nada impedía que no pudieran haber diferentes accionistas distintos al adjudicatario en la Concesión Cesar Guajira, y es que dicha situación, en efecto, fue prevista por la minuta del Contrato de Concesión en el numeral 19.5., en donde Construcciones El Cóndor tenía únicamente la obligación de mantener el 25% de su participación accionaria. (-)... Construcciones El Cóndor siempre iba a mantener su condición de Originador -con los riesgos que ello implicaba de acuerdo con la Ley- puesto que así lo previeron las Partes desde la gestación del proyecto y por expreso requerimiento de la entidad, y que, posteriormente, mutaría su condición de Originador a la de Accionista -pero nunca a la de Concesionario-, resulta evidente que el Concesionario le **DEBÍA** pagar los Costos de Estructuración en los que incurrió, toda vez que no podría haber un detrimento patrimonial por parte del privado que, en su deber de colaboración, asumió una obligación que es de orden estatal, tal y como fue acreditado jurídicamente en capítulos previos a éste. (-) Téngase en cuenta y se reitera: La **ÚNICA** obligación participativa de CONDOR en el Concesionario tenía un límite mínimo: 25%." ...(-) Es más, si ello no fuera así, no tendría explicación de por qué en el Modelo Financiero que fue presentado en etapa de factibilidad y que se materializó en el Modelo Financiero del Concesionario, se contemplan los costos de estructuración como un costo del proyecto. Es decir, que era claro para la entidad y para el mismo Concesionario que había que incurrir en ese pago al Originador y que el mismo sería recuperado con la ejecución del proyecto"³¹⁰.

Sostiene que la interpretación de la prenotada Sección 3.7. de la parte especial del contrato, la Convocada "hace decir a la estipulación lo que no dice. Recuérdese para estos efectos que desde la etapa de estructuración del proyecto, era claro que el Contrato de Concesión no sería suscrito con el Originador del proyecto, es decir, que su celebración sería, bien con la SPV conformada por Construcciones El Cóndor, El Cóndor con otros o bien con el tercero que hubiera presentado manifestaciones de interés y hubiese resultado adjudicatario. ...(-) Correspondía a la ANI ... indicar que en el evento en el que se suscribiera el contrato con una SPV cuyo único socio fuera el Originador del proyecto, no se reconocerían los costos de estructuración. Dicha estipulación hubiera resultado viable y jurídicamente aceptable de acuerdo al marco normativo. (-) Sin embargo no lo hizo y procedió a suscribir el contrato con una

³¹⁰ Ídem. Págs.60 y 61.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

estipulación válidamente celebrada y por tanto vinculante para los signatarios del Contrato de Concesión. De lo anterior se infiere, que tanto para la ANI como para el Originador/estructurador, resultaba claro que con la constitución de una sociedad de propósito especial para la ejecución del proyecto, se materializaba la obligación de cancelar los costos de estructuración.(-)... pretende la ANI ... hacer creer al Tribunal que dada la composición accionaria de la Concesión Cesar Guajira, es el Originador el que suscribe el Contrato de Concesión, olvidando así que su predicado es tan contrario a la ley, que permitiría la confusión de patrimonios, de capacidad y de responsabilidad de las dos empresas, tanto así que hubiera podido la Concesión responder por las obligaciones que Construcciones El Cóndor tuviera en virtud de la celebración de otros vínculos contractuales; que las circunstancias que afectarían la capacidad del Originador igualmente se transmitirían a la Concesión o aún en el mayor absurdo, que Construcciones El Cóndor tendría la capacidad de contraer obligaciones en nombre de la Concesión y viceversa.”³¹¹. Y más adelante, en otro aparte de su alegato, agrega que “haciendo una interpretación basada en otras disposiciones contractuales y legales, asumiendo para tal efecto una competencia de la que carecen, dado que la posibilidad de realizar interpretaciones unilaterales está expresamente prohibida en la sección 16.3 de la Parte General del Contrato (...) Ninguna de las disposiciones del Contrato podrá interpretarse en el sentido de crear una relación distinta entre las Partes a la de la vinculación comercial en los términos del Contrato y de la Ley Aplicable, en particular, lo reglado sobre asociaciones público privadas en la Ley 1508 de 2012 (...)³¹²” (Subrayas fuera de texto)

La Convocante controvierte la interpretación que del contrato hace la Convocada; “...la ANI pretende hacer prevalecer dos disposiciones del Contrato para frustrar al Concesionario del derecho que le atañe, así, encuentra:

Parte General. Definiciones.

“1.40 “Costos de Estructuración”

*Corresponde al pago que el Concesionario deberá hacer (a) Al originador equivalente al monto que la ANI hubiere aceptado como valor de los estudios realizados para la estructuración del Proyecto de conformidad con el artículo 16 de la Ley 1508 de 2012, **en los términos de la Sección 3.7. (a) de la Parte Especial***

³¹¹ Ídem. Págs.61 y 62.

³¹² Ídem. Pág.80.

y sólo en los casos en los casos en que el originador del proyecto no haya sido el adjudicatario del contrato (...)".

Por su parte , considera que "...ha de tenerse en cuenta que la anterior estipulación se encuentra contenida en el capítulo de "Definiciones" de la Parte General del Contrato de Concesión; sin embargo, su aplicación debe realizarse en concordancia con las normas de interpretación plasmadas en el mismo contrato, en la ley y en la jurisprudencia. (-) ... en el mismo Contrato de Concesión se establece en la Sección 19.14. de la Parte General que:

"La siguiente será el orden de prelación de documentos que hacen parte del presente Contrato, el cual hará referencia a lo expresamente regulado en el contenido de cada uno de dichos documentos:

Parte Especial

Parte General (...)

Reglas de la Viabilidad de la Oferta en Etapa de Prefactibilidad o del Proceso de Selección, según corresponda".

Por su parte, el estatuto contractual precisa que: "**Ley 80 de 1993. Artículo 28. De la interpretación de las reglas contractuales.** En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

Ahora bien, es importante precisar que el artículo 1622 del Código Civil establece a efectos de la interpretación de las cláusulas contractuales que: "**Artículo 1622.** Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”.

En efecto, la justicia arbitral ha señalado que:

“En este sentido, recuerda el Tribunal que de conformidad con el artículo 1622 del Código Civil, uno de los criterios más importantes para la interpretación de los contratos se concreta en el comportamiento contractual de las partes, esto es, en la manera en que las partes han entendido y aplicado lo pactado en el contrato³¹³...(-)...

En ese orden de ideas, este criterio de interpretación del contrato subraya que probablemente no habrá mejor alternativa hermenéutica respecto del contenido de la declaración para escudriñar en la intención de las partes al formularla, que el comportamiento que ellas mismas hayan observado durante su ejecución (...) Se trata, entonces, de asumir el comportamiento de las partes como criterio interpretativa o de la existencia del denominado “comportamiento interpretativo.(...)”³¹⁴

Al respecto resulta del caso resaltar que en la ejecución de los contratos estatales ha de observarse con estricto apego el principio de buena fe, del cual deriva el venire contra proprium factum non valet, según el cual, se “...sanciona a quien ejerce con retraso un derecho, actuando contradictoriamente y lesionando la buena fe de quien ha confiado en esa primera situación; esa conducta del titular importa un abuso del derecho que no puede ser privilegiada³¹⁵”. En este orden de ideas, la figura **venire contra proprium factum non valet** se utiliza como base generadora de responsabilidad cuando el Estado pretende desconocer sus propias actuaciones en desarrollo de un contrato³¹⁶³¹⁷

³¹³ CONVOCANTE: AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. CONVOCADA: HALCROW GROUP LIMITED ÁRBITROS: JOSÉ VICENTE GUZMÁN ESCOBAR, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, ALFONSO HERNÁNDEZ TOUS

³¹⁴ CONSEJERO PONENTE: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá., D.C. nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012). Radicación No.:88001233100020000057 01. Expediente No.: 22.714

³¹⁵ BORDA, Alejandro. La Teoría de los actos propios.

³¹⁶ Laudo Arbitral del 24 de abril de 2016. Convocante: Vías de las Américas S.A.S. vs ANI

³¹⁷ Alegatos de Conclusión. Págs.62 a 65.

4.2.1.4. La conducta de las partes y la referencia a una compensación.

Con base en esas consideraciones, la Convocante se remite a “la conducta contractual de las Partes. Para estos efectos es necesario acudir a la manera en la que se llevó a cabo el pago de los costos de estructuración al Originador del proyecto, las actuaciones de la ANI y de la Interventoría del Contrato, así como al contexto fáctico que permitió efectuar la compensación de obligaciones entre el Concesionario y el Originador del proyecto.”³¹⁸.

En primer lugar, resalta que de acuerdo con la Sección 4.4 de la Parte Especial del Contrato, la Convocante tenía la obligación de realizar el primer aporte de “equity” a la Cuenta Proyecto; y transcribe los siguientes términos de dicha obligación:

Giros	Monto mínimo	Fecha máxima del Aporte
Giro 1	Dieciséis mil ochocientos treinta y cinco millones doscientos treinta y cuatro mil doscientos treinta y cinco (\$16.835.234.235) Pesos del Mes de Referencia	Fecha de constitución del Patrimonio Autónomo

Indica que para cumplir con ese primer aporte “...entre la **CONCESIÓN CESAR GUAJIRA S.A.S.** y **CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A.**, se suscribieron los Contratos de Crédito Subordinado Accionista No. A y Accionista No. 2, a través de los cuales **CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A.** otorgó préstamos por valor de QUINCE MIL CUATROCIENTOS SEIS MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO (\$15.406.763.255) Pesos y por valor de OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL PESOS (COP \$841.368.905), respectivamente, en favor de **CONCESIÓN CESAR- GUAJIRA S.A.S.**” Manifiesta que “en virtud del Contrato de Crédito Subordinado Accionista No. A, **CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A.**, en su condición de accionista, se constituyó en deudora de **CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.** respecto de la obligación de efectuar aportes de equity para garantizar los Recursos de Patrimonio del Concesionario”. Añade que “De otra parte, **CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A.**, en su condición de Originador del Proyecto –ya no de accionista-, requirió el pago de los costos de estructuración del proyecto, mediante Factura No. 11324 del 28 de julio de 2015, por un valor de DIECISEIS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES CIENTO TREINTA Y DOS MIL CIENTO SESENTA PESOS

³¹⁸ Ídem. Pág.65.

(\$16.247.132.160) IVA incluido. "; y que "Por su parte, el 31 de julio de 2015, se aportó al Patrimonio Autónomo el setenta por ciento (70%) del valor de la Factura No. 11324, que equivale a la suma de ONCE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL QUINIENTOS DIEZ PESOS (\$11.372.992.512)"³¹⁹.

A partir de esa descripción, destaca que "Mediante comunicación de Agosto 3 de 2015 radicado Nro. 303700200-8127-01017, **CONCESIÓN CESAR GUAJIRA S.A.S** informó al Patrimonio Autónomo que administra la Fiducia del proyecto, la existencia de la compensación, al ordenar registrar parte de las acreencias de **CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A** originadas en la Factura No. 11324 como aportes realizados al fideicomiso por la suma de ONCE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL QUINIENTOS DOCE (\$11.372.992.512) PESOS, que se corresponde con el 70% del valor de los costos de estructuración. (-) Por tal motivo, la **CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S** contabilizó, bajo normas internacionales, la Factura No. 11324 y reconoció el ingreso a valor razonable contra el activo intangible, quedando debidamente reconocidos en los estados financieros del Patrimonio Autónomo en el mes de Julio de 2015. (-) La aceptación de la ANI al pago realizado se denota particularmente en el Acta de Inicio del Contrato de Concesión, a la cual concurrieron el representante legal de la Concesión Cesar Guajira, de la Interventoría del Contrato y el Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI, en la que se verifica el pago de los costos de estructuración a través de la figura de la compensación.

Posteriormente se hizo referencia a varios testimonios y comunicaciones cruzadas de las partes, a las cuales hizo referencia este Tribunal en el capítulo 1.4 PRUEBAS EN RELACIÓN CON LOS COSTOS DE ESTRUCTURACIÓN del presente Laudo.

4.2.1.5. La lógica financiera de la operación efectuada entre la Concesión Cesar Guajira y Construcciones El Cóndor.

Señala la Convocante que el modelo financiero requerido para el proyecto incorporado en la iniciativa privada, incluía entre otros elementos relevantes para las condiciones del contrato, el plazo de ejecución y su financiación, la Tasa Interna de Retorno (en adelante TIR) y la financiación del proyecto, el VPIP. Menciona que en el modelo se incluyó como costo el monto aprobado por la Convocada por concepto

³¹⁹ Ídem. Pág.66.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

de costos de estructuración, y en general la totalidad de los gastos del proyecto; y afirma que “es sobre este supuesto que se proyectó su TIR y en segundo lugar, debe tenerse presente que al modificar las variables financieras del proyecto –como lo son los costos del proyecto-, varían los supuestos sobre los cuales se construyó el modelo financiero”³²⁰.

Con base en lo anterior la Convocante concluye que:

- (i) los costos de estructuración estuvieron contemplados desde un inicio en el modelo financiero del proyecto;
- (ii) dichos costos, al igual que los demás, determinaron la estructura financiera del proyecto, influyendo directamente en el establecimiento del VPIP y en la TIR del contrato;
- (iii) en el evento en el que Originador y Concesionario fueran la misma persona, igualmente el valor de los costos de estructuración sería reconocido a título de mayor retorno sobre el capital invertido;
- (iv) de excluirse el pago de los costos de estructuración, se modificaría el OPEX y en consecuencia la TIR proyecto, aumentándose de un 10.90% al 11.13%;
- (v) de prohibirse el pago de los costos de estructuración al Originador del proyecto, se le colocaría injustificadamente en condiciones diferentes a terceros eventuales que resultaran adjudicatarios;
- (vi) no existieron condiciones diferenciadoras desde el punto de vista financiero que previeran que el ejecutor del proyecto no reconociera los costos de estructuración.

Añade que “...tal y como fue establecido por el perito en su experticia, así como en el testimonio que rindió ante este Tribunal, es una realidad fáctica y financiera la lógica propuesta sobre la amortización de dichos costos de estructuración a lo largo del proyecto, siempre y cuando éste se hubiera realizado en condiciones de normalidad;

³²⁰ Ídem. Pg.89.

sin embargo, nada obstaba para que los mismos costos fueran reconocidos en un proyecto como éste, que tuvo una causal de terminación anticipada y, por ende, le han de ser reconocidos todos los costos en los que incurrió el Concesionario”³²¹.

En los alegatos, la Convocante también concluye que:

8.3.4. PAGO DE COSTOS DE ESTRUCTURACIÓN DEL PROYECTO

*Al respecto se tiene que las pretensiones de la demanda carecen de cuantía. En consecuencia, respecto de las mismas, se trata de un arbitraje eminentemente declarativo, en el que se busca de una parte, la declaración de procedencia del pago efectuado por concepto de costos de estructuración del proyecto a CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. y el consecuente reconocimiento de los mismos por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA en la liquidación que se efectúe del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, y de otra parte, la operación de la compensación existente realizada por ministerio de la ley entre CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S y CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. por los montos correspondientes a los costos de estructuración del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 006 de 2015 y los aportes de equity realizados en virtud de la deuda subordinada de CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. con el Concesionario. El día 17 de Abril a las 3:00 p.m. se llevará a cabo la audiencia de instalación del tribunal en la Calle 76 No. 11-52, Piso 2, oficinas de la Cámara de Comercio de Bogotá. **De conformidad al análisis realizado de dicha demanda, por parte de esta Interventoría, se indica que dada la forma en que se terminó el contrato, esto es, a que se está frente a una terminación anticipada, las inversiones realizadas, incluyendo los costos de estructuración, no fueron recuperadas, por tanto, resulta razonable considerar su reconocimiento (...)***

En este sentido, resulta claro que los costos de estructuración habían de ser reconocidos y era financieramente lógico que se reconocieran dichos costos al haberse terminado anticipadamente el Contrato, bien porque el Modelo Financiero -que era conocido por la ANI desde el inicio del Contrato- así lo estipulaba y bien porque el Concesionario no podría recuperar dicho costo en la ejecución del proyecto, porque simplemente ésta no se dio. Todo ello incluso, con independencia de esta controversia.”³²²

³²¹ Ídem. Pág.

³²² Alegatos de Conclusión. Págs.94 a 97.

4.2.2. ARGUMENTOS Y EXCEPCIONES DE LA CONVOCADA.

En la contestación de la demanda reformada, el apoderado de la ANI interpuso las siguientes excepciones, que se examinarán aquí en lo referente a este aparte del Laudo:

- Desconocimiento del principio de buena fe contractual.
- De la debida interpretación de las cláusulas contractuales.
- Cumplimiento del requisito previsto en el numeral 3.7 para que no opere el reconocimiento de los costos de estructuración.
- Imposibilidad de reconocer los costos de estructuración por mandato legal
- Incumplimiento de los requisitos legales para la operancia de la compensación y de la confusión.

Y en el alegato de conclusión planteó los argumentos que a continuación se sintetizan.

4.2.2.1. Respetto de las pretensiones declarativas acerca del reconocimiento de los costos de estructuración.

Se repite que respecto de la **pretensión VIGÉSIMA TERCERA** la Convocada se opuso porque entiende que ésta excede el ámbito de competencia del Tribunal Arbitral por cuanto refiere a hechos sucedidos en la etapa precontractual, razón por la cual extralimita la facultad concedida por el pacto arbitral, “razón por la cual, las pretensiones encaminadas al reconocimiento de actuaciones previas a la suscripción del Contrato 006 de 2015, escapan a la órbita de decisión del Tribunal Arbitral, y un pronunciamiento sobre los mismos, desconocería el principio de habilitación propio del arbitraje”. Y agregó que una eventual declaración “que la sociedad **CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A** presentó propuesta de Asociación Público-Privada de iniciativa privada no equivale a nada distinto que reconocer **que el originador, es**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

el mismo que a futuro sería el Concesionario con las implicaciones y efectos legales y contractuales que se derivan de la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios".³²³

Respecto **de la pretensión declarativa VIGÉSIMA CUARTA**, también se opuso habida cuenta de que la constitución de la sociedad Cesar – Guajira S.A.S., es previa a la suscripción del Contrato, razón por la cual estima que el Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre la pretensión formulada. Y agregó que *"En todo caso, declarar que la sociedad CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S, se constituyó con el objeto de suscribir y ejecutar el contrato de concesión, no hace sino confirmar que el originador es el mismo concesionario, con los efectos legales y contractuales descritos en las excepciones que habrán de prosperar en el presente trámite arbitral"*.³²⁴

Respecto de la pretensión **VIGÉSIMA QUINTA** se opuso por considerar, por la misma razón, que también que excede el ámbito de competencia del Tribunal Arbitral . Y agregó que no puede despacharse en este Laudo *"Adicionalmente, por tratarse de una pretensión que cobija intereses de personas que no suscribieron el PACTO ARBITRAL como lo es CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A."*. Y añadió que *"Pero aún si se considerara que el Tribunal es competente para esta declaratoria tampoco está probado que esos costos de estructuración hayan sido sufragados efectivamente por éste, ni por su controlante, ni por el concesionario en la medida en que lo que obra en el expediente es una mezcla de facturas, asientos, compensaciones, créditos subordinados y operaciones contables de las cuales no se sabe si obedecieron a los costos de estructuración propiamente dichos, o a los aportes de capital de riesgo o "equity" como se demostrará en la excepción correspondiente mas adelante en el presente escrito y como se pide que se declare por la convocante en sus pretensiones declarativas 41 y siguientes"*.³²⁵

Y añadió que "Es de anotar que si bien en el dictamen de parte de VILLOTA se establece que dentro del modelo financiero están incluidos los "Costos de Estructuración" como un componente del gasto del proyecto, dicho dictamen no otorga luces sobre su **real inclusión dentro de las erogaciones del Concesionario, ni sobre su ingreso efectivo al proyecto**. Es decir, no aporta nada en este sentido. Eso si, concluye que los costos fueron traducidos en la factura 11324 de 2015 y afirma

³²³ Contestación de la Demanda. Folio 299, Cuaderno Principal No.1.

³²⁴ Ídem. Folio 309.

³²⁵ Ídem.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

textualmente (página 13 del dictamen) que dicha factura "... fue pagada por parte de la sociedad Concesión Cesar Guajira SAS" lo que difiere de lo probado en este proceso en tanto los demás testigos, y la misma demanda advierten que lo que sucedió fue otra cosa bajo la figura de la compensación, el crédito subordinado como se relata en los **hechos 42 al 50**. Pero lo cierto es que jamás se efectuó el **pago en efectivo** de dicha factura".

Respecto de la pretensión declarativa VIGÉSIMA SEXTA también se opuso por considerar que ésta cobija intereses de personas ajenas al PACTO ARBITRAL como lo es CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.

Respecto de la pretensión **VIGESIMASEPTIMA**, la Convocante anotó que ella "...no aprobó el valor de los costos de estructuración del proyecto³²⁶, sin embargo, debe tenerse en cuenta que **dichos costos únicamente debían ser reconocidos y pagados por el Concesionario al originador, cuando este último fuera diferente al primero**, cosa que no sucedió en el presente caso³²⁷. Consideró importante insistir en que el Originador del proyecto fue la sociedad CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A., "sociedad que resultó adjudicataria del contrato y quien más adelante, en cumplimiento de lo previsto en el Pliego de Condiciones, que hace parte del Contrato de Concesión, según la sección 1.33 de la parte general, constituyó el SPV CONCESIÓN CESAR GUAJIRA S.A.S, sociedad que suscribió el Contrato de Concesión No. 006 de 2015 y que para efectos del Contrato son la misma persona. Todo este razonamiento tiene su fundamento legal y contractual en lo siguiente:

El artículo 14 de la Ley 1508 de 2012 dispuso:

³²⁶ De la declaración de la testigo MARITZA CUBILLOS se extrae que:

"DR. ÁLVAREZ: Cuéntenos, porque ya es tema no solamente de la demanda, sino de varios testigos que hemos recibido, cómo se registró el tema de la cuota de estructuración o del valor de estructuración?"

*SRA. CUBILLOS: Bueno, frente a eso, cuando se da todo el proceso de la legalización de la factura de los costos de estructuración, **la interventoría, la ANI, inclusive, opera una vez ya se ha hecho el registro. El registro no pasa o no tiene una aprobación previa ni por parte de la ANI ni por parte de la interventoría, es decir, no hay una aprobación de ese gasto para poder ser causado"**.*

³²⁷ Esta afirmación es corroborada por la testigo MARITZA CUBILLOS, quien afirmó:

*"...Cuando este fenómeno sucedió básicamente lo que dijimos es, **teniendo en cuenta que este contrato fue adjudicado al mismo originador, no deben pagarse estos costos de estructuración, por lo tanto debería reversarse esa factura, y así fue como se dio empezó esta discusión sobre el tema de los costos de estructuración."***

“Artículo 14. Estructuración de proyectos por agentes privados. Los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes. (...)

En la etapa de factibilidad el originador del proyecto deberá anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos”. (Se subraya)

El artículo 19 de la Ley 1508 de 2012 establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 19. INICIATIVAS PRIVADAS QUE NO REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS: Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el Originador del proyecto, ...la entidad competente publicará el acuerdo...en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública “Secop”.

En esta publicación la entidad estatal competente señalará las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y **anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente Originador, en las condiciones acordadas, si no existieren otros interesados en la ejecución del proyecto.**

Transcurrido el plazo de la publicación anteriormente referida, sin que ningún interesado distinto al Originador del proyecto manifieste a la entidad estatal competente, su interés de ejecutarlo o cumpla las condiciones para participar en su ejecución, se podrá contratar con el originador, de manera directa en las condiciones pactadas.” (Se resalta)

En concordancia con el anterior precepto, el inciso 2 del artículo 6 del Decreto 2043 de 2014 estableció:

“Si se recibieren manifestaciones de interés dentro del término señalado en el artículo anterior y se cumple con los requisitos previstos en la publicación, la

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

*entidad estatal competente, sin consideración al presupuesto estimado de inversión, deberá proceder a conformar la lista de precalificados...**En caso contrario, procederá a contratar con el originador de manera directa en las condiciones publicadas**". (Se resalta)*

La Resolución de Adjudicación del Contrato de Concesión señala lo siguiente:

*"(...) el Vicepresidente de Estructuración (E) de la Agencia Nacional de Infraestructura, comunicó la viabilidad de la iniciativa al originador, manifestándole **que la propuesta en Etapa de Factibilidad del Proyecto de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada que no requiere desembolso de recursos públicos denominado "CESAR - GUAJIRA" presentado por la Sociedad CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. es viable** (...) Que llegado el día y la hora previsto en el cronograma para la presentación de manifestaciones de interés, esto es el 12 de mayo de 2015 a las 10:00 am, **no se recibió ninguna manifestación de interés para el presente proceso** de Asociación Público Privada VJ-VE-APP-IPV-004-2015, por lo que no resulta procedente la conformación de la lista de precalificados y la apertura del respectivo proceso de selección abreviada (...) **lo cual ratifica la situación legal aquí enunciada como constitutiva de una causal de contratación directa** (...) RESUELVE: Artículo Primero: **Adjudicar el Contrato de Concesión** bajo el esquema de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada para la ejecución del proyecto cuyo objeto es "Construcción, Rehabilitación, Operación y Mantenimiento y Reversión del sistema vial para la conexión de los Departamentos del Cesar y La Guajira", **al ORIGINADOR sociedad CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A.**". (Se resalta)*

El Contrato de Concesión establece lo siguiente en su Parte General, en la Sección "1.112 Originador":

"Corresponde a la persona o personas que, en virtud de lo dispuesto en el Título III de la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, cumplieron con todos los requisitos establecidos por la Ley Aplicable para la presentación, evaluación y aceptación por parte de la ANI de la Oferta en Etapa de Factibilidad que dio origen al Contrato." (Se subraya)

Según esta definición y la Resolución de Adjudicación del Contrato de Concesión, el Originador es CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.

Según la Sección “1.40 “Costos de Estructuración”

“CORRESPONDE AL PAGO QUE EL CONCESIONARIO DEBERÁ HACER (A) AL ORIGINADOR equivalente al monto que la ANI hubiere aceptado como valor de los estudios realizados para la estructuración del Proyecto de conformidad con el artículo 16 de la Ley 1508 de 2012, en los términos de la Sección 3.7(a) de la Parte Especial y **SÓLO EN LOS CASOS EN QUE EL ORIGINADOR DEL PROYECTO NO HAYA SIDO EL ADJUDICATARIO DEL CONTRATO** y (b) a la ANI por los costos incurridos por la ANI en el proceso de estructuración del Proyecto de Iniciativa Pública, en el evento en que se hayan configurado los presupuestos establecidos en el párrafo primero del artículo 19 del Decreto 1467 de 2012, pago que se realizará en los términos de la Sección 3.7(b) de la Parte Especial”. (Se resalta).

De acuerdo con lo anterior, los Costos de Estructuración correspondían al pago que la Concesionario debía hacer a Construcciones El Cóndor S.A., sólo en el caso en que CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. no hubiere sido adjudicataria del Contrato.

Considerando que CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. fue adjudicataria del Contrato de Concesión, no procede el reconocimiento de los Costos de Estructuración que la Concesión Cesar - Guajira S.A.S. pretende hacer valer.

A su vez, el Contrato de Concesión define quién debe entenderse como Concesionario en el **Capítulo I – Definiciones, Sección 1.31**, así:

“1.131 Concesionario: Es la sociedad de objeto único identificada plenamente en la Parte Especial, conformada por quien(es) resultó(aron) adjudicatario(s) con motivo del Proceso de Selección o por quien(es) suscribió(eron) el Contrato de Concesión.”

CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. fue el único que hizo parte del Proceso de Selección, nadie más se presentó, y resultó adjudicatario del mismo³²⁸.

³²⁸ Esto lo confirma el testigo ALFREDO CORAL, quien manifestó que:

“En este caso qué ocurrió, efectivamente Construcciones el Condor era el originador, aquí fue el único originador, nadie más se presentó, había una oportunidad para que se presentara otra personas en el proceso de selección abreviada que trae la ley, no se presentó nadie más, estuvo siempre solamente el Cóndor y Condor fue el adjudicatario real del contrato y por lo tanto le aplicaba la regla de que si era el originador a quien se le adjudicaba el contrato no tenía derecho a esos costo de estructuración”.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En este sentido, los Costos de Estructuración que pretende hacer valer el Concesionario, procedían si CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. -adjudicatario del Proceso de Selección-, no hubiese sido el mismo Originador.

Dicho en otras palabras, como Construcciones El Cóndor S.A. fue el Originador, no proceden los Costos de Estructuración que el Concesionario pretende hacer valer, confirmándose lo expuesto en el punto anterior. En los anteriores términos es claro cuando el **numeral 3.7 de la Parte Especial** establece:

“3.7 Costos de Estructuración.

El Concesionario (...) deberá la suma de DIECISÉIS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO (\$16.791.578.824) Pesos del Mes de Referencia por concepto de Costos de Estructuración que será cancelado de la siguiente forma:

(a) Al Originador, CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A., la suma de TRECE MIL SETENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA MIL (\$13.076.880.000) Pesos del Mes de Referencia más IVA, que deberá ser cancelada en los siguientes términos, previa presentación de la correspondiente factura por parte de CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A.: (i) setenta por ciento (70 %) dentro de los treinta (30) Días siguientes a la suscripción del Contrato y (ii) treinta por ciento (30%) dentro de los treinta (30) Días siguientes a la acreditación del Cierre Financiero. En el caso que la ANI celebre el Contrato de Concesión con el Originador no habrá lugar al pago de la suma prevista en este literal.

(b) A la ANI o a quien designe expresamente la ANI (...). (Se resalta)

No procede entonces pago alguno de la suma prevista en el **literal (a) de la cláusula 3.7**, por cuanto la **ANI** celebró el Contrato de Concesión con el Originador que se conformó como una sociedad de propósito específico llamada Concesión Cesar - Guajira S.A.S.

Las cláusulas del Contrato concuerdan con lo dispuesto en el artículo **17 de la Ley 1508 de 2012**, que establece:

*“ARTÍCULO 17 (...) **Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad pública competente haya determinado, antes de la licitación, como costos de los estudios realizados para la estructuración del proyecto**”.* (Se resalta)

Nótese como la norma indica que sólo si el Originador no resulta ser el adjudicatario, deberá recibir de este último el valor de los costos de estructuración. Precisamente, ésta es la razón por la cual el **artículo 16 de la Ley 1508 de 2012** dispone que, al declarar una iniciativa viable, la entidad indicará al Originador cuál es el monto que acepta como valor de los estudios realizados.

Incluso, si la iniciativa es rechazada, la entidad no tiene la obligación de pagar los estudios realizados, sino que puede decidir si adquiere o no algunos insumos o estudios, de acuerdo con el mismo artículo 17 ya citado.

Considerando que el Originador, **CONSTRUCCIONES EL CÓNDROR S.A.** sí resultó seleccionado para la ejecución del Contrato, se confirma por tercera vez que no procede el reconocimiento de los Costos de Estructuración solicitado por la **CONCESIÓN CESAR - GUAJIRA S.A.S.**

A partir de los **Pliegos de Condiciones y del SPV -correspondiente a las siglas en inglés de Special Purpose Vehicle-**, tenemos que de acuerdo con el Pliego de Condiciones, que hace parte del Contrato de Concesión según la **Sección 1.33 de la Parte General:**

*“1.4.4 **“Adjudicatario”**. Es el Oferente que, habiendo presentado una Oferta Hábil y de conformidad con lo señalado en el presente Pliego de Condiciones, ha obtenido la mayor puntuación en los factores de escogencia y cumplido con las condiciones del presente documento, **haciéndose titular del derecho y la obligación de constituir el SPV y de que éste suscriba el Contrato de Concesión.**”*

*“1.4.11 **“Concesionario”**. Es el SPV una vez éste suscriba el Contrato de Concesión.*

*“1.4.38 **“SPV”**. Es la sociedad de objeto único que **deberá ser constituida por el Adjudicatario** de conformidad con las Leyes colombianas y lo establecido en el presente Pliego de Condiciones. **Esta sociedad tendrá el derecho y la obligación de suscribir el Contrato**, y su régimen de responsabilidad será el que se establezca*

en las Leyes civiles y comerciales de acuerdo con el tipo de empresa que se conforme.

“7.3 CONSTITUCIÓN DEL SPV

7.3.1. Dentro de los veinte (20) Días Hábiles siguientes a la Adjudicación de la Selección Abreviada de Menor Cuantía, **el Adjudicatario deberá constituir un SPV para la suscripción del Contrato de Concesión. El SPV deberá ser una sociedad comercial por acciones de nacionalidad colombiana, cuyo único objeto sea la suscripción y ejecución del Contrato de Concesión.**

7.3.2. La no constitución del SPV en los plazos y términos indicados en este Pliego de Condiciones, facultará a la ANI para hacer efectiva la Garantía de Seriedad de la Oferta, a menos que dicho plazo sea prorrogado por la entidad”. (Se resalta)

Y según el artículo **19 de la Ley 1508 de 2012:**

“ARTÍCULO 19. INICIATIVAS PRIVADAS QUE NO REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS: (...) En esta publicación la entidad estatal competente señalará las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente Originador, en las condiciones acordadas, si no existieren otros interesados en la ejecución del proyecto.

Transcurrido el plazo de la publicación anteriormente referida, sin que ningún interesado distinto al Originador del proyecto manifieste a la entidad estatal competente, su interés de ejecutarlo o cumpla las condiciones para participar en su ejecución, se podrá contratar con el originador, de manera directa en las condiciones pactadas.” (Se subraya)

De acuerdo con lo anterior, el Adjudicatario podía ser entonces:

- a) El Originador.
- b) Un oferente distinto al Originador.

En cualquiera de los dos casos, éste debía obligatoriamente constituir una sociedad de propósito específico (SPV) que se convertiría en el Concesionario.

Considerando que según el Pliego de Condiciones si el Originador resultaba Adjudicatario, debía constituirse en un SPV, si tomáramos literalmente el aparte del **numeral 3.7 de la Parte Especial** que señala: **“En el caso que la ANI celebre el Contrato de Concesión con el Originador no habrá lugar al pago de la suma prevista en este literal”**, entonces dicha disposición jamás hubiera podido aplicarse, porque el Originador obligatoriamente debía conformar un SPV y, en consecuencia, el Contrato de Concesión siempre sería celebrado con una sociedad comercial independiente al Originador.

Ahora bien, recuérdese que conforme a lo previsto en el artículo 1620 del Código Civil *“[e]l sentido en el que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”*. De esta manera, **es evidente que lo que la cláusula señala es que, en el caso que la ANI celebre el Contrato de Concesión con el SPV del Originador, no habrá lugar al pago de la suma prevista en el literal (a) de la Sección 3.7 de la Parte General.**

CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A., mediante radicado 201540900371952, hizo entrega de la constitución del SPV bajo la razón social *“Concesión Cesar - Guajira S.A.S”*, cuyo objeto social fue precisamente la ejecución del referido Contrato, sociedad que está conformada con un único accionista que es el mismo Originador, como así consta en el artículo séptimo de los Estatutos.

Se reitera entonces que no puede entenderse simplemente -como lo hace el Concesionario- que como **“CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.”** tiene una razón social diferente a **“CONCESIÓN CESAR - GUAJIRA S.A.S”**, entonces no aplica la prohibición, porque esto implica pasar por alto que fue el propio Originador **“Construcciones El Cóndor S.A.”** quien con posterioridad a la Resolución de Adjudicación y antes de la celebración del Contrato de Concesión, conformó al Concesionario como persona jurídica de propósito específico (SPV) en cumplimiento de los requisitos precontractuales.

De acuerdo con lo anterior, **la prohibición del literal (a) del numeral 3.7 de la Parte Especial** aplica cuando la **ANI** celebra el Contrato de Concesión con el SPV que constituyó el Originador. Finalmente, y como si fuera poco lo argumentado hasta el momento, en **la Sección 2.6 (xvi) de la Parte General del Contrato** se indica:

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

“(xvi) **EL CONCESIONARIO DECLARA QUE EN SU CALIDAD DE ORIGINADOR** ha puesto en conocimiento de la ANI toda la información que tiene a su disposición en relación con el proyecto (...). (Se resalta).

Así las cosas, **la ANI se opone a que se declare que la Convocante tiene derecho al cobro de los costos de estructuración** del proyecto, no solo por cuanto legal y contractualmente no es factible, sino porque, además, con la pretendida compensación³²⁹, el Concesionario no asumió el pago del primer giro efectivo de **equity**.

En este punto es importante recordar la declaración del perito VILLOTA, cuando manifestó:

“DR. J. PINZÓN: La pregunta es muy precisa y quiere el Tribunal insistir en la misma, el factor, independiente de que eso es clarísimo en todas las APP, que el contratista tiene que proveer los recursos cuando el contrato así lo demanda, con esas facturas **entraron recursos líquidos al equity, a la cuenta?** (resalto)

SR. VILLOTA: **Con las facturas de costos de estructuración no encontramos recursos líquidos a la cuenta**” (resalto)

Por último, el mismo señor VILLOTA, en la página 14 de su dictamen concluye:

“En consecuencia, para responder la primera parte de la pregunta formulada, se puede afirmar que el contrato establece la obligación de pagar o remunerar los costos de estructuración, pero que en caso en que el originador y concesionario fueran la misma persona, siendo ellos capaces de disponer libremente de lo suyo, no obligación (sic) el pago o remuneración de los costos de estructuración”

Con todas las normas anteriormente citadas, las disposiciones contractuales pactadas y los hechos narrados, es evidente la prosperidad de la excepción N° 5 denominada

³²⁹ En la declaración de GAVIRIA CORREA, quedó la siguiente afirmación:

“DR. GALLEGOS: Además de toda esta figura del aporte en especie y de la deuda subordinada, también se refiere la demanda a que en la fiducia se hizo una operación de compensación, usted podría explicarle al Tribunal en qué consistió esa compensación al interior del encargo del negocio fiduciario?”

SRA. GAVIRIA: Tengo entendido que esa **compensación es porque no se le pagó al concesionario el valor de la factura si no se dejó como aporte en el fideicomiso**”.

“LA IMPOSIBILIDAD DE RECONOCER LOS COSTOS DE ESTRUCTURACIÓN POR EXPRESO MANDATO LEGAL”.³³⁰

Respecto de las pretensiones **VIGESIMAOCTAVA** y **VIGESIMANOVENA** de la demanda reformada, la Convocada se opuso por considerar que no cabe “*declarar que la ANI haya aprobado el “primer modelo financiero del proyecto “CESAR GUAJIRA”, presentado por CONSTRUCCIONES EL CONDOR”.* Pero es que además, si así lo declarase el Tribunal ninguna incidencia tendría aquello en tanto los costos de estructuración habrán de ser negados conforme la pretensión declarativa anterior”.³³¹

Respecto de la pretensión **TRIGÉSIMA**, la Convocada se opuso “*puesto que también es evidente que está relacionada con hechos previos a la suscripción del Contrato, razón por la cual excede el ámbito de competencia del Tribunal Arbitral, como se manifestó al momento de contestar la demanda reformada. Esta pretensión, como aquellas declarativas relacionadas con **CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A.** y la iniciativa privada no hacen sino demostrar que para unos efectos la Convocante pretende la unidad de empresa, pero para otros las rechaza argumentando que se trata de dos personas jurídicas diferentes”.*³³²

Respecto de las pretensiones declarativas **TRIGÉSIMA PRIMERA, TRIGESIMA SEGUNDA y TRIGESIMATERCERA** la Convocada señaló que “*conforme la Resolución de adjudicación 0823 de 2015 obrante en el expediente, **CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A.** no suscribió el **PACTO ARBITRAL**, por lo cual este Tribunal de Arbitraje carece de competencia para pronunciarse sobre hechos previos a la celebración del Contrato que habilita la cláusula arbitral. Es más, como originador, **CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A.** aceptó la constitución de SPV de resultar aceptada su iniciativa privada³³³. Más aun, en el pliego de condiciones definitivo publicados en el SECOP el 23 de noviembre de 2015 y el 14 de diciembre de 2015 respectivamente, se establecieron las reglas relacionadas con la constitución del SPV, que fueron*

³³⁰ ANI Alegatos de Conclusión. Págs.16 a 23.

³³¹ Ibídem. Pág.23.

³³² Ibídem. Pág.24.

³³³ Mediante Oficio No. 2015-409-014390-2 del 12 de marzo de 2015 obrante en el expediente, el Originador del proyecto manifestó que “*por medio del presente escrito me permito manifestar que aceptó (sic) en su integridad los términos y condiciones de la aprobación de factibilidad de la Iniciativa Privada referenciada, contenidos en su oficio de la referencia y en sus documentos anexos y complementarios, y teniendo en cuenta los estudios y la debida diligencia financiera y técnica adelantada por el originador..(sic) (...)*”

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

aceptadas por **CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A.** como se relató en páginas 33 y 34 del documento con el cual se contestó la demanda reformada.³³⁴"

Respecto de la pretensión **TRIGÉSIMACUARTA** la Convocada se opuso invocando "...lo establecido en la Sección 2.3 (b) (vi) de la Parte General que comporta un requisito que depende de una condición que no se dio, que precisamente era "El PAGO por parte del Concesionario de los Costos de Estructuración, CUANDO (I) EL CONCESIONARIO SELECCIONADO EN EL PROCESO DE SELECCIÓN **NO SEA EL MISMO ORIGINADOR...**" conforme la Sección 2.3 (b) (vi) de la Parte General del Contrato."³³⁵

Respecto de la pretensión **TRIGÉSIMAQUINTA**, la Convocada se opuso porque "legal y contractualmente **sólo le era dable al Originador emitir factura por los Costos de Estructuración del Proyecto, si no resultaba adjudicatario** del proceso de selección, en los términos de los artículos 14º y 19 de la Ley 1508 de 2012 y del inciso 2º del artículo 6º del Decreto 2043 de 2014. Ningún ejercicio argumentativo, ni probatorio ejerció la Convocante para demostrar lo contrario. Pero lo que sí se demostró es que el CONCESIONARIO jamás le pagó al originador nada, lo que realizó fue una serie de operaciones contables para crear partidas, compensar y/o confundir obligaciones para evitarse el primer aporte **-en efectivo-** de equity entre el mismo grupo empresarial³³⁶."³³⁷.

Respecto de la pretensión **TRIGÉSIMASEXTA** la Convocante se opuso "...en tanto la constitución de una persona jurídica diferente al estructurador debe tenerse presente que, para los efectos propios de la **sección 3.7 de la Parte Especial** del Contrato, **no puede hacerse distinción entre el Concesionario y el Originador**, cuando el primero se conformó en virtud del SPV celebrado por el segundo, adjudicatario a su vez del proceso de selección. Lo que si se demostró y aceptó en este proceso es que el **originador, el concesionario y el epecista**, son la misma persona, que aunque con distinto NIT, es **CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A.** amén de que con el certificado de Existencia y Representación Legal obrante en el expediente está probada la circunstancia de grupo empresarial en el que unos controlan a otros."³³⁸

³³⁴ Ibídem. Pág.24.

³³⁵ Ibídem. Pág.24.

³³⁶ Al responder la pregunta N° 9 del **dictamen pericial de VILLOTA** se demuestra textualmente que:

"Según lo constatado en los documentos aportados por el Concesionario se puede establecer que al 28 de agosto de 2017 los **aportes de Equity** ascienden a la suma de 4.763.637.721 pesos m/cte, **de los cuales \$ 58.742.060.901 son en dinero y \$ 17.621.676.820 por compensación de cuentas"**

³³⁷ Ibídem. Pág.24.

³³⁸ Ibídem. Pág.25.

Respecto de la pretensión **TRIGÉSIMA SÉPTIMA** la Convocada se opuso porque estima que "...el reconocimiento de los costos de estructuración del proyecto, responde a las condiciones que deben cumplir **eventuales terceros interesados**, situación de facto que no se presentó en el caso objeto de la litis toda vez que el adjudicatario fue el mismo Originador y el Concesionario se constituyó como un SPV formado por el adjudicatario, tal y como lo aceptó expresamente el Originador. Frente a este argumento contractual en el desarrollo del proceso no se presentaron pruebas, ni alegaciones que demostraran lo contrario, razón por la cual se solicita se niegue dicha pretensión".³³⁹

Respecto de la pretensión **TRIGÉSIMA OCTAVA** también se opuso la Convocada "en tanto el Contrato de Concesión regula el pago de los costos de estructuración del proyecto cuando un **tercero interesado, distinto del originador**, resulte adjudicatario del Contrato, evento que acá no ocurrió como quedó demostrado en el trámite arbitral en tanto el **originador, el concesionario y el epecista**, son la misma persona que aunque con distinto NIT, es **CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A.**"³⁴⁰

Respecto de las pretensiones **TRIGÉSIMANOVENA y CUADRAGESIMA** la Convocada se opuso

"por cuanto el Contrato No 006 de 2015, así como de los documentos del proceso de selección y lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1508 de 2012 , **no existía obligación a cargo del Concesionario de pagar a CONSTRUCCIONES EL CÓNDROR valor alguno por concepto de costos de estructuración**, en la medida en que dicho reconocimiento y pago, únicamente procedería en aquel evento en que un tercero interesado resultara adjudicatario del contrato de concesión, hecho este que no acaeció, pues el adjudicatario del contrato fue CONSTRUCCIONES EL CÓNDROR quien fue el Originador del proyecto, es decir que el Concesionario es el mismo Originador tal y como expresamente se reconoció por la Concesión Cesar Guajira en la Sección 2.6 (xvi) de la Parte General del Contrato en donde se indica:

³³⁹ *Ibidem*. Pág.25.

³⁴⁰ *Ibidem*. Pág.25.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

“(xvi) EL CONCESIONARIO DECLARA QUE EN SU CALIDAD DE ORIGINADOR ha puesto en conocimiento de la ANI toda la información que tiene a su disposición en relación con el proyecto (...)”.

De manera que no podría declararse que era obligación del concesionario pagarle al originador dichos costos, en la medida de que era la misma persona. Ello solo tiene como propósito **confundir los costos de estructuración con el primer pago de “equity”** con la figura de la factura y la compensación de que hablaremos mas adelante³⁴¹. Al ser interrogado el perito que rinde el dictamen de parte, el señor Villota, manifestó:

“DR. GALLEGO: Entonces, dejó de hacer un giro de equity efectivo?”

SR. VILLOTA: Pues la figura de compensación es una figura contable válida y establecida, **luego en la literalidad de que no hubo transferencia de recursos, efectivamente no lo hubo**, pero válido el hacer ese tipo de transacciones desde el punto de vista contable”.

Con lo anterior salta a la vista la procedencia de la **excepción N° 6 a las pretensiones de la demanda reformada.**³⁴²

Respecto de la pretensión **CUADRAGÉSIMAOCTAVA**, la Convocada se opuso “...en tanto se trataba de obligaciones surgidas entre dos personas jurídicas -una de ellas ajena a la suscripción del PACTO ARBITRAL- que exceden las competencias y habilitaciones de este Tribunal”.³⁴³

Respecto de las pretensiones **SEXAGÉSIMAPRIMERA y SEXAGÉSIMA SEGUNDA**, la Convocada se opuso “...en tanto no es cierto que exista obligación de la ANI de reconocer costos de estructuración a CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR, por cuanto el Concesionario es el mismo Originador y así lo reconoció expresamente el Concesionario en la sección 2.6. (xvi) del Contrato, razón por la cual, en virtud de la

³⁴¹ En la declaración rendida por la señora MARIA EDILMA GAVIRIA, esto se reconoce textualmente:

“DR. GALLEGO: Gracias, presidente. Voy a cambiar el orden de mis preguntas aprovechando. **Aquí se tiene claro que el primer giro de equity a la cuenta proyecto era la factura, cierto? ¿Con eso se dio cumplimiento al inicio del fideicomiso, con el primer giro de equity, cierto?**

SRA. GAVIRIA: **Sí**”. (resalto)

³⁴² ANI. Alegatos de Conclusión. Págs.25 y 26.

³⁴³ Ibídem. Pág.29

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Cláusula 3.7 de la parte Especial del Contrato, así como lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1508 de 2012, no hay lugar al reconocimiento de los costos de estructuración del proyecto para dicha sociedad. Adicionalmente no está demostrado que existiera un giro efectivo de dinero correspondiente a un pago de los costos de estructuración, y se hacía necesario que se reversen los registros contables de tal forma que se ajusten con la realidad."

En su alegato, la Convocada manifestó que "es imperiosa la procedencia de la excepción N° 2 planteada contra las pretensiones de la demanda reformada bajo el título "2. EL DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL DE PARTE DE LA CONVOCANTE" ³⁴⁴.

4.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO (PROCURADURÍA 147 JUDICIAL II ADMINISTRATIVA DE BOGOTÁ).

El Ministerio Público emitió su concepto, en los términos que se sintetizan en seguida, en lo relacionado con las pretensiones declarativas de la Convocante relacionadas con el reconocimiento de los costos de estructuración de la APP que dio como resultado la celebración del contrato de concesión (Pretensiones 23 a 63), y a las cuales se opuso la Convocada; y destacó que ésta cuestionó "la competencia del tribunal arbitral para conocer de situaciones jurídicas relacionadas con la etapa precontractual, en especial en lo que tiene que ver con las diferencias que se desprenden a partir de la etapa de estructuración del proyecto de APP". ³⁴⁵

El Ministerio Público sintetizó el punto que examina ahora el Tribunal en los siguientes términos:

"tiene que ver con el reconocimiento y pago de los costos e inversiones realizados en su momento por el "originador" – Construcciones El Cóndor S.A.- en el proceso de la estructuración de la APP de Iniciativa Privada, los cuales considera el accionante le deben ser reconocidos y pagados como quiera que el originado del proyecto – Construcciones el Cóndor S.A. es una persona jurídica diferente al Concesionario "Concesión Cesar Guajira S.A.S."; y en su concepto señaló que éste entraña el siguiente problema jurídico: "¿Tiene el concesionario – originador

³⁴⁴ Alegatos de Conclusión. Pág.31.

³⁴⁵ Concepto Ministerio Público. Pág.3.

de la APP Concesión Cesar – Guajira derecho a que le paguen los costos de estructuración o evaluación del proyecto de asociación pública privada de iniciativa privada que dio como resultado la celebración del Contrato de Concesión No. 006 de 2015 celebrado entre la ANI y Concesión Cesar – Guajira S.A.S.?”³⁴⁶. Y al abordarlo expuso su posición sobre los siguientes temas: i) Aspectos Generales de las Asociaciones Público Privadas. ii) El régimen jurídico de las APP en la Ley 1508 de 2012. iii) Regulación normativa de los costos de estructuración dentro de los proyectos Asociación Pública Privada de Iniciativa Privada APP-IP. iv) Regulación contractual de los costos de estructuración dentro de los proyectos Asociación Pública Privada de Iniciativa Privada APP-IP. v) Análisis del caso concreto, dentro del cual se analizará: (v1) Situaciones jurídicas que se presentaron antes de la terminación anticipada del Contrato de Concesión No. 006 de 2015 en relación con los costos de estructuración; (v2) Situaciones jurídicas que se presentaron después de la terminación anticipada del Contrato de Concesión No. 006 de 2015 en relación con los costos de estructuración; y vi) Conclusión.”.

4.3.1. ASPECTOS GENERALES DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS

Dentro del marco de jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa acerca de las características de dichas asociaciones, el Ministerio Público destacó que éstas “se estructuran a través de negocios jurídicos denominados contratos de concesión, como lo reconoce expresamente la Ley 1508 cuando señala, en el artículo 2º, que “las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas”.”, indicando que “independientemente de la naturaleza jurídica y las características de las APP, lo cierto es que por tratarse en últimas de verdaderos contratos estatales, se encuentran sometidos a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la Ley 1508 de 2012, lo que incluye la aplicación y observancia de los principios de la actividad contractual de la Administración Pública”.³⁴⁷

En relación con el régimen de las APP previsto en la Ley 1508 de 2012, destacó que se regulan “ dos tipologías de Asociaciones Público Privadas: (i) las de iniciativa pública y

³⁴⁶ Ídem. Pág.28.

³⁴⁷ Ídem. Pág.32.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

(ii) las de iniciativa privada; las cuales se diferencian en razón a la persona que realiza la estructuración del proyecto, es decir, dependiendo de si la misma la realiza la entidad estatal titular del activo público o el particular interesado. Señala la misma ley que en cualquiera de estas dos modalidades podrá haber o no aportes de la entidad pública contratante, según se defina en la estructuración del proyecto. Sobre el particular ha señalado el Consejo de Estado:

“En efecto, (...) la Ley 1508 de 2012 establece la posibilidad de estructurar dos (2) modalidades principales de asociación público privada: APP de iniciativa pública y APP de iniciativa privada. Sin embargo, dado que en cualquiera de las anteriores puede haber o no aporte de recursos públicos, las modalidades de asociación público privada que pueden utilizarse en nuestro país son realmente cuatro (4), a saber: (i) APP de iniciativa pública sin aporte de recursos públicos; (ii) APP de iniciativa pública con aporte de recursos públicos; (iii) APP de iniciativa privada sin aporte de recursos públicos, y (iv) APP de iniciativa privada con aporte de recursos públicos³⁴⁸.”

Y añade que:

“...las Asociaciones Público Privadas de iniciativa privada tienen su génesis en el inversionista particular a quien se denomina “originador”, quien estructura el proyecto de infraestructura, por su propia cuenta y riesgo, y lo somete a consideración de las entidades estatales competentes. El régimen legal de esta modalidad de Asociaciones Público Privadas se encuentra recogido en el Título III de la Ley 1508 de 2012, estableciendo en su artículo 14, que determina las reglas para la estructuración de los proyectos por agentes privados...³⁴⁹”. De dicha norma resaltó como sigue su inciso sexto, según el cual, “En la etapa de factibilidad el originador del proyecto deberá anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos.”.

Destacó que:

³⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 2382 de 8 de mayo de 2018. C.P. Álvaro Namén Vargas.

³⁴⁹ Concepto Ministerio Público. Pág.32.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

“Conforme lo establece el artículo 2.2.2.1.5.5 del Decreto 1082 de 2015, que compiló el artículo 23 del Decreto 1467 de 2012, vigente para la fecha en que se declaró la prefactibilidad en el contrato objeto de análisis en esta decisión (6 de noviembre de 2012) y se tramitó igualmente la etapa de factibilidad, el originador deberá allegar los siguientes documentos para la presentación del proyecto en esta última etapa:

“...5.2. Cuantificación del valor de los estudios detallando sus costos. En todo caso, el originador especificará aquellos estudios que considera no se requieran efectuar o actualizar, teniendo en cuenta la naturaleza del proyecto o que se encuentran disponibles por parte de la entidad estatal competente y resultan ser suficientes para la ejecución del mismo. En todo caso, la entidad estatal competente establecerá si la consideración del originador es válida y aceptada.

“6. Minuta del contrato y anexos

6.1. Minuta del contrato a celebrar y los demás anexos que se requieran.

6.2. Declaración juramentada sobre la veracidad y totalidad de la información que entrega el originador de la propuesta.”.³⁵⁰

El Ministerio Público dedicó dos apartes de su intervención, respectivamente, a la regulación “normativa” y a la “contractual” de los costos de estructuración dentro de los proyectos Asociación Pública Privada de Iniciativa Privada (APP-IP), en los siguientes términos: Establece la Ley 1508 de 2012: “ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN. Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.

“Dentro de un proyecto de estructuración de una APP de iniciativa privada, los costos o gastos inherentes al proceso de estructuración, en sus fases de

³⁵⁰ Ídem. Pág.36.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

prefactibilidad y factibilidad son por cuenta y riesgo del denominado "originador" del proyecto, quien si llega a ser adjudicatario del contrato de concesión dentro del cual se enmarcará la APP de Iniciativa Privada, podrá recuperar esos costos o gastos con cargo a los ingresos futuros (Project finance) del proyecto, durante el tiempo que dure el contrato de concesión.

En caso de que el originador del proyecto de APPI, dentro del proceso de selección contractual abierto por la entidad pública competente sea vencido, es decir, no resulte ser el adjudicatario del contrato de concesión³⁵¹ por medio de cual se instrumentalizará la APP, tendrá derecho a que el adjudicatario vencedor le restituya los valores reconocidos por la entidad pública como gastos de estructuración de la APPI"³⁵² ; y transcribió los artículos 14, 16, 17(modificado por el artículo 38 de la ley 1753 de 2015) y 20 de la ley 1508 de 2012. Destacó que "En relación con las APP de iniciativa privada que no requiere desembolsos de recursos públicos, el reconocimiento al "originador" de los costos por los estudios realizados para la estructuración del proyecto, cuando quiera que éste no resulte ser el adjudicatario del futuro contrato de concesión; y al transcribir el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012 resaltó que , en el caso de los proyectos que no requieren recursos públicos, '...Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad estatal competente haya aceptado, como costo de los estudios realizados para la estructuración del proyecto'".

Añadió que de conformidad con el artículo 23 del Decreto 1467 de 2012, reglamentario de la Ley 1508 de 2012 y modificado por los decretos 1553 y 2043 de 2014) , en relación con los estudios de prefactibilidad y factibilidad de una APP, entre los valores por concepto de los costos asociados a la estructuración del proyecto, se debe incluir la

"Cuantificación del valor de los estudios detallando sus costos". Y resaltó que en el artículo 30 de ese mismo decreto, se estableció que de darse una manifestación de interés de terceros, 30.3 (...)Si el originador dentro del plazo previsto en el inciso anterior no hace uso de la opción de mejorar la oferta en los términos señalados en el presente numeral, la entidad estatal incluirá dentro del contrato que resulte del proceso de selección, la obligación de que el contratista adjudicatario reconozca al originador del proyecto el reembolso de los costos en

³⁵² Ídem. Pág.38.

que este haya incurrido por la realización de los estudios necesarios para la estructuración del proyecto de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1508 de 2012³⁵³ (la subraya es del Ministerio Público)".

En cuanto a la denominada "regulación contractual" de los costos de estructuración dentro de los proyectos de Iniciativa Privada APP-IP, el Ministerio Público señaló que

"Dentro del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, por medio del cual se instrumentalizó la iniciativa de APP-IP presentada por Construcciones El Cóndor a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, se reguló lo relacionado con el reconocimiento de los valores relacionados a los costos en que incurrió el "originador" por la estructuración del proyecto (etapas de prefactibilidad y factibilidad), precisando que la regulación en sus aspectos sustanciales coinciden con lo regulado en la Ley 1508 de 2012 y su Decreto reglamentario 1467 de 2012.". En tal sentido, destacó su Parte Especial Capítulo III, numeral 3.7, relacionada con los Costos de Estructuración, y manifestó que de conformidad con dicha disposición, "así como lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1508 de 2012, resulta claro que cuando el adjudicatario es el mismo originador, no hay lugar al reconocimiento de los costos de estructuración del proyecto, pues originador y adjudicatario confluyen en la misma persona, caso en el cual no sería posible hablar del reconocimiento de costos de estructuración".

4.3.2. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO Y CONCLUSIÓN.

Se transcribe a continuación este aparte del concepto del Ministerio Público.

"...1. Situaciones jurídicas que se presentaron antes de la terminación anticipada del Contrato de Concesión No. 006 de 2015 en relación con los costos de estructuración

Pretende la parte demandante el reconocimiento y pago de los costos de estructuración del proyecto de APP bajo el argumento de que Construcciones el Cóndor es una persona jurídica diferente al concesionario Concesión Cesar – Guajira S.A.S.

³⁵³ Ídem. Pág.41.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En procesos de contratación pública de alta complejidad, ya sea por los sujetos que se involucrarán en la relación contractual, la necesidad de generar acuerdos de asociación o colaboración técnica, financiera u operativa en aras de garantizar los fines buscados con la contratación, la mancomunidad o diversidad del objeto contractual, así como de las diversas relaciones obligacionales que se derivan del mismo, o la necesidad de proteger la correcta administración, inversión y disponibilidad de los recursos asociados al proyecto objeto del contrato, hacen que sea necesario estructurar esquemas societarios para delinear con carácter preciso y de asegurar con un alto grado de certeza la responsabilidad patrimonial de quienes actúan como contratantes y colaboradores de la Administración en el logro de sus objetivos institucionales.

Dentro de estos esquemas surgen los que se han denominado sociedades de objeto único, o sociedades denominadas "vehículos de propósito especial – SPV (special purpose vehicle), que encuentran su consagración legal prima facie en el artículo 7° de la Ley 80 de 1993, que al regular los "Consortios" y "Uniones Temporales", su naturaleza, características, diferencias y responsabilidades frente a la entidad pública con la cual pretenden celebrar un contrato estatal, que establece en el párrafo tercero que en los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirá por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios.

El inciso quinto del Parágrafo 2° del art. 32 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993)³⁵⁴ previó la posibilidad de que la agrupación de dos o más personas naturales y/o jurídicas, nacionales y/o extranjeras, con o sin domicilio o sucursal en Colombia, mediante la figura de promesa de sociedad futura, se presentaran como proponentes dentro de los procesos de selección de contratistas abiertos por el Estado, en los siguientes términos:

"Cuando se proponga constituir sociedades para los fines indicados en este parágrafo, el documento de intención consistirá en una promesa de contrato de

³⁵⁴ La disposición en comento fue derogada de manera expresa por el art. 39 de la Ley 1508 de 2012.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

sociedad cuyo perfeccionamiento se sujetará a la condición de que el contrato se le adjudique. Una vez expedida la resolución de adjudicación y constituida en legal forma la sociedad de que se trate, el contrato de concesión se celebrará con su representante legal."

En relación con los negocios jurídicos que pueden instrumentalizar las entidades estatales para el cumplimiento de los fines y cometidos estatales establece la Ley 80 de 1993.

Artículo 40°.- *Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.*

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.

El Estatuto General de Contratación, en tratándose de procesos de selección de contratistas del Estado, permite que individualmente o en grupo, personas legalmente capaces pueda ser proponente individual o plural, empleando, entre otras, la figura de sociedad de objeto único, n desarrollo del postulado de la autonomía de la voluntad, exigir la promesa de sociedad futura, siempre y cuando se pacte la condición de que, una vez adjudicado el contrato, la sociedad se constituya en legal forma para el perfeccionamiento del mismo.

En estos casos, resulta cuando menos razonable inferir que existe una identidad sustancial sin solución de continuidad, entre el o los adjudicatarios del contrato estatal y los socios de la sociedad de propósito único o especial que se constituya para celebrar y ejecutar el objeto del contrato adjudicado, identidad que a manera de sustitución o subrogación personal, implica que la nueva estructura societaria arrastra las obligaciones o derechos en cabeza de los inicialmente identificados como proponentes adjudicatarios, sin que pueda, no obstante la

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

diferenciación formal entre los primeros y la nueva sociedad, alegarse que la sociedad constituida es un tercero con respecto al mismo adjudicatario o a la entidad pública con la que celebró el contrato.

En el presente caso, si bien la ANI aprobó los costos de estructuración del proyecto de APP de iniciativa privada presentado por Construcciones el Cóndor que derivó en la celebración del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, lo cierto es que ese pago por concepto de estos valores estaba condicionado en su efectividad a que el originador fuera sustancialmente diferente al concesionario, asunto que a juicio de ésta Agencia Ministerial no se dio en el presente caso. En efecto, el originador del proyecto fue la sociedad Construcciones El Cóndor quien resultó adjudicataria del contrato de concesión y quien conforme a lo establecido en el Pliego de Condiciones de la Licitación, el cual hace parte del contrato, conforme a la sección 1.33 de la parte general, debía constituir, como en efecto lo hizo, un SPV - special purpose vehicle- denominada Concesión Cesar – Guajira S.A.S, con quien la ANI celebró el Contrato de Concesión N. 006 de 2015.

Basta con realizar una especie de ejercicio de “levantamiento del velo corporativo” para determinar sin lugar a equívocos que Construcciones El Cóndor S.A., inicialmente originador de la APP de Iniciativa privada del proyecto vial Cesar Guajira, funge como único “socio” o titular accionario de la Sociedad Concesión Cesar – Guajira S.A.S. con quien la ANI celebró el Contrato de Concesión No. 006 de 2015-.

Por otro lado, no debe perderse de vista que al ser el originador de la APP de Iniciativa privada- Construcciones el Cóndor S.A.- sustancialmente el mismo Concesionario Cesar Guajira S.A.S., los costos asociados a la estructuración del proyecto serían amortizados por éste a través de los ingresos futuros – Project financie- que obtendría por la explotación de los puntos de peaje del proyecto que es la fuente principal de financiación. Aceptar en aras de discusión, que el originador del proyecto es diferente al concesionario y que por ende tendría derecho a que éste le pagara a aquel los costos de estructuración, implicaría el doble pago de una misma obligación, lo que generaría un enriquecimiento sin justa causa por parte de Construcciones El Cóndor S.A. y/o Concesión Cesar Guajira S.A.S.

Al respecto el contrato de concesión establece quien debe entenderse como Concesionario, en el Capítulo I – Definiciones, Sección 1.31, en los siguientes términos:

“1.131 Concesionario: **Es la sociedad de objeto único identificada plenamente en la Parte Especial, conformada por quien (es) resultó (aron) adjudicatario (s) con motivo del Proceso de Selección o por quien (es) suscribió (eron) el Contrato de Concesión**”.

Considera ésta Agencia Ministerial que como quiera que sustancialmente el originador “Construcciones El Cóndor” de la APP de iniciativa privada del proyecto vial Cesar Guajira no es diferente a la sociedad denominada “Concesión Cesar – Guajira S.A.S³⁵⁵” con quien se firmó el Contrato de Concesión No. 006 de 2015, no es procedente, prima facie, el reconocimiento de los costos de estructuración a favor del originador por parte del concesionario; así como tampoco la pretendida “compensación” entre las obligaciones y derechos entre los mismos por ausencia elemental de la obligación de reconocer costos de estructuración, conforme a lo establecido en la Ley 1508 de 2012.

....2 Situaciones jurídicas que se presentaron después de la terminación anticipada del Contrato de Concesión No. 006 de 2015 en relación con los costos de estructuración

Conforme a los hechos de la demanda, su contestación y las pruebas allegadas y practicadas dentro del trámite arbitral, ante la activación de una de las causales de terminación anticipada del Contrato de Concesión, que lo hacía inviable financieramente, las partes acordaron la terminación y liquidación bilateral, con salvedades, del Contrato de Concesión No. 006 de 2015.

Ante la terminación anticipada del Contrato de Concesión No. 006 de 2015 la discusión en relación con los costos de estructuración contractual de la APP adquiere una nueva dimensión, como quiera que si bien es cierto, inicialmente se tiene claro que los mismos son amortizados con los flujos de caja, es decir con las fuentes de fondeo, lo cierto es que ante la frustración de los fines perseguidos con el negocio jurídico por terminación anticipada, el concesionario no obtendrá los

³⁵⁵ Construcciones El Cóndor S.A. es matriz controlante de la Concesión Cesar Guajira S.A.S. con un 100% de participación.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

ingresos suficientes para amortiza las inversiones o gastos realizados en la estructuración del proyecto, lo que implicaría determinar si le corresponde al Estado Concedente quien previamente aprobó su monto, reconocerlos y pagarlos.

Al respecto, la cláusula Décima tercera que fue modificada por el Otrosí No. 10 al Contrato de Concesión establece:

“CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA. TERMINACIÓN ANTICIPADA EN FASE DE CONSTRUCCIÓN. *El componente ARh de la Tabla se la Sección 18.3 (e) de la Parte General, el cual quedará así:*

(...).

Para los meses h posteriores a la fecha de inicio se reconocerán exclusivamente los costos asociados con las siguientes actividades:

• *(....).*

• *Valor de los Costos de Estructuración al que se refiere la Sección 2.3. (b) (vi), de haberse efectivamente pagado dicho valor, en el Mes h, en los términos establecidos en la Parte Especial.*

Es necesario tener en cuenta que en la aplicación de la fórmula de liquidación del Contrato de Concesión, que incluye el componente Arh, se encuentran comprendidos la totalidad de los ítems por concepto de los costos directos en los que incurrió el Concesionario durante la ejecución del objeto contractual, tales como costos de construcción, valor de las pólizas, gastos administrativos, de intervenciones prioritarias, pasivos laborales, arrendamientos, servicios de seguridad, estudios y diseños, de operación y los costos de estructuración pagados por la Concesión al Originador del Proyecto.”³⁵⁶

³⁵⁶ Concepto Ministerio Público. Págs.42 a 46.

4.4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

4.4.1. EL MARCO LEGAL APLICABLE

El principio general sobre validez e interpretación “de las leyes” previsto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en virtud del cual *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”*, es aplicable en este litigio, como quiera que en el ámbito de la regulación aplicable a la contratación estatal no existe disposición legal contraria. Con base en él, además de las disposiciones pertinentes de la Ley 1508 de 2012 (en adelante “Ley APP”), se deben considerar los principios y normas de derecho comercial y civil que resulten pertinentes, toda vez que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, titulado “De la normatividad aplicable a los contratos estatales”, “Los contratos que celebren las entidades estatales... se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”.

Además, en atención al litigio aquí planteado, ese marco normativo debe relacionarse con la legislación societaria vigente, según se indicará en seguida.

4.4.1.1. Las normas legales societarias.

La consideración de las normas legales referentes a las sociedades obedece a la necesidad de tener en cuenta que CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. es una sociedad anónima, y que CONCESIÓN CESAR – GUAJIRA S.A.S. es una sociedad por acciones simplificada. Ello, de cara a las pretensiones expuestas por las partes y con base en lo probado, para determinar cuál es la implicación contractual, acorde con las leyes, de las siguientes circunstancias debidamente acreditadas en este proceso:

- i) el Originador del correspondiente proyecto fue Construcciones El Cóndor S.A.;
- ii) el Adjudicatario del Contrato fue también Construcciones El Cóndor S.A.;
- iii) el Concesionario es la sociedad denominada CONCESIÓN CESAR – GUAJIRA S.A.S;

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

- iv) el Originador es el único accionista de la sociedad Concesionario, cuyo objeto exclusivo requerido consistía en la ejecución del Contrato.

De conformidad con la definición legal prevista en el artículo 98 del Código de Comercio vigente (en adelante, "C.Co"), toda sociedad, una vez que se constituye legalmente, es una persona jurídica distinta de sus socios individualmente considerados. De acuerdo con el artículo 633 del Código Civil (en adelante, "C.C."), "se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, y de ser representada judicial y extrajudicialmente". En los términos de los artículos 1503 y 1504 del C.C., las personas jurídicas no forman parte de la lista de los incapaces, y su capacidad se circunscribe al desarrollo de su objeto social, tal y como lo señala el artículo 99 del C.Co.; y es acompañada, entre los otros atributos de la personalidad jurídica, de un patrimonio propio, que es prenda común de sus respectivos acreedores, de conformidad con el principio previsto en el artículo 2488 del C.C.

El Tribunal debe referirse brevemente al alcance técnico de dicha personificación, referido a las sociedades, dejando de lado un recuento histórico acerca del desenvolvimiento del concepto de persona jurídica anterior y posterior a la denominada teoría de la 'ficción', cuya formulación clásica se debe a von Savigny, y que se refleja en el texto del citado artículo 633 del C.C.. Cuando se califica una persona jurídica como 'ficticia' sólo se señala que esos sujetos son distintos de los seres humanos de carne y hueso, que son los únicos reales en un plano prenormativo, ; y cuando se afirma que las personas jurídicas son 'reales' – tanto que hasta antropomórficamente se les adscriben 'órganos', sólo se señala que las personas jurídicas son tan reales en un plano normativo como los seres humanos, hoy todos éstos dotados de personalidad frente al derecho. Lo anterior significa que la personificación consiste en una situación jurídica que da origen a una imputación de consecuencias jurídicas en cabeza de una 'persona jurídica' en determinados supuestos; tales consecuencias, básicamente, son derechos y obligaciones, derivados de acciones u omisiones de seres humanos y de acontecimientos distintos de conductas humanas pero que, al igual que éstas, siempre ocurren en el mundo real. Persona jurídica es, entonces, simplemente una expresión legal que se traduce en el mundo del derecho

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

en un fenómeno de imputación normativa consecuencia de una determinada regulación³⁵⁷.

En ese orden de ideas, las personas jurídicas deben ser entendidas en función de su respectivo 'sustrato real' -expresión de Francesco Ferrara³⁵⁸- que es diverso en cada tipo de persona jurídica. Esa aproximación al fenómeno de la personificación es de recibo en nuestro derecho y ha sido desarrollada en la doctrina nacional en el caso de la sociedades por Gabino Pinzón, destacando que "es la realidad la que impone la forma, para que resulte útil como instrumento de orden; no es ni puede ser a la inversa, es decir no es una forma jurídica de ser y obrar la que impone o determina la forma de ser y de obrar..."³⁵⁹; y explica esa relación sustantiva y teleológica entre el sustrato real de la sociedad y su personificación, a lo largo de su existencia como sujeto de derecho, señalando que cuando en el artículo 98 del C.Co., al igual que en el derogado artículo 2079 del C.C., se ha dicho que la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, se pone de manifiesto "*...la realidad constituida por una presencia constante de los asociados – o del socio único, agregamos, en el caso de la S.A.S. 'unipersonal'-, que no desaparecen absorbidos por la persona jurídica, sino que entran a ser y a obrar colectivamente en el campo del derecho, como son y obran colectivamente en la vida de los negocios, independientemente de su individualidad o autonomía personal en el manejo de sus negocios. De este modo es como la sociedad adquiere en el campo del derecho una entidad de sujeto de derechos y obligaciones distinto de los socios individualmente considerados; entidad que no constituye por sí sola una realidad jurídica o formal distinta de la realidad material constituida por los socios colectivamente considerados – o, agregamos, de la realidad constituida por el único accionista de una sociedad de objeto único-, esto es, vinculados entre sí por las cláusulas del contrato social – o, agregamos, del acto constitutivo unilateral de la sociedad por accione simplificada que nace con un solo accionista, como es el caso de la de objeto único que aquí interesa-*"³⁶⁰

³⁵⁷ Por eso Ascarelli afirmaba que dicha personificación es una noción jurídica que expresa un conjunto normativo que "...es siempre resoluble en una normativa concerniente a actos de seres humanos nacidos de vientre de mujer-; con 'persona jurídica' queremos, por consiguiente, sólo indicar abreviadamente una disciplina normativa...resoluble siempre a relaciones entre seres humanos; recogiendo una frase de Ihering, puede decirse que 'persona jurídica es, en el lenguaje jurídico, un análogo de los paréntesis en el lenguaje algebraico'"Ascarelli, Tullio. Personalità Giuridica e Problemi delle Società, en Rivista delle Società, Milán, Ed. Giuffrè, Año II, 1957, ps. 981 y ss.

³⁵⁸ Ferrara, Francesco, Teoría de las Personas Jurídicas, trad. E. Ovejero, Madrid, Ed. Reus, 1929, caps. I y II, págs. 19-313.

³⁵⁹ Pinzón Gabino, Sociedades Comerciales, vol. I, Teoría General, Bogotá, Ed Temis, 1982, hay ed. posterior, p. 37 y 38 y crf. Págs. 38-60

³⁶⁰ Pinzón, Gabino., La personificación jurídica de las sociedades. Bogotá, Ed Temis, 1980. págs. 18-19

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Así las cosas, en el caso de las sociedades, el sustrato real que explica y justifica la razón de ser de su personalidad jurídica y define su alcance, consiste en el desarrollo de una actividad económica organizada que corresponde a su objeto social, lo cual, y no obstante que las sociedades por acciones simplificadas pueden desarrollar cualquier actividad comercial o civil, y en general lícita (Ley 1258 de 2008, art. 5-5), no sufre ninguna merma en atención a que ello no implica un tipo de sujeto que no sea una 'persona jurídica'; y porque en este caso concreto la sociedad concesionaria, o 'SPV', correspondía exclusivamente a la celebración y ejecución del contrato de concesión. Esta consideración, sin perjuicio de la distinción entre la personalidad jurídica de la compañía y la de sus accionistas, que se examina en seguida, es útil para poner en su contexto normativo, que es el propio de las APP, y en forma acorde con el contrato objeto del litigio, la constitución de la concesionaria con un 'SPV' de un accionista único, y únicamente destinado a celebrar y ejecutar la concesión.

La sociedad es, pues, una persona jurídica de derecho privado. Ella tiene su origen en un contrato típico, cobijado por la definición consagrada en el artículo 864 del C.Co., que -en forma armónica con el principio de normatividad establecido en el artículo 1602 del C.C.- señala el alcance relativo de su obligatoriedad, esto es, limitado a las partes y a sus causahabientes, es decir, "entre ellas", como se dice en el citado artículo 864; pero en virtud de su inscripción en el registro público de comercio llevado por la Cámara de Comercio pertinente, el contrato social es oponible a terceros de conformidad con lo previsto en el artículo 112 del C.Co., toda vez que éste hace "...inoponible el contrato a terceros" hasta tanto el registro se lleve a cabo. Dicha oponibilidad de fuente legal permite hacer valer la mencionada diferenciación, también de origen legal, subjetiva y patrimonial entre la sociedad y sus accionistas.

Esa diferenciación entre toda sociedad y todos y cada uno de sus socios existe también en el caso de la sociedad por acciones simplificada con un solo accionista, pues en el artículo segundo de la Ley 1258 de 2008 se reitera dicho principio general al establecerse que "La sociedad por acciones simplificada, una vez inscrita en el registro mercantil, formará una persona jurídica distinta de sus accionistas". Esto ocurre sin distinguir si sus accionistas son muchos, varios o uno solo; y se precisa que dicha personalidad y la consecuente distinción subjetiva y patrimonial respecto de todo accionista, surge a partir de la inscripción en el registro público de comercio y no del simple documento constitutivo.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Se debe señalar que en el sistema legal vigente en materia de operaciones entre sociedades y sus vinculados, de subordinación de sociedades y de grupos empresariales (C.Co. arts. 260 y ss., modificados por la Ley 222 de 1995): i) no se establece que la personalidad jurídica de una sociedad subordinada desaparezca para ser 'absorbida' por la persona controlante, como quiera que dicha absorción es un efecto que, de darse, se sigue de una clase de fusión, operación societaria objeto de regulación especial que nada tiene que ver con lo que aquí se examina; ii) tampoco ocurre ninguna 'desaparición' de dicha personalidad en tratándose de sociedades subordinadas pertenecientes a un grupo empresarial, evento en el que en ninguna de las disposiciones pertinentes (Ley 222 de 1995, arts. 28 y ss.) se prevé que la personalidad de éstas o se confunda o sea 'absorbida' por la controlante que lo dirige. Todo lo contrario, el propio concepto legal de subordinación presupone la coexistencia, por un lado, de la matriz o controlante y, por el otro, de la sociedad o sociedades subordinadas, filiales o subsidiarias, todas ellas dotadas de su propia entidad legal; ello lo comprueba el hecho de que sólo así es lógicamente posible que, según se establece en el artículo 260 del C.Co., una sociedad sea subordinada o controlada "...de otra u otras personas".

Por esa misma razón, en un grupo empresarial, de acuerdo con el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 *"...cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección"*, se agrega en forma expresa que dicha unidad de fines y orientación entre las "entidades" que lo conforman existe "sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas"; dicho desarrollo presupone la existencia separada de, precisamente, "cada una de ellas", entidades éstas cuya existencia individual -coordinada en su actividad o no con la de otras- se desenvuelve a través de su propia capacidad y patrimonio. Y es por eso también que, en lo referente a la regulación de las operaciones entre una sociedad y sus vinculados, establecida en el artículo 265 del C.Co., la verificación de su realidad o el examen de sus condiciones no pone en tela de juicio la existencia de los sujetos involucrados en la operación, así ésta sea irreal o así se celebre en condiciones anormales en términos de mercado.

Cosa distinta es que en una determinada norma legal, como ocurre por ejemplo en las que regulan el endeudamiento bancario en materia de cupos individuales de crédito, un determinado grupo de personas sea considerado en forma unitaria para

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

ciertos efectos³⁶¹; o que en determinadas circunstancias las leyes prevean que sobre unas personas recaigan ciertos efectos legales derivados de acciones u omisiones imputables a otras personas, como en el caso de hacerse efectiva la responsabilidad subsidiaria de los controlantes en eventos de insolvencia de sus subordinadas regulado en el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006; o los eventos en que por el tipo de sociedad estipulado, es el caso de las colectivas y de las sociedades en comandita, los socios colectivos y los socios gestores, respectivamente, responden en forma solidaria, aunque subsidiaria, por las operaciones sociales (C.Co. arts.294 y 323); o cuando, según el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008 se “desestima la personalidad jurídica” de la sociedad por acciones simplificada usada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros estableciendo la responsabilidad solidaria de accionistas y administradores implicados en el fraude.

El aspecto del sistema legal de la personificación jurídica de las sociedades que ha resaltado el Tribunal en los párrafos precedentes, no se opone al hecho consistente en que en un contrato, una sola parte esté integrada por varias personas (C.C., art. 1495), pues en dicho evento cada persona conserva su individualidad, abstracción hecha de si es acreedor o deudor conjunto o solidario de sus copartes frente a la contraparte, ello sin perjuicio de las relaciones internas que se generen entre los integrantes de una sola parte; y tampoco impide que en ejercicio de la autonomía privada se creen estipulaciones vinculantes para ciertas personas que tengan como consecuencia darle a éstas un tratamiento unitario o considerarlos como una sola para ciertos efectos.

Como tales estipulaciones son perfectamente posibles, el Tribunal considerará si ello ocurrió o no en este caso para efectos del reconocimiento de los costos de estructuración del proyecto, examinando la legislación sobre APP, la legislación que rige la contratación estatal y, por supuesto, las estipulaciones pertinentes de la operación que condujo a la celebración del Contrato que origina el presente litigio, teniendo en mente que dicho Contrato no llegó al término pactado para su ejecución completa, hecho que no fue puesto en tela de juicio en este proceso.

³⁶¹ Se trata de la noción de “beneficiario real”, la cual, por cierto, en el contexto del contrato objeto de este litigio fue usada en la declaración del concesionario citada en un aparte previo del Laudo (supra. p.257)

4.4.1.2. Ley 1508 de 2012 (Ley APP) y principios y normas sobre contratación estatal y privada.

Toda asociación pública privada, independientemente del origen de su iniciativa y de si requiere o no de recursos públicos, es una forma o modalidad de colaboración contractual en la que concurren particulares y entidades estatales, éstas últimas en procura del cumplimiento de los fines estatales, como se dice de manera general en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, a propósito de los fines de la contratación estatal que en ella se regula. En los Códigos Civil y de Comercio no está tipificada esta clase de asociación, es decir, no se regulan el contenido y efectos de la misma, y su consagración legal en la citada Ley 80 de 1993 es, además, posterior a tales Códigos. Dicha forma de asociación, que no está dotada de personalidad jurídica, tiene su razón de ser en la concreción de un proyecto que armonice, en un fin o propósito común, los ya mencionados intereses estatales y los del particular o particulares vinculados a él; a dicho proyecto responde la estructura del contrato que llegue a desprenderse de él, en este caso el de concesión que se adjudicó al originador y cuya celebración y ejecución hizo el concesionario; y en el contenido y alcance normativo de dicho contrato inciden, en cada caso, el origen de la iniciativa y el compromiso eventual de recursos públicos, que aquí no se dio, ello como consecuencia de disposiciones expresas al respecto de la Ley APP aplicables al caso.

De acuerdo con los criterios de interpretación doctrinal de las leyes -como es la que llevan a cabo los jueces y, por ende, los árbitros (Código Civil, en adelante "C..C." art.26)- previstos en los artículos 27 y siguientes del C. C.: i) cuando el sentido de la ley es claro, su tenor literal debe observarse considerando dicho sentido (art. 27); ii) las palabras de la ley se deben entender en su sentido natural, o en el técnico que le asigne una determinada ciencia o arte, a menos que en las leyes se les defina expresamente para ciertas materias o sean tomadas claramente en otro sentido (arts. 28 y 29); y iii) el contexto de la ley, entendiéndolo por tal, el orden legal considerado en su conjunto, sirve para ilustrar el sentido de cada parte del mismo, de manera que su interpretación y aplicación sea armónica, y que la extensión de toda ley se determine en función de su sentido, que es del cual depende ampliar o restringir su interpretación (arts. 30 y 31).

Con base en tales criterios legales, encuentra el Tribunal que varias disposiciones de la ley APP, cuyo texto es, por cierto, claro, permiten establecer la igualmente clara

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

finalidad legal de la distinción entre originador, adjudicatario y concesionario en relación con la asignación de los costos de originación.

La originación de un proyecto, la adjudicación de un contrato y la celebración y ejecución del mismo en calidad de concesionario, corresponden a posiciones jurídicas que pueden ser ocupadas por una, dos o tres personas distintas, sin que esa posibilidad se afecte en el caso de que entre ellas existan vinculaciones o relaciones de control, o por su pertenencia a un mismo grupo empresarial. No importa entonces, en términos legales, para ocupar tales posiciones jurídicas, que el concesionario sea una persona jurídica vinculada al originador, o que esté controlada directa o indirectamente por éste, o que sea perteneciente a un grupo empresarial cuya unidad de propósito y dirección determine dicho originador. Y tampoco se han previsto excepciones -se repite- de índole legal- a la diferenciación entre las personas jurídicas societarias si el adjudicatario se constituye con un objeto único o si ha sido prometido por el originador para el evento futuro e incierto de la adjudicación, ni se le ha dado relevancia para tales efectos al hecho de si el originador es o no su único accionista. En todos esos casos la diferenciación subjetiva en cuestión se mantiene, y corresponde a roles o funciones también diferenciables en el proceso u operación que puede conducir a la adjudicación de un contrato de concesión que desarrolle un proyecto APP, en este caso de iniciativa privada y que no requería financiación pública.

En la Ley APP³⁶², en el párrafo cuarto de su artículo quinto en los términos en que fue modificado por la Ley 1882 de 2018, aplicable a los proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública y de iniciativa privada, se prevé que si “el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, el adjudicatario deberá pagar al Originador el valor que la entidad pública competente haya determinado como costos de los estudios realizados para la estructuración del proyecto durante el trámite de la respectiva iniciativa privada” (la subraya no es del texto). Se trata, nada menos, que de la imposición legal de una obligación, en términos precisos y claros. En el artículo 14, la Ley APP establece que “Los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes. (...)” (la subraya no es del texto). En su artículo 17, referente a iniciativas privadas, se establece que una vez “Logrado el acuerdo entre la entidad

³⁶² Ley 1508 de 2012

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

estatal competente y el originador de la iniciativa, pero requiriendo la ejecución del proyecto desembolsos de recursos públicos, se abrirá una licitación pública para seleccionar el contratista que adelante el proyecto que el originador ha propuesto, proceso de selección en el cual quien presentó la iniciativa tendrá una bonificación en su calificación entre el 3 y el 10% sobre su calificación inicial, dependiendo del tamaño y complejidad del proyecto, para compensar su actividad previa, en los términos que señale el reglamento....(-) Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad pública competente haya determinado, antes de la licitación, como costos de los estudios realizados para la estructuración del proyecto"(la subraya no es del texto).

Ninguno de los artículos precedentes de la Ley APP es aplicable al contrato de la controversia objeto de este litigio, el cual no implicaba el desembolso de recursos públicos; pero su texto y contexto resultan pertinentes para el entendimiento de la diferencia entre el 'adjudicatario' y el 'originador' y su incidencia frente a los costos de estructuración; ello habida cuenta de que el contexto de la ley sirve para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, como se recuerda en el ya citado artículo 30 del C.C., que busca asegurar la armonía sistemática de todas las leyes.

Como se advierte con la simple lectura de tales artículos, en los proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública y de iniciativa privada, un originador que no resulte adjudicatario tiene derecho a que el adjudicatario le pague el valor correspondiente a los costos de los estudios de estructuración. Esta regla, muy lógica y razonable tanto en términos de incentivos económicos como de equidad contractual, permite que, en todo caso, un particular decida estructurar proyectos de infraestructura pública en los que asuma los costos de estructuración, evento en el que los presenta en forma reservada a las entidades estatales que quiere interesar, y que pueden beneficiarse así del tiempo, de los conocimientos especiales, de la experiencia y, en general, de la gestión de recursos de la iniciativa privada, cuya libertad, expresamente prevista en el artículo 333 de la Constitución Política, encuentra en este tipo de iniciativas la oportunidad de proponer y desarrollar una empresa lucrativa para el empresario y acorde con los fines del Estado.

La regulación transcrita es muy relevante para este caso, dado que explica por qué en la licitación pública destinada a seleccionar al contratista que adelante el proyecto propuesto por un originador, se prevé una bonificación, y por qué si éste no resulta

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

seleccionado tiene derecho a que el adjudicatario le pague el valor determinado como costo de los estudios de estructuración del proyecto.

Con la misma lógica y razonabilidad, en aquellas iniciativas en que, como la que ocupa a este Tribunal, no se requieren desembolsos de recursos públicos, de conformidad con el artículo 19 de la Ley APP, "(...) En esta publicación la entidad estatal competente señalará las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente Originador, en las condiciones acordadas, si no existieren otros interesados en la ejecución del proyecto. (-) Transcurrido el plazo de la publicación anteriormente referida, sin que ningún interesado distinto al Originador del proyecto manifieste a la entidad estatal competente, su interés de ejecutarlo o cumpla las condiciones para participar en su ejecución, se podrá contratar con el originador, de manera directa en las condiciones pactadas." (Se subraya).

En ese orden de ideas, una vez acordados la entidad estatal competente y el originador del proyecto, si ningún interesado distinto de dicho originador manifiesta su interés en ejecutarlo o cumple las condiciones para participar en su ejecución, se puede contratar con el originador de manera directa en las condiciones pactadas, lo cual exige examinar en cada caso dichas condiciones, como se hará en seguida en el litigio objeto de Laudo; y, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley APP, si un tercero, esto es, si una persona distinta del originador es seleccionado para la ejecución de contrato, dicho originador, por disposición expresa de dicho artículo, "deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad estatal competente haya aceptado, como costo de los estudios realizados para la estructuración del proyecto".

En sentido contrario de la claramente señalado en la ley en los términos arriba transcritos, se debe colegir que, si no se selecciona como adjudicatario a un tercero sino al mismo originador, no hay lugar a la entrega del valor correspondiente a dicho costo. En ese caso, su recuperación va a depender del resultado de la gestión contractual, que en el caso de un contrato de concesión, como lo es el celebrado con el concesionario, éste ejecuta por su cuenta y riesgo, como lo señala en forma general el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sin perjuicio, claro, de las reglas pactadas para efectos de ajustes, revisiones o reconocimientos (que también son posibles en la liquidación de todo contrato estatal según se dispone en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993), y de las que prevean para los eventos de terminación anticipada, pues es previsible y objeto de cuantificaciones el impacto económico que

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

puede tener ese fin anticipado, y de ahí las cláusulas que se pactan para que en ese evento se preserve el equilibrio contractual.

A juicio del Tribunal, la finalidad que se desprende de la regulación transcrita es clara e implica que cuando el originador y el adjudicatario son personas distintas, los costos de estructuración se le reconocen al originador, como corresponde a la iniciativa que ha tenido al “originar” el proyecto, esto es, al desplegar sus esfuerzos en interesar a la Administración en un asunto que ésta acoge en atención al cumplimiento de los fines del Estado. Se trata entonces de un reconocimiento que incentiva la presentación de esta clase de proyectos, pues permite recuperar los costos de originación si la adjudicación recae en otra persona, de manera que es esta posibilidad de recuperación la que resulta central en la mencionada regulación.

Dados por supuestos tales alcances de la legislación societaria y de la Ley APP, como en este caso el “SPV” correspondiente a la sociedad convocante fue constituido o conformado por el originador y adjudicatario en función del proyecto que originó, debe mencionar ahora el Tribunal que en una norma especial aplicable a la contratación estatal, en el parágrafo tercero del artículo séptimo de la Ley 80 de 1993, se previeron las denominadas sociedades de objeto único, al establecerse que “En los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirán por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios”.

Como se advierte al leer la norma transcrita, nada se dispone en forma especial sobre la personalidad jurídica de dicha sociedad de objeto único, de manera que debe entenderse que las reglas generales que aquí interesan –ya examinadas– sobre dicha personalidad conservan plena aplicabilidad. La remisión que en ella se contempla a las disposiciones sobre consorcios conduce al numeral primero del mismo artículo, según el cual las personas que “ en forma conjunta presentan una misma propuesta” responden de manera solidaria por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. Esta solidaridad pasiva de fuente legal no borra la diferencia de personalidad entre los codeudores solidarios, y tiene la consecuencia consistente en que “...las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todas los miembros que lo conforman”; mientras que ,en los términos de su numeral segundo, en el caso de la unión temporal, que también conlleva la presentación conjunta de una misma

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

propuesta y la responsabilidad solidaria por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, las sanciones por el incumplimiento se han de imponer “..de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal”.

Es pertinente preguntarse entonces si esta disposición implica o no una excepción a la diferenciación subjetiva y patrimonial que establece el régimen societario general entre una compañía y sus asociados, ello a la vista de una sociedad que es originadora y adjudicataria, por una parte, y, por la otra, de la sociedad “conformada” o “constituida” por ésta como un vehículo de propósito especial (‘SPV’) para ser la concesionaria, bajo la forma de una sociedad por acciones simplificada, en este caso siendo el originador su único accionista. Y habida cuenta de que no existe en dicha regulación ninguna disposición que ‘borre’ la diferenciación jurídica ya explicada entre la personalidad o entidad jurídica de quien es a la vez originador y adjudicatario y la entidad del concesionario, por el hecho de aquél sea el único accionista de éste.

Al respecto, lo primero que debe repetirse es que la sociedad de objeto único prevista en el régimen de la contratación estatal no tiene un régimen especial en materia de adquisición o reconocimiento legal de su personalidad jurídica, de modo que ni su identidad subjetiva ni los atributos de dicha personalidad son objeto de alguna forma de comunicación con la personalidad de sus socios o con los atributos de la personalidad jurídica de éstos que se aparte del régimen societario general. No hay, pues, aquí ningún desconocimiento de la personalidad jurídica propia e independiente de cada compañía y de sus respectivos socios, como quiera que así como las personas, dos o más, integrantes de un consorcio conservan su personalidad jurídica cuando se les impone la “afectación” legal derivada de las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, de igual forma el socio único o todos y cada uno de los socios de una sociedad de objeto único tienen cada uno su propia personalidad, abstracción hecha de que “la responsabilidad y los efectos” del caso se rijan por lo dispuesto en materia de consorcios.

De lo que se trata entonces es de definir el alcance de esa remisión preservando la personalidad jurídica del originador y, en este caso, de la sociedad unipersonal que constituyó para efectos de la celebración y ejecución de la concesión. Al respecto, lo primero que salta a la vista es que la remisión se establece en la ley para que las consecuencias de los actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

de la propuesta y, en este caso, del contrato, comprometan el patrimonio de la sociedad de objeto único y, también, el patrimonio de los socios. La distinción estructural en materia de obligaciones que la doctrina suele señalar entre el 'débito' y la 'responsabilidad', encuentra aquí un adecuado ejemplo: todos los consorciados – sin perder su identidad subjetiva- son responsables; pero no por esa razón todos tienen a su cargo personal el mismo débito ni a su favor el mismo crédito. No se trata de un caso de solidaridad activa, en virtud de la cual, según las voces del artículo 1568 del C.C., cada acreedor puede exigir el total de la deuda, es decir del objeto de la obligación, sino de una responsabilidad, esa sí solidaria, como lo señala la norma que establece los efectos propios del consorcio. Y debe notarse que dicha distinción en cuanto al contenido del vínculo jurídico de carácter obligatorio es de pleno recibo en nuestro sistema legal; como lo puntualiza el profesor Cubides Camacho, “...*toda obligación supone un deber jurídico-débito-y simultáneamente, sin necesidad de convenio, una garantía sobre el patrimonio del deudor, considerado como un todo, que es la responsabilidad: Aquí el vínculo es doble: personal y patrimonial, o de deber y de responsabilidad*”.³⁶³

Así las cosas, en el terreno legal de las asociaciones que aquí interesan, que son las que no involucran recursos públicos, como ocurrió con el proyecto que dio origen al contrato materia de este litigio, en los términos de los artículos 19 y 20 de la Ley APP ya citados, si un tercero, esto es, si una persona distinta del originador es seleccionado para la ejecución de contrato, dicho originador, por disposición expresa de dicho artículo, “deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad estatal competente haya aceptado, como costo de los estudios realizados para la estructuración del proyecto”. En tal caso, entonces, el deudor de la recuperación de los costos es el adjudicatario, como lo señala claramente la norma en cuestión, en forma acorde con su también clara finalidad, y el acreedor es el originador correlativo.

En ese orden de ideas, en el litigio que debe resolver el Tribunal, se probó que el modelo financiero del proyecto incluyó costos de estructuración; que el 11 de mayo de 2015 CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. hizo entrega a la Convocada de las certificaciones de los costos de estructuración del proyecto; y que dicha Convocada, mediante la Resolución No. 823 del 19 de mayo de 2015, adjudicó el Contrato de Concesión en los siguientes términos:

³⁶³ Cubides Camacho, Jorge. Obligaciones, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 6ª. ed.2009, p. 42

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

“ARTICULO PRIMERO: Adjudicar el Contrato de Concesión bajo el esquema de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada para la ejecución del proyecto cuyo objeto es "Constitución, Rehabilitación, Operación y Mantenimiento y Reversión del sistema vial para la conexión de los Departamentos del Cesar y la Guajira", al originador sociedad CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. (...).

De ello se sigue, como lo planteó la Convocada en contra de lo expuesto por la Convocante, que las normas citadas implican que dada la concurrencia, en cabeza de Construcciones el Cóndor S.A., de las calidades o posiciones jurídicas de **originador** del proyecto y de **adjudicatario**, no hay lugar al surgimiento de un crédito en su cabeza, como originador, cuyo débito corresponda a la recuperación de los costos de originación. No hay aquí ningún “tercero” adjudicatario, como lo exige la ley para efectos de dicha recuperación de costos a favor del originador.

Al fin y al cabo, para el surgimiento de una relación obligatoria se requiere al menos de un acreedor y de un deudor, pues una de sus fuentes legales es “el concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones”, según se dice en el artículo 1494 del C.C., supuesto estructural que se confirma, al contemplar como modo de extinción de las obligaciones, la confusión, que opera de derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1724 del C.C., “..cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor”. Y por eso no cabe considerar la hipótesis de una compensación de obligaciones que están a cargo de la misma persona (el originador y el adjudicatario), pues falta el presupuesto subjetivo del artículo 1704 del C.C., que supone que se den “dos personas”.

Ahora bien, cabe preguntarse si por el hecho de haber sido el **concesionario** una persona jurídica distinta del **adjudicatario y del originador** (constituida aquélla por éste como su único accionista), puede el **adjudicatario y originador** tener derecho al reconocimiento de los costos de estructuración.

4.4.2. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo expuesto hasta el momento, las leyes examinadas, para los efectos del reconocimiento o no de los costos de estructuración, no ‘borran’ la diferencia subjetiva y patrimonial que, de las propias leyes, surge entre el originador y el adjudicatario; pero por ser la misma persona quien ostentó dichas calidades, no puede

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

reclamarse a sí mismo la recuperación de los costos de estructuración. No obstante, como el concesionario que celebró y ejecutó la concesión es una persona jurídica distinta del originador y adjudicatario que la constituyó y que es su único accionista, es necesario establecer si en forma legal- por supuesto- se estipularon cláusulas referentes a su recuperación que puedan invocarse a favor de la pretensión del originador y adjudicatario en tal sentido, y en forma acorde con la razón de ser o finalidad de la constitución del SPV, que no fue otra distinta que la de celebrar y ejecutar la concesión adjudicada al originador, su único accionista.

Por eso el Tribunal pasa a examinar las estipulaciones previstas en el contrato que origina el litigio, su aplicación y, en lo pertinente, la operación o proceso contractual que antecedió y dio origen a su celebración, así como lo argumentado al respecto por las partes con base en lo probado durante el proceso, para determinar la incidencia, para los efectos de la pretensión de recuperación de costos del originador y adjudicatario, del hecho consistente en la constitución o conformación de la sociedad de objeto único, de la cual es el único accionista, que celebró y ejecutó el contrato de concesión hasta su terminación anticipada. Y a la luz del conjunto de actos que condujo al contrato y del cual éste forma parte, se necesita establecer cuál o cuáles serían, si las hay, las fuentes de dicha recuperación, si la ley o el contrato, o ambas.

Existen varias definiciones y previsiones convencionales, algunas de origen unilateral, que fueron incorporadas al contrato gracias a una estipulación varias veces citada y, por ende, adoptadas todas para dicha operación contractual, que son relevantes en el examen que es objeto de este aparte del Laudo. Ellas se abordan teniendo en cuenta los criterios de interpretación de los contratos previstos en los artículos 1618 y siguientes del C.C., de los cuales hay que destacar de entrada que en las alegaciones se hicieron resaltar los principios hermenéuticos previstos en los artículos 1620 y 1622 del C.C., en virtud de los cuales, respectivamente: se preserva la eficacia de las estipulaciones, al disponer que “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”; y para los efectos de la interpretación sistemática y armónica de un contrato considerado en su conjunto, se recurre a “la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”, en el entendido de que los contratantes son los más autorizados intérpretes de la norma que ellos han creado para sí mismos.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Dichas normas sobre interpretación se aplican en este caso en virtud de la remisión general prevista en el ya mencionado artículo 13 de la Ley 80 de 1993 sobre la normatividad aplicable a los contratos estatales, según la cual, se reitera, “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”; y tales criterios forman un conjunto armónico con el del artículo 28 de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con la cual *“En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”*.

En esa base legal se apoya el Tribunal para examinar el contrato y la operación que condujo a su celebración en lo que interesa en este aparte del Laudo.

En primer lugar, en relación con los mencionados “mandatos de la buena fe”, se debe tener en cuenta que en el sistema legal colombiano aplicable a la contratación estatal, existe una disposición expresa, la del artículo 863 del C.Co., que regula la denominada etapa precontractual o preliminar, cuyo ámbito de aplicación corresponde a situaciones, tratativas y negociaciones preliminares que no culminan con la celebración o ejecución de un contrato o, al menos, de una oferta; ese es un terreno, distinto del que aquí ocupa al Tribunal, que se concentra en los efectos indemnizatorios de la conducta que en la etapa previa de un contrato que no llega a celebrarse es contraria a la buena fe. Existe otro principio, que aquí sí es relevante, que opera cuando se celebra un contrato, establecido desde el Código Civil de 1887, referente al contenido obligatorio de la buena fé, que implica obligaciones para las partes además de las expresamente pactadas por ellos. El tribunal destaca que la norma consagrada al respecto en el artículo 871 del C.Co. no se limita a reproducir el artículo 1603 del Código Civil, el cual sólo se predica de la etapa de ejecución de contrato; en los términos del citado artículo 871, *“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe. En consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente a ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”*.

Resulta entonces que el Código de Comercio, en forma expresa, cobija bajo el principio normativo de la buena fe no sólo la ejecución sino la celebración del

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

contrato; y cuando éste se celebra habiendo sido intencional y cuidadosamente precedido de una etapa preliminar o precontractual que incluye varias etapas, las cuales, como en este caso, son incluso objeto de normas legales especiales propias de la contratación estatal y de la Ley APP, es forzoso concluir que hechos vinculados a dicha etapa son relevantes para efectos de la interpretación e integración del contrato que surge de las mismas, y que al hacerlo, un Tribunal investido de competencia a través de una cláusula compromisoria como la prevista en el Contrato de Concesión, no excede dicho ámbito excepcional. Y es en ese aspecto interpretativo e integrador que se considera la buena fe contractual en este litigio.

Más aún, si alguna duda cupiera en este caso concreto, el Tribunal debe recordar que entre las estipulaciones convenidas por las partes se adoptó la siguiente definición: "1.33 "Contrato de Concesión" o "Contrato": Será el presente documento (la "Parte General"), la Parte Especial, sus Apéndices y Anexos, las reglas del Proceso de Selección con sus adendas y anexos si a ello hubiere lugar, la Oferta del Concesionario, la Oferta en la Etapa de Factibilidad, el Acuerdo de Garantía y el Acuerdo de Permanencia, debidamente suscritos. Todos los anteriores documentos se entienden incorporados al Contrato, por lo que su contenido será de obligatorio cumplimiento para las Partes". (el resaltado no es del texto). Dicha incorporación es más que suficiente para concluir –contra lo argumentado por la Convocada- que el Tribunal sí ha sido habilitado por las partes para pronunciarse acerca de las pretensiones declarativas que ella consideraba ajenas a la competencia del Tribunal por estar circunscritas a la etapa precontractual.

En segundo lugar, el Tribunal debe resaltar que el artículo 1620 del C.C. preserva la eficacia de una cláusula; pero siempre y cuando se interprete en el sentido en que dicha efectividad sea legal. Esa es la implicación de la "incorporación" en todo contrato de las leyes vigentes al tiempo de su celebración, señalada en el citado artículo 38 de la ley 153 de 1887, en especial de las imperativas, incorporación que en este caso es relevante en lo que tiene que ver con la admisión de la recuperación de costos, dada la existencia de una norma en la Ley APP, ya señalada, que establece la procedencia de la recuperación de costos entre originador y adjudicatario cuando se trata de personas distintas.

En tercer lugar, hay que destacar que una cosa es la interpretación a partir de la aplicación práctica de una cláusula por ambas partes o por una y aprobada por la otra, prevista en el citado artículo 1622 del C.C., y otra distinta su modificación, toda

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

vez que la interpretación debe distinguirse de lo que es la modificación del contrato a interpretar y que también lleven a cabo las propias partes. Por eso en este aparte del Laudo no se consideran conducentes los hechos y conductas aducidos por la Convocante para sustentar la hipotética aplicación del artículo 1622 del C.C., máxime cuando en el contrato que da origen al presente litigio en el inciso primero de la sección 19.10 de su Parte General se estipuló de manera expresa que su modificación por acuerdo de las partes requería de un escrito, ello en los siguientes términos:

“19.10 Modificaciones del Contrato. El Contrato junto con sus Apéndices no podrá ser modificado sino por acuerdo escrito debidamente firmado por representantes autorizados de las Partes y con el cumplimiento de los requisitos que impone la Ley Aplicable, sin perjuicio de lo dispuesto en cuanto a la modificación unilateral del mismo por parte de la ANI en los términos de este Contrato y la Ley Aplicable”.

En el litigio no se acreditó una modificación escrita del contrato en punto de recuperación de costos, y de lo que se trata es de interpretar el clausulado aplicable, en forma acorde con la ley.

Con base en lo expuesto, en cuarto lugar el Tribunal debe reparar en algunas estipulaciones relevantes para este aparte de su Laudo.

Desde los Pliegos de Condiciones que hicieron parte del contrato de concesión que dio origen a este litigio, se hizo referencia a las definiciones de adjudicatario, concesionario y al “vehículo de propósito especial” (“SPV”, abreviatura correspondiente a las siglas en inglés de *Special Purpose Vehicle*), así:

*“1.4.4 “**Adjudicatario**”. Es el Oferente que, habiendo presentado una Oferta Hábil y de conformidad con lo señalado en el presente Pliego de Condiciones, ha obtenido la mayor puntuación en los factores de escogencia y cumplido con las condiciones del presente documento, haciéndose titular del derecho y la obligación de constituir el SPV y de que éste suscriba el Contrato de Concesión.”(-)
)“1.4.11 “**Concesionario**”. Es el SPV una vez éste suscriba el Contrato de Concesión.(-)
“1.4.38 “**SPV**”. Es la sociedad de objeto único que deberá ser constituida por el Adjudicatario de conformidad con las Leyes colombianas y lo establecido en el presente Pliego de Condiciones. Esta sociedad tendrá el derecho y la obligación de suscribir el Contrato, y su régimen de responsabilidad*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

será el que se establezca en las Leyes civiles y comerciales de acuerdo con el tipo de empresa que se conforme”.

Y en cuanto a la constitución de dicho SPV se dispuso que su naturaleza sería la de una sociedad por acciones con un objeto único, en los siguientes términos:

“7.3 CONSTITUCIÓN DEL SPV

7.3.1. Dentro de los veinte (20) Días Hábiles siguientes a la Adjudicación de la Selección Abreviada de Menor Cuantía, el Adjudicatario deberá constituir un SPV para la suscripción del Contrato de Concesión. El SPV deberá ser una sociedad comercial por acciones de nacionalidad colombiana, cuyo único objeto sea la suscripción y ejecución del Contrato de Concesión.

7.3.2. La no constitución del SPV en los plazos y términos indicados en este Pliego de Condiciones, facultará a la ANI para hacer efectiva la Garantía de Seriedad de la Oferta, a menos que dicho plazo sea prorrogado por la entidad”.

La simple lectura de estas definiciones, que se incorporan al contrato, y de la previsión de la constitución del SPV, indica que desde los pliegos se señalaba que quien se convirtiera en adjudicatario tendría el derecho y la obligación –así se dijo- de constituir la sociedad de objeto único destinada a suscribir el contrato de concesión. Y como de acuerdo con la definición prevista en el numeral 1.31. del capítulo primero del contrato, se entendía que el “Concesionario”. Es la sociedad de objeto único identificada plenamente en la Parte Especial, conformada por quien(es) resultó(aron) adjudicatario(s) con motivo del Proceso de Selección o por quien(es) suscribió(eron) el Contrato de Concesión”, cabe preguntarse si el originador, siendo él mismo el adjudicatario, podría recuperar los costos del concesionario constituido por él mismo como su único accionista, con el único propósito de celebrar y ejecutar la concesión. Es decir, si la misma persona que en este caso fue el originador y adjudicatario, que no tenía base legal para reclamar la recuperación de los costos de originación, según se explicó, sí la tendría o adquiriría en virtud del conjunto de actos que dieron origen a la constitución del SPV concesionario, únicamente con el objeto de celebrar y ejecutar la concesión adjudicada.

Las reglas de interpretación del contrato que debe tenerse en cuenta para abordar esta cuestión en forma armónica con las leyes incorporadas al contrato y con los ya

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

referidos criterios legales de interpretación, teniendo en mente la razón de ser o finalidad de la constitución del 'SPV', son las siguientes:

1.116 "Parte Especial"

Se refiere al documento que hace parte del Contrato de Concesión que contiene ciertas estipulaciones especiales aplicables al Proyecto y que prima sobre todos los demás documentos del Contrato en lo expresamente regulado en su contenido. A pesar de dicha primacía, el Contrato deberá interpretarse de forma que haya la debida correspondencia y armonía entre sus partes.

Capítulo I. Reglas de interpretación de este documento

De conformidad con lo previsto en la Sección 19.14 de la Parte General, "la presente Parte Especial del Contrato de Concesión prima sobre cualquier otro que haga parte del Contrato. ...(e) En el caso en que la Parte Especial modifique el contenido de algún aparte de la Parte General de manera expresa o tácita, se atenderá a lo señalado en la Parte Especial". A la presente Parte Especial le serán aplicables las definiciones contenidas en la Parte General."

Observa el Tribunal que es claro que se estipuló que prima cualquier "modificación" expresa o tácita que en la parte especial se haga de la parte general y que, a pesar de la primacía de dicha parte especial, también se estipuló con claridad que el Contrato deberá interpretarse de forma que haya la debida correspondencia y armonía entre sus partes. Y más allá, por encima de la claridad textual, lo que se pide en el artículo 1618 del C.C., una vez que se la conoce claramente, es atenerse a la intención de los contratantes, y no al simple tenor literal de las palabras usadas para significar dicha intención, y de manera que las cláusulas se interpreten unas por otras, como se dice en el artículo 1622 del C.C., para darle a cada una el sentido que mejor convenga a la totalidad del contrato.

Así las cosas, aquí es necesario examinar las siguientes disposiciones, referentes ambas a los costos de estructuración, a saber, la sección 1.40 de la parte general, y la sección 3.7 de la parte especial :

Sección 1.40 -Parte General-

“Corresponde al pago que el Concesionario deberá hacer (a) al Originador equivalente al monto que la ANI hubiere aceptado como valor de los estudios realizados para la estructuración del Proyecto de conformidad con el artículo 16 de la Ley 1508 de 2012, en los términos de la Sección 3.7 (a) de la Parte Especial y sólo en los casos en que el Originador del Proyecto no haya sido el adjudicatario del Contrato y (b) a la ANI por los costos incurridos por la ANI en el proceso de estructuración del Proyecto de Iniciativa Pública, en el evento en que se hayan configurado los presupuestos establecidos en el párrafo primero del artículo 19 del Decreto 1467 de 2012, pago que se realizará en los términos de la Sección 3.7. de la Parte Especial”

Sección 3.7 Parte Especial

El Concesionario, en caso que éste no sea el mismo Originador, deberá la suma de dieciséis mil setecientos noventa y un millones quinientos setenta y ocho mil ochocientos veinticuatro (\$16.791.578.824) Pesos del Mes de Referencia por concepto de Costos de Estructuración que será cancelado de la siguiente forma:

a). Al Originador, CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A., la suma de TRECE MIL SETENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA MIL (\$13.076.880.000) Pesos del Mes de Referencia más IVA que deberá ser cancelada en los siguientes términos, previa presentación de la correspondiente factura por parte de CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.: (i) setenta por ciento (70%) dentro de los treinta (30) días siguientes a la suscripción del Contrato y (ii) treinta por ciento (30%) dentro de los treinta (30) Días siguientes a la acreditación del Cierre Financiero. En el caso que la ANI celebre el Contrato de Concesión con el Originador no habrá lugar al pago de la suma prevista en este literal.

b). A la ANI o a quien designe expresamente la ANI en los términos que esta defina y sobre lo cual Notifique al Concesionario, la suma de TRES MIL SETECIENTOS CATORCE MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO (\$3.714.698.824) Pesos del Mes de Referencia más IVA que deberá ser cancelada en los siguientes términos, previa presentación de la correspondiente factura por parte de la ANI: (i) setenta por ciento (70%) dentro de los treinta (30) días siguientes a la suscripción del Contrato y (ii) treinta por

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

ciento (30%) dentro de los treinta (30) Días siguientes a la acreditación del Cierre Financiero, correspondiente a parte de los costos de estructuración del Contrato Interadministrativo No.006 (ANI) – 211038 (FONADE) contratada por la ANI con FONADE, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 3° del Decreto 2043 de 2014". (Las subrayas no son de los textos)

Y la cláusula que debe ser resaltada ahora, y perteneciente a la parte especial, es la que estipuló el débito correspondiente a los costos de estructuración a favor del originador y a cargo del Concesionario en los siguientes términos:

3.7 Costos de Estructuración

El Concesionario, en caso que éste no sea el mismo Originador, deberá la suma de DIECISÉIS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO (\$16.791.578.824) Pesos del Mes de Referencia por concepto de Costos de Estructuración que será cancelado de la siguiente forma:

(a) Al Originador, CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A., la suma de (\$13.076.880.000) Pesos del Mes de Referencia más IVA que deberá ser cancelada en los siguientes términos, previa presentación de la correspondiente factura por parte de CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.: (i) setenta por ciento (70%) dentro de los treinta (30) Días siguientes a la suscripción del Contrato y (ii) treinta por ciento (30%) dentro de los treinta (30) Días siguientes a la acreditación del Cierre Financiero. En el caso que la ANI celebre el Contrato de Concesión con el Originador no habrá lugar al pago de la suma prevista en este literal." (Las subrayas no son del texto)

Hay que establecer entonces si a pesar de ser el originador el mismo adjudicatario – lo cual de acuerdo con la ley excluye la recuperación de los costos-, el hecho de que el concesionario sea una persona jurídica distinta otorga ese derecho en virtud de las estipulaciones contractuales; o si, por el contrario, como lo ha sostenido la Convocada, la creación del concesionario no genera el derecho a recuperar el costo en cuestión. La compensación invocada por la Convocante, por ser un modo de extinción de obligaciones, presupone que se despeje primero si entre el concesionario y su único socio, el adjudicatario y originador, surgió o no una relación obligacional referente a

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

la recuperación y reconocimiento de los costos de estructuración, en los términos y de acuerdo con el sentido de las disposiciones contractuales arriba transcritas.

La Convocada y el Ministerio Público coinciden en concluir que no procede el reconocimiento de los costos con sendos argumentos ya sintetizados en este aparte del Laudo.

El Tribunal, en primer lugar, debe reiterar que en la interpretación del contrato para los efectos de este aparte del Laudo, no incide el comportamiento contractual aducido por la parte Convocante, pues, como ya se indicó arriba, una cosa es la modificación de un contrato y que en este caso se debía hacer por escrito, y otra distinta, la aplicación práctica de sus cláusulas que en el artículo 1622 del C.C. se establece como un autorizado canon interpretativo que surge de la conducta de los propios creadores del contrato. Por ello, con base en las diversas estipulaciones invocadas por las partes, más que privilegiar el texto o la ubicación de una de ellas sobre todas las demás, lo que le corresponde al Tribunal como juez del contrato es considerarlas en su conjunto, a la luz de la naturaleza y finalidad del contrato, y en forma acorde con la ya explicada y clara finalidad del reconocimiento legal al derecho a la recuperación de costos por parte del originador. Ello para resolver si el concesionario, que es el SPV constituido como único accionista por el originador y adjudicatario (conurrencia funcional que le impedía a éste legalmente cobrarse a sí mismo la recuperación de costos), y cuya única razón de ser era la celebración y ejecución de la concesión que le fue adjudicada, debe reconocer o no dichos costos al originador.

Y debe agregarse que al plantearse así la cuestión, esto es, si el concesionario, quien sí es parte del contrato objeto del litigio, tiene dicha obligación a su cargo o no con base en éste, se supera la excepción planteada por lo Convocada al considerar que al no ser la originadora parte del contrato, no podría resolverse esta pretensión.

El Tribunal debe destacar, según se acreditó en el expediente, que la única persona que hizo parte del correspondiente Proceso de Selección fue Construcciones El Cóndor S.A. y que fue la adjudicataria. Esa circunstancia, como ya se ha resaltado, implicaba que la recuperación de costos no podía obtenerla frente a sí misma en esa doble calidad.

El Originador, constituyó o conformó como único accionista la sociedad Cesar Guajira S.A.S. una sociedad de objeto único, para celebrar y ejecutar la concesión, en

desarrollo de una previsión que la Convocada, en el contexto de la revisión jurídica del proyecto, había indicado mediante la Comunicación Rad. No. 2013-200-014450-1 del 10 de septiembre de 2013 que obra en el expediente, y que se repite en varios apartes de los textos relevantes del proceso contractual. Hay que resolver entonces si bastaba esa constitución o conformación para que el originador pudiera tener derecho a un cobro que no podía hacer siendo el adjudicatario; ello como quiera que el concesionario no sólo es una persona jurídica distinta de su único accionista sino que es, por ende, distinto del adjudicatario y originador.

Entre las declaraciones y garantías expresadas en el contrato por las partes, el Tribunal debe resaltar dos de ellas, que fueron formuladas por el Concesionario en los siguientes términos:

"2.6 Declaraciones y Garantías de las Partes

(c) Del Concesionario

Con la suscripción del Contrato, el Concesionario declara y garantiza lo siguiente:

(ii) Objeto Único: El Concesionario se ha constituido como una nueva empresa cuyo único objeto es la ejecución del presente Contrato y por lo tanto no tiene obligaciones precedentes a la suscripción de este Contrato, diferentes de las contraídas al momento de su constitución o de aquellas necesarias para la suscripción de este Contrato y no podrá ejecutar actividad alguna que no tenga relación con la ejecución del presente Contrato. (-)....

*(v) Aceptación del Contrato: el Concesionario ha leído cuidadosamente los términos del Contrato, Parte General y Parte Especial, sus Apéndices y Anexos y demás documentos que hacen parte del mismo, hizo los comentarios que a su juicio fueron necesarios y **con la presentación de la propuesta o de la Oferta o de la Oferta en Etapa de Factibilidad, y/o aceptación de las condiciones establecidas por la ANI en la aceptación de la Oferta en Etapa de Factibilidad, según sea el caso, determinó que** las modificaciones que se efectuaron por parte de la ANI durante el Proceso de Selección fueron adecuadas y suficientes para atender **sus inquietudes (...).***

(xvi) El Concesionario declara que en su calidad de Originador ha puesto en

conocimiento de la ANI toda la información que tiene a su disposición en relación con el Proyecto. Asimismo manifiesta que tal información es completa, adecuada o suficiente, siendo su responsabilidad la realización de la debida diligencia adicional, sobre cada uno de estos aspectos. (Se resalta).

La Convocada notificó a Construcciones El Cóndor S.A. el 12 de marzo de 2015 que el proyecto presentado era viable, comunicándole condiciones adicionales para la aceptación de la iniciativa, entre las cuales se encontraba la constitución del denominado "SPV" con una finalidad muy precisa: para la celebración y ejecución de la concesión, "**dentro de los treinta (30) Días Hábiles siguientes a la Adjudicación de la Selección Abreviada de Menor Cuantía**". (se resalta). Y la Concesionaria, esto es la sociedad Concesión César Guajira S.A.S., fue constituida el 12 de junio de 2015, en virtud de un acto unilateral del adjudicatario originador, cuya validez nadie ha puesto en tela de juicio en este litigio.

Ahora bien, se pregunta el Tribunal ¿cómo se explica que el concesionario, al hacer la transcrita declaración sobre la Aceptación del contrato, se haya referido a la atención adecuada y suficiente de "sus inquietudes" a través de modificaciones efectuadas por la Convocada durante el proceso de Selección, que fue un proceso anterior a su constitución?

Otra de sus declaraciones, apreciada conjuntamente con ella, sirve para despejar el sentido del posesivo "sus" empleado por el concesionario para referirse a unas inquietudes formuladas antes de su constitución. Es la del numeral (xvi) ya transcrito también, según la cual, "**El Concesionario declara que en su calidad de Originador ha puesto en conocimiento de la ANI toda la información que tiene a su disposición en relación con el Proyecto**".

Ante ello, el Tribunal observa: o que las inquietudes satisfechas eran del originador, que era la persona jurídica existente en la época del proceso de selección; o que el propio concesionario, que es una persona cuyo único accionista es el originador que lo constituyó, se califica a sí mismo como originador. Y en ambos casos, el Tribunal encuentra que si el concesionario declaró en calidad de originador, o se calificó a sí mismo como tal, tendrían que encontrarse razones sustantivas para distinguirlo del adjudicatario que lo constituyó como instrumento de celebración y ejecución de la concesión, para efectos de examinar si tiene o no derecho a la recuperación de los costos mediante el cobro al concesionario.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Para esos efectos, al describir el marco legal aplicable a este aparte del Laudo, el Tribunal explicó por qué considera, y lo reitera ahora, que el concesionario es una persona jurídica legalmente distinta de su único accionista; precisó que debía establecer si había alguna razón legal o contractual que a pesar de dicha distinción legal, implicara que el originador adjudicatario no pudiera recuperar los costos de estructuración mediante un cobro al concesionario; y también señaló por qué la personificación jurídica de las sociedades debe ser entendida en función de su finalidad, que en este caso, en lo referente a la 'SPV', obedeció exclusivamente a la celebración y ejecución de la concesión adjudicada a su constituyente y accionista único.

Para el caso, el acto constitutivo de la Concesión Cesar Guajira S.A.S., que es un acto unipersonal sujeto a los requisitos de eficacia, existencia y validez de los actos de derecho privado como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 822 del C.Co., tuvo por causa y por objeto, ambos perfectamente lícitos, respectivamente, el proceso que condujo a la adjudicación del contrato al accionista único constituyente, que fue lo que indujo a dicha constitución (es decir, su causa en los términos del artículo 1524 del C.C.), y a la celebración y ejecución de la concesión (lo que debía hacer, esto es, su objeto en los términos del artículo 1517 del C.C.)

Las ya mencionadas declaraciones de la propia Convocante, que a primera vista implican 'borrar'- por su propio dicho- la diferenciación entre concesionario y originador, siendo dicho originador el mismo adjudicatario, resultan coherentes con una interpretación integral del contrato, acorde con la Ley APP, que consulta la finalidad del sistema de recuperación de costos en las APP de iniciativa privada que, como ésta, no involucran recursos públicos, y que resulta acorde con la razón de ser de la constitución del SPV concesionario. Y dicha finalidad del sistema, según se explicó al analizar el marco legal aplicable, consiste en incentivar la iniciativa privada al otorgarle, siempre, el derecho al originador a recuperar sus costos de estructuración, por una de dos vías: o a través de la gestión del contrato, como es muy claro en un contrato de concesión, que es el que surgió de este proceso, cuando el originador es el concesionario; o a través del cobro al tercero adjudicatario.

En este caso, estima el Tribunal que al preverse que el adjudicatario, quien fue el mismo originador y el único que participó en el proceso de selección, conformara un SPV con forma de sociedad por acciones para la celebración y ejecución de la concesión en

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

calidad de concesionario, y al haberlo conformado éste además siendo él su único accionista, no se negó el derecho a recuperación de los costos de estructuración, pues el originador conservó ese derecho a través del resultado de la gestión del contrato por parte del "SPV", persona jurídica ésta constituida sólo para celebrar y ejecutar la concesión, instrumento con objeto único del cual el adjudicatario originador fue su único accionista.

Esa situación acorde con la regulación legal de las APP de iniciativa privada que no involucran recursos públicos, explica y pone en contexto las citadas declaraciones, en las cuales manifestó que "El Concesionario se ha constituido como una nueva empresa cuyo único objeto es la ejecución del presente Contrato y por lo tanto no tiene obligaciones precedentes a la suscripción de este Contrato, diferentes de las contraídas al momento de su constitución o de aquellas necesarias para la suscripción de este Contrato y no podrá ejecutar actividad alguna que no tenga relación con la ejecución del presente Contrato". Una hipotética obligación de reconocerle los costos al adjudicatario originador, no podía surgir por razones legales en forma precedente al contrato, ni en forma concomitante con su constitución, ni era necesaria para la suscripción del contrato. Cosa muy distinta es que una sociedad que sólo puede actuar para suscribir y ejecutar el contrato, genere la recuperación de los costos de reestructuración en que haya incurrido su único accionista y que éste, dada esa calidad, los recupere a través de su relación de accionista único del instrumento que se exigió y el aceptó constituir para la ejecución de la concesión. Y en el contexto de la operación contractual y de los intereses legítimos del originador a ese respecto, había una disposición contractual pertinente para ello, como lo puso de relieve el Ministerio Público en su concepto, que es la previsión relacionada con los efectos de la terminación anticipada del contrato.

Lo anteriormente expuesto permite concluir que, preservando la distinción legal que existe entre la personalidad jurídica del concesionario Concesión Cesar Guajira S.A.S., y la de su único accionista, esto es, el originador y adjudicatario Construcciones El Cóndor S.A., y reparando simplemente, en forma armónica, entre la causa de la constitución del concesionario, prevista en el proceso contractual derivado del proyecto, y el objeto único de la sociedad constituida por el adjudicatario originador como único accionista, se concluye que de acuerdo con la normatividad propia de esta clase de iniciativas, en este caso la recuperación de los costos del originador, debe proveerse a través de la ejecución de la concesión por el instrumento escogido por el originador para tales efectos, y dada la terminación anticipada del contrato, las

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

reglas sobre el particular resultan pertinentes, según lo destacó el Ministerio Público en su intervención. De manera que en ningún momento se priva de ese derecho al originador; sólo que la recuperación de los costos de estructuración no la puede obtener del concesionario, ni actuando como originador en los términos de la Ley APP ni del contrato, pues es también el adjudicatario.

Además, se debe observar que si el contrato no se hubiera terminado anticipadamente, el no reconocer el derecho a cobrarle los costos de estructuración al concesionario en forma **anticipada** a la ejecución del contrato, lejos de ser ilegal, se ajusta al sistema legal de recuperación de dichos costos, que en estos casos debe derivarse de la gestión del contrato.

En efecto, el acto de constitución del SPV, previsto en la forma ya explicada en los textos que integran el contenido normativo del contrato, pues tiene su génesis en ellos, puede ser entendido a la luz de dichos contenidos, de modo que es un simple instrumento de imputación en un sujeto nuevo y exclusivo, el SPV, de todos los derechos y obligaciones derivados de la celebración y ejecución de la concesión, de manera que ese era el conducto, medio o instrumento adecuado para que su único accionista, originador y adjudicatario, obtuviera la recuperación de los costos de estructuración.

Entre dicho acto de constitución del SPV y el contrato de concesión existe una relación instrumental expresamente prevista, y a esa clara intención, en los términos del artículo 1618 del C.C., debe atenderse, en los términos del artículo 1620 del C.C., la eficacia o alcance legal, pues es el armónico con la finalidad de las normas pertinentes de la Ley APP, de las normas de la parte general del contrato que previeron que los costos de estructuración debían ser pagados por el concesionario al originador "sólo en los casos en que el originador del proyecto no haya sido el adjudicatario del contrato" (Sección 1.40. Costos de estructuración", y con la que preveía que el "Concesionario: *Es la sociedad de objeto único identificada plenamente en la Parte Especial, conformada por quien(es) resultó(aron) adjudicatario(s) con motivo del Proceso de Selección o por quien(es) suscribió(eron) el Contrato de Concesión.*" (Capítulo I – Definiciones, Sección 1.31). Tales normas resultan, en atención a la finalidad del incentivo de recuperación de costos previsto en la ley, y la causa y objeto de constitución del 'SPV' acordes con el numeral 3.7 de la Parte Especial del Contrato, en la cual en relación con los costos de estructuración se previó que "El Concesionario (...) deberá la suma de DIECISÉIS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MIL

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

OCHOCIENTOS VEINTICUATRO (\$16.791.578.824) Pesos del Mes de Referencia por concepto de Costos de Estructuración que será cancelado de la siguiente forma:

“(a) Al Originador, CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A., la suma de TRECE MIL SETENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA MIL (\$13.076.880.000) Pesos del Mes de Referencia más IVA, que deberá ser cancelada en los siguientes términos, previa presentación de la correspondiente factura por parte de CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A.: (i) setenta por ciento (70 %) dentro de los treinta (30) Días siguientes a la suscripción del Contrato y (ii) treinta por ciento (30%) dentro de los treinta (30) Días siguientes a la acreditación del Cierre Financiero. En el caso que la ANI celebre el Contrato de Concesión con el Originador no habrá lugar al pago de la suma prevista en este literal”.

Así las cosas, la interpretación del contrato lleva a concluir al Tribunal que no procede el pago de la suma prevista en el literal (a) de la cláusula 3.7 en consideración a que el Contrato se celebró con el concesionario constituido por el originador y adjudicatario, su único accionista, con el objeto único de celebrar y ejecutar la concesión, situación ésta que fue la que llevó al concesionario, en declaraciones suyas ya transcritas y que forman parte del contrato, a considerar como suyas inquietudes formuladas por el adjudicatario antes de haber sido constituido y a autocalificarse como originador, que es una posición jurídica que le impide pagarse a sí mismo los costos reclamados.

Dado que a la Concesionaria le corresponde el trato de originador y adjudicatario conforme a las razones ampliamente consignadas en precedencia, no correspondía a la Concesionaria efectuar el pago de los costos de estructuración al originador, los que al tenor del numeral (iv) del literal b) de la sección 2.3. del Contrato Parte General, solo proceden **“cuando (I) el Concesionario seleccionado en el Proceso de Selección no sea el mismo Originador”**. (El resaltado es del Tribunal)

La expuesta interpretación del alcance de las cláusulas del contrato en consideración a que el originador fue el adjudicatario y a la causa y objeto del SPV constituido por Construcciones el Cóndor en calidad de único accionista, es acorde con la finalidad varias veces explicada de la Ley 1508 de 2012, cuyas normas pertinentes ya han sido comentadas y transcritas, y que se plasman en el encabezado del artículo 17 de dicha norma, según la cual, “Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad pública competente

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

haya determinado, antes de la licitación, como costos de los estudios realizados para la estructuración del proyecto". Si se examina el sentido de este artículo, se advierte que el hecho de haberse previsto en este caso la constitución del SPV para que ejecutara la concesión, no elimina el hecho consistente en que la selección "para la ejecución del contrato", lógicamente precedida por su celebración, recayó en la persona (originador y adjudicatario) que debía constituir el SPV; de manera que como no puede entenderse que no haya sido seleccionado para ello, tampoco puede entenderse que debiera recibir, de sí mismo además, el valor de los costos de estructuración.

Esta interpretación extensiva encuentra fundamento expreso en el principio consagrado en el artículo 31 del C.C., según el cual "Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido...", sentido para cuya determinación se debe tener en cuenta, de acuerdo con el artículo 30 de ese mismo Código, el contexto de la ley para que entre sus partes haya la debida correspondencia y armonía. Sobre la viabilidad de la interpretación extensiva en tratándose de normas excepcionales, se ha pronunciado de antaño la Corte Suprema de Justicia, al indicar que "*No repugna a la naturaleza de las normas excepcionales la interpretación extensiva, cuando aparece que la hipótesis cuestionada está incluida por modo claro, aunque implícito en la misma norma*".³⁶⁴

En efecto, la finalidad del derecho legal de recuperación de costos que se reconoce en dicho artículo permite entender que al aplicar el artículo 31 en este caso, se debe entender que éste implica que se le dé el tratamiento propio del originador seleccionado para la ejecución del contrato a la Convocante, dado el hecho de la constitución del 'SPV' que controla por ser su único accionista, con la única finalidad y con el único objeto de celebrar y ejecutar el contrato.

Más aún, el Tribunal advierte que tiene razón la Convocada al señalar en su alegato que dado que "...según el Pliego de Condiciones si el Originador resultaba Adjudicatario, debía constituirse en un SPV, si tomáramos literalmente el aparte del **numeral 3.7 de la Parte Especial** que señala: "***En el caso que la ANI celebre el Contrato de Concesión con el Originador no habrá lugar al pago de la suma prevista en este literal***", entonces dicha disposición jamás hubiera podido aplicarse, porque el

³⁶⁴ Corte Suprema de Justicia, sent. Marzo 27 de 1958, G.J. t. LXXXVII, p. 507

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Originador obligatoriamente debía conformar un SPV y, en consecuencia, el Contrato de Concesión siempre sería celebrado con una sociedad comercial independiente al Originador...(-). Ahora bien, recuérdese que conforme a lo previsto en el artículo 1620 del Código Civil “[e]l sentido en el que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”. De esta manera, **es evidente que lo que la cláusula señala es que, en el caso que la ANI celebre el Contrato de Concesión con el SPV del Originador, no habrá lugar al pago de la suma prevista en el literal (a) de la Sección 3.7 de la Parte General.**” (El resaltado es del alegato).

Ante la circunstancia consistente en la terminación anticipada del contrato, en punto a la recuperación de los costos de reestructuración en esa hipótesis, el Tribunal encuentra que ello tampoco es procedente en atención a lo pactado, como a continuación se detalla, dada la forma en que se estipuló la conformación del denominado componente ARh.

En efecto, mediante la ya indicada cláusula décima tercera del Otrosí No. 10 al contrato de Concesión de fecha 10 de julio de 2017, se estipuló lo siguiente:

“Para los Meses h posteriores a la Fecha de Inicio se reconocerán exclusivamente los costos asociados con las siguientes actividades:(...)”

Valor de los Costos de Estructuración al que se refiere la Sección 2.3(b)(vi) de haberse efectivamente pagado dicho valor, en el Mes h, en los términos establecidos en la Parte Especial.(...).”

Es clara y expresa, entonces, la remisión a la disposición contractual que establece que tales costos se reconocen cuando el concesionario no sea el mismo originador, situación ya analizada en extenso en este Laudo, según puede leerse en ella:

“Sección 2.3 Perfeccionamiento e Inicio de Ejecución del Contrato

(b) Para iniciar la ejecución del presente Contrato dentro de los treinta(30) Días Hábiles siguientes a la suscripción del mismo, se suscribirá el Acta de Inicio siempre que se hayan cumplido los siguientes requisitos:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

*(vi) El pago por parte del Concesionario de los Costos de Estructuración, **cuando (I) el Concesionario seleccionado en el Proceso de Selección no sea el mismo Originador.** (El resaltado es del Tribunal)"*

Con base en lo expuesto, el Tribunal encuentra fundada la oposición de la Convocada, según la cual no es posible declarar que la Convocante tiene derecho al cobro de los costos de estructuración del proyecto.

Adicionalmente, tal y como ya se reseñó al realizar el análisis de las pruebas referidas a costos de estructuración, en el curso del mismo las partes discutieron diversos aspectos, entre otros:

- El registro y pago por compensación de la factura No. 11324 de 28 de junio de 2015, expedida por Construcciones el Cóndor, que tenía por concepto el cobro de los costos de estructuración por parte del originador en cuantía de \$16.247.132.160, en la contabilidad del patrimonio autónomo.
- El cumplimiento de los primeros giros equity con la compensación efectuada en la factura 11324.
- La suscripción del acta de inicio del Contrato 006 de 2015, previo a que se hubiera verificado el pago de los costos de estructuración por parte de la Concesionaria a Construcciones El Cóndor.
- La ausencia de objeción de la ANI frente a los registros contables en el patrimonio autónomo por más de un año.
- La inclusión de los costos de estructuración en el modelo financiero del proyecto y la modificación de dicho modelo para efectos de la celebración del Otrosí No. 7.

Cabe señalar que el Tribunal considera que los temas previamente enunciados, no cambian la conclusión a que llegó el Tribunal, como quiera que tales situaciones no tienen por efecto la modificación del contrato pactado (como ya se explicó), ni tampoco modificaron, el extensamente explicado, rol o función del esquema

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

fiduciario y de la gestión de la interventoría en atención a la terminación anticipada del contrato.

Tales aspectos fueron objeto de una aguda controversia entre las partes al respecto, ilustrada en el análisis de pruebas del presente Laudo, con extensas transcripciones de sus sendos y opuestos puntos de vista; pero su consideración no es necesaria como quiera que la negativa al reconocimiento de los costos de estructuración es consecuencia de una premisa mayor, ya expuesta por el Tribunal, que consiste en descartar el reconocimiento de los costos de estructuración pagados por Concesión Cesar Guajira SAS a Construcciones El Cóndor, pues según lo ya examinado, reciben un tratamiento contractual como si se trataran de la misma persona.

Tal circunstancia determina en este punto, la prosperidad de los medios exceptivos denominados *"De la debida interpretación de las cláusulas contractuales"* y *"Cumplimiento del requisito previsto en el numeral 3.7 para que no opere el reconocimiento de los costos de estructuración"*, lo cual conlleva el rechazo de las pretensiones correspondientes, tal y como se decidirá en la parte pertinente del Laudo.

En todo caso, cabe precisar que:

- A lo largo del presente Laudo, el Tribunal ha argumentado que, en el evento de la terminación anticipada del contrato, el registro de un costo o de un gasto en la contabilidad del patrimonio autónomo, no supone por sí solo, el reconocimiento de dicho costo al momento de la liquidación del contrato.

El reconocimiento del costo en estas circunstancias de liquidación anticipada depende, no solo de la validación que debe efectuar la Interventoría con fundamento en los soportes contables del patrimonio autónomo y en la información adicional que solicite y le sea suministrada para el efecto, sino que, además, depende de la procedencia legal y contractual del pago efectuado por el Concesionario.

Si el Concesionario realizó algún desembolso de los costos de estructuración a Construcciones El Cóndor, tal desembolso carece de la condición legal de pago, ya que en los términos del contrato tal desembolso no puede imputarse a pago –medio extintivo de las obligaciones (Art. 1625 C.C.)- así que en ningún caso dicha circunstancia obliga al Tribunal a ordenar a la ANI el reembolso de dicho desembolso al Concesionario.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

El soporte de la consideración legal se encuentra en la sección 2.3 perfeccionamiento e inicio de ejecución del contrato que requiere para efectos del acta de inicio, el pago por parte del Concesionario de los Costos de Estructuración, cuando el Concesionario seleccionado en el Proceso de Selección no sea el mismo originador, condición que, conforme a lo argumentado líneas atrás, para este caso no se cumple.

- Esta probado que inicialmente, parte de los giros equity 1 y 2, se realizaron teniendo en consideración el registro de un aporte en especie ordenado por el Concesionario a la Fiduciaria, derivado del pago de una factura presentada por Construcciones el Cóndor a la Concesión reclamando el pago de los costos de estructuración.

No obstante, no se formuló medio exceptivo por parte de la ANI de contrato no cumplido en relación con la realización de los giros equity o demanda de reconvencción tendiente a la declaratoria de incumplimiento del contrato frente a esta obligación.

No está probado que la ANI haya declarado el incumplimiento del Concesionario por la falta de realización de algún giro equity y se evidencia que en el acta de liquidación las partes liquidaron el contrato sin precisar la subsistencia de controversia alguna asociada a la realización de los giros equity.

Que inicialmente la ANI haya teniendo por cumplidos los giros equity en las condiciones antes dichas y tal circunstancia no hubiese derivado en un incumplimiento, no implica, de cara a lo que le toca resolver al Tribunal, que la Concesionaria tenga derecho al reconocimiento al pago de los costos de estructuración del originador, pues atrás se ha explicado que el pago de los mismos solo podía hacerse bajo el presupuesto de que el Originador fuese persona distinta a la adjudicataria del proyecto. Si la Concesión efectuó un pago en contradicción a las estipulaciones contractuales debe internalizar el mismo, no exigir el reconocimiento de un pago que no debía ser efectuado con cargo a la liquidación.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Al Tribunal le compete fallar las pretensiones en derecho y encuentra que la pretensión no procede por no ajustarse a derecho en tanto que desconoce la preceptiva contractual.

En todo caso, se verifica que en el literal G) de la cláusula primera del otrosí No. 7 se modificó el valor de los giros equity a que se obligó el concesionario así:

“G-Giros de Equity: Modificar la Tabla prevista en la Sección 4.4., la cual queda de la siguiente manera:

<i>Giros</i>	<i>Monto mínimo</i>	<i>Fecha máxima del Aporte</i>
<i>Giro 1</i>	<i>Doce mil ochocientos sesenta y seis millones ciento sesenta y dos mil doscientos cuarenta y nueve (\$12.866.162.249) Pesos del Mes de Referencia.</i>	<i>Fecha de constitución del Patrimonio Autónomo</i>
<i>Giro 2</i>	<i>Dos mil setecientos cincuenta y siete millones treinta y cuatro mil setecientos sesenta y ocho (\$2.757.034.768) Pesos del Mes de Referencia.</i>	<i>180 Días desde la Fecha de Inicio</i>

(...)”

Así, en los términos del otrosí No. 7, los dos primeros giros equity efectuados por el Concesionario debían sumar \$15.623.197.017.

Revisados los informes mensuales de rendición de cuentas del Patrimonio Autónomo³⁶⁵, se evidenció que en el capítulo referido a la “SUBCUENTA P.A. APP CESAR GUAJIRA – PROYECTO PRINCIPAL”, renglón Aportes Equity, el acumulado registrado daba cuenta mes a mes el valor de los aportes efectuados en dinero.

Es importante destacar que los recursos de equity fondean con dinero el proyecto; generan un recurso de caja. Lo anterior hace sentido en el registro contable aludido que determina el disponible líquido del proyecto.

³⁶⁵ Aportados al expediente por la Fiduciaria Bancolombia en respuesta al oficio librado por este Tribunal mediante CD contentivo de la carpeta 2015 que reposa en el folio 65 del Cuaderno de pruebas No. 2.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En el informe de rendición de cuentas de enero de 2016 el valor acumulado de giros equity (en que se venían registrando únicamente aportes en dinero) correspondió a \$16.813.735.439, es decir un valor mayor al mínimo exigido para los 2 primeros giros equity referidos en el otrosí No. 7.

También se verificó que los primeros 5 giros equity referidos en el otrosí No. 7 sumaban \$42.908.298.165, último de los cuales debía realizarse en un plazo máximo de 720 días contados desde la fecha de inicio. Así mismo el informe mensual de rendición de cuentas de agosto de 2017 daba cuenta de que los aportes equity del proyecto efectuados en dinero, que no en especie, ascendían a \$58.742.060.901. Es decir, que durante la ejecución del Contrato 005 de 2016, el Concesionario realizó aportes en dinero equity, por encima de los exigidos en el Otrosí No. 7.

Así las cosas, en la ejecución contractual, las partes ajustaron el monto de los giros equity, verificándose que al proyecto se realizaron aportes equity en dinero, que superaron los giros mínimos estipulados en el Otrosí No. 7.

- En el acta de inicio del contrato, con fundamento en la información remitida por la Fiducia, se refirió que el aporte en especie *“realizado por el Concesionario corresponde al pago del 70% de los Costos de Estructuración a la Firma CONSTRUCCIONES EL CÓNDROR S.A.,”* además de que *“Adicionalmente, mediante comunicación 3003700200-8127- 01017 del 03 de agosto de 2015, el Vocero de la entidad Fiduciaria Bancolombia informó que la Concesión Cesar Guajira S.A.S. el 31 de julio de 2015 aportó al Fideicomiso P.A, APP - CESAR - GUAJIRA, Subcuenta PA-APP-CG-ANI Costos de Estructuración, un total de aportes de Dos mil setecientos ochenta y cinco setenta mil setecientos sesenta y un pesos Mete (\$2.785.070.761,00), lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el literal (b) de la Sección 3.7 de la Parte Especial del Contrato de Concesión, y la instrucción dada por la entidad con la comunicación 2015-300-017332-1 de Julio 31 de 2015.”* También se verificó la realización del primer giro Equity.

Las partes no cuestionan el Acta de Inicio del Contrato de Concesión ni la fecha de la misma, como se acreditó, en ella se constató la verificación de los requisitos a que se refiere el literal b) de la sección 2.3. del contrato parte

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

general, entre ellos, el pago de los costos de estructuración y la realización de giros equity, con fundamento en la información que acreditó la Fiduciaria, por haberse registrado en el Patrimonio autónomo a solicitud de la Concesionaria; no obstante, dicha circunstancia no implica que el Tribunal deba reconocer los costos de estructuración pagados por la Concesión a Construcciones El Cóndor, pues dicho pago se efectuó en desconocimiento de la disposición contractual que generaba la obligación de pago cuando originador y adjudicatario del proyecto fueran distintos. Atado el Tribunal a fallar en derecho y siendo el contrato ley para las partes (Art. 1602 C.C.), la proposición normativa con que el Tribunal ha de fallar las pretensiones incluye la disposición contractual de forma tal que el Tribunal, al proferir el laudo no puede validar un quebranto a las disposiciones contractuales.

- No desconoce el Tribunal que la ANI no presentó objeción al pago efectuado por costos de estructuración y al registro contable de dicho pago, pese a asistir a los Comités Fiduciarios.

El silencio de parte muestra una tolerancia pero no tiene fuerza derogatoria de la voluntad solemne de parte. El contrato estatal es solemne (Art. 412 Ley 80), consta por escrito, de tal que la mera aquiescencia de parte, no tiene fuerza modificatoria del contrato; el contrato se mantiene y prima por encima del comportamiento tolerante de las partes; de tal manera que el operador judicial, no puede desatender la letra contractual y el sentido y propósito jurídico del equity.

La ordenación del pago, salvo subcuentas puntuales, recae en el Fideicomitente, de allí que fuera obligación de la Fiducia seguir las instrucciones de la Concesión para la disposición de los recursos consignados en la misma. Así, la mayoría de los registros contables tienen fundamento en las decisiones de la Concesionaria.

Surge la pregunta: ¿Qué papel juega la ANI, en el comité fiduciario? Si bien la ANI asiste a los Comités Fiduciarios, tiene un papel secundario, de conformidad con el literal d) del numeral 3.16 del Contrato Parte General, según el cual "la asistencia de la ANI a las sesiones de Comité Fiduciario, no podrá considerarse como una aceptación o aprobación de la ANI de las decisiones que se tomen en el marco de cada sesión del Comité, ni se entenderán notificadas las

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

disposiciones que en dichas sesiones se presenten o se adopten por los miembros del Comité Fiduciario."

El rol de la ANI en el comité fiduciario, impide que por semejas se aplique el artículo 1618 C.C., en tanto que no hay "intención" por parte de la ANI. Se reitera, el carácter solemne del contrato estatal, impide que las partes modifiquen el contrato por su comportamiento, mucho menos cuando la presencia de la ANI en el comité fiduciario, no es manifestación de intención.

En la misma línea y como refuerzo del argumento en derecho que expone el Tribunal, el Contrato No. 8127 de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos precisa en el párrafo de la cláusula décima que: "La AGENCIA asistirá a todas y cada una de las sesiones que efectuó el COMITE FIDUCIARIO con voz, pero sin voto en la toma de decisiones que allí se sometan a consideración. Para fines de claridad, se precisa que la asistencia de la AGENCIA a las sesiones de COMITÉ FIDUCIARIO, no podrá considerarse como una aceptación o aprobación de la AGENCIA de las decisiones que se tomen en el marco de cada sesión del comité, ni se entenderán notificadas las disposiciones que en dichas sesiones se presenten o se adopten por los miembros del COMITÉ FIDUCIARIO. La no asistencia de la AGENCIA a las sesiones del COMITÉ FIDUCIARIO a las que haya sido oportunamente citada, no será motivo de invalidez de la reunión ni de las decisiones que se tomen en el mismo."

El Contrato de fiducia refiere en el párrafo de la cláusula sexta que "el FIDEICOMITENTE, la AGENCIA y la INTERVENTORA contarán con sesenta (60) días hábiles a partir del día siguiente al envío de la rendición de cuentas para que formulen sus observaciones. Transcurrido tal término sin que se reciba pronunciamiento alguno se entenderá que aquellos han aceptado en su totalidad el contenido de la rendición de cuentas, sin perjuicio de las facultades que tienen las autoridades de vigilancia y control para examinar estas cuentas y en general el desarrollo y ejecución de este CONTRATO DE FIDUCIA".

Aunque no se acredita que la ANI haya objetado dichos informes, una lectura de los mismos no evidencia el nivel de detalle de la fuente de los aportes en especie registrados en el patrimonio autónomo y aunque así sucediera, ello no permite al Panel concluir que la información allí consignada genere por sí misma, el derecho al pago de costos de estructuración.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

El registro de una cuenta en la contabilidad del patrimonio autónomo y las cuentas rendidas sobre el mismo, no producen derecho incontrovertible al pago de las sumas y conceptos registrados en los mismos.

La rendición de cuentas refleja el panorama general de los registros contables del patrimonio autónomo, pero así como el registro contable no genera un derecho automático a que los costos allí registrados sean objeto de reembolso en la liquidación, tampoco se genera dicho reconocimiento, a partir de los efectos de la aceptación de la rendición de cuentas.

Atrás se ha referido que estando el contrato en ejecución, es suficiente una verificación objetiva de registros y cuentas, pues el examen detallado de los mismos corresponde a la Concesión en tanto la rentabilidad del proyecto es a su cuenta y riesgo; el contrato es consecuente con el papel secundario de la ANI en la verificación detallada del manejo fiduciario.

Cuando termina anticipadamente el proyecto y es el patrimonio público el que entra a responder, debe extremarse la revisión y procederse a una revisión detallada del derecho al pago de los costos en que incurrió la Concesión, los que están supeditados al cumplimiento de las estipulaciones contractuales.

- Otro de los temas discutidos ampliamente por la Concesionaria es que la modificación contenida en el Otrosí No. 7 tuvo en cuenta dentro del modelo financiero los costos de estructuración del proyecto, y que por ende los mismos deben ser reconocidos al Concesionario.

Revisado el Otrosí No. 7, el considerando No. 36 da cuenta de que los cambios al modelo financiero aprobado en etapa de factibilidad tenía por propósito "lograr que se restablezca la ecuación contractual mediante la equivalencia en la TIR", *mediante la reducción del alcance del proyecto para compensar "de manera razonable, suficiente y equilibrada el Valor del Riesgo Materializado por menor recaudo de peajes por la no instalación de las Estaciones de Peaje de Urumita y Cuestecitas en un valor de \$304.588.270.939 en Valor Presente y en pesos del Mes de Referencia"*.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

El Tribunal entiende que a través del Otrosí No. 7 las partes no tenían por propósito aprobar la inclusión unilateral de los costos de estructuración dentro del modelo financiero del originador. Llevar el otrosí a ese efecto, constituiría un exceso en la adjudicación. El Otrosí No. 7 se interpreta y valora por parte del Tribunal, atendiéndose a la literalidad indicada, conforme se expone:

El propósito fue, partir de dicho modelo, para reducir el alcance del proyecto y así restablecer la ecuación económica del contrato. El considerando subexamine añade “Adicionalmente, en el modelo financiero que se integró como Anexo 4 del Acta en forma confidencial y bajo reserva de conformidad con el Art. 14 de la ley 1508 de 2012, se deja evidencia de los cambios introducidos al modelo original de estructuración de la iniciativa privada y que dio lugar al Contrato de Concesión, de las variables financieras resultantes que permitieron restablecer la ecuación contractual, mediante la equivalencia con la TIR.”

El Tribunal llama la atención sobre el hecho de que la modificación del contrato ejecutado por la Concesión Cesar Guajira SAS, tuvo en cuenta el modelo financiero del originador Construcciones El Cóndor para determinar el restablecimiento económico del contrato ejecutado por el Concesionario. Si el Concesionario no tuviera relación alguna con el originador, el modelo financiero para efectos de valorar una modificación contractual no tendría por qué ser el modelo financiero del originador.

Adicionalmente, como se argumentó líneas atrás, para el Tribunal resulta razonable que los costos de estructuración hicieran parte del modelo financiero del originador y adjudicatario del contrato y por esa misma del SPV creado por éste para la ejecución del mismo, para que a través de la ejecución del Contrato por parte del concesionario, el originador pudiese recuperar los costos de estructuración, en el escenario de terminación normal del contrato, en que el objeto del contrato se cumple: la entidad contratante se beneficia con la infraestructura y el asociado privado logra la obtención de la TIR. Diferente, cuando hay una terminación anticipada: la entidad contratante no logra la satisfacción de la necesidad de la infraestructura y la “cuenta y riesgo” del contratista se actualiza. El riesgo propio de la concesión lo grava y queda pendiente la recuperación de ciertos valores. Cuando los costos de estructuración no son sufragados por un concesionario ajeno, sino por no haber mejor propuesta a la iniciativa privada, resulta concesionario el originador, este

internaliza el costo de estructuración que lo recupera con el éxito el proyecto y que se frustra en el evento de una terminación anticipada.

El carácter bilateral y sinalagmático del contrato estatal, en general, y en lo específico en las APP, se ve, no solo en los beneficios mutuos de un contrato satisfactoriamente concluido, sino también en la pérdida mutua que conlleva una terminación anticipada. Esta es una frustración que asume, no solo la entidad estatal contratante, sino también el contratista y en el caso de que este sea también el originador o, aun no siéndolo por haber pagado al originador el costo de estructuración, corre el riesgo de no hacer una recuperación de los costos de estructuración o de lo pagado al originador por ellos.

Este es una constante del laudo, que la frustración del proyecto afecta a la entidad estatal y a su colaborador y las condiciones normales de terminación del contrato se modulan para ajustarse a la realidad de una terminación anticipada que revela la cuenta y riesgo con que el contratista se comprometió y obligan a la entidad contratante a sufragar los gastos probados invertidos en pro del proyecto.

Dado que al momento del Otrosí No. 7 el contrato se encontraba en ejecución, era razonable evidenciar la inclusión de dichos costos en el modelo financiero para que a través de la ejecución contractual a cargo del Concesionario constituido por quien fuera el estructurador y adjudicatario del proyecto, se recuperaran los costos invertidos por este último, sin que tal inclusión que no fue alterada por la ANI o la Interventoría, implique la aceptación del pago de los costos de estructuración efectuados por el Concesionario a Construcciones El Condor al inicio del contrato, pues el derecho a la recuperación de los mismos, solo era posible tras la ejecución normal del contrato.

5. CONCLUSIONES

De acuerdo con el análisis probatorio y las consideraciones desarrolladas a lo largo del presente Laudo, el Tribunal encontró que las pretensiones formuladas con la reforma de la demanda sobre las que no hubo desistimiento, deben ser despachadas teniendo en cuenta las siguientes conclusiones, acordes con el mencionado examen de hecho y de derecho que ha llevado a cabo el Tribunal.

5.1. DECLARATIVAS ACERCA DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 006 DE 2015

El Tribunal no declarará la prosperidad de las pretensiones primera, tercera, cuarta, quinta, octava, decima primera y decima tercera, dado que el juez y, en este caso, el árbitro, aplican el derecho al caso particular que las partes someten a su decisión.

El raciocinio que a ello conduce consiste en un juicio lógico cuyos elementos, son: una premisa mayor conformada por las proposiciones normativas de orden constitucional, legal, reglamentario y contractual pertinentes, una premisa menor constituida por los hechos probados, y la conclusión resultante.

Los hechos probados obligan al ~~aplicador jurídico~~ juzgador a llevar a cabo ejercicios de valoración probatoria, a la ponderación de los distintos medios de acreditación y a la formación de convencimiento fáctico bajo razonamientos libres que sintetizan y fundamentan su convicción.

La conclusión resulta del ejercicio de subsunción lógica de la premisa menor en la premisa mayor. Esa es la adjudicación del derecho, la *iuris-dictio*.

Las pretensiones de la demanda quieren guiar al juez arbitral en su raciocinio de tal manera que lo conduzcan a partir de los hechos probados, a una conclusión jurídica indefectible. El Tribunal reclama para sí la aplicación del derecho y la formación razonada de la convicción fáctica; separa la apreciación probatoria y las conclusiones de convencimiento, de la declaración del derecho en litigio.

Dentro de esa ruta de raciocinio jurídico, el Panel no aceptará las pretensiones referidas a la constatación de hechos en tanto que hacen parte de su convicción factual; pero que no prosperen como pretensión no significa que el tribunal desconozca el hecho probado.

El brocardo latino "*Da mihi factum, dabo tibi ius*" indica el reparto de dos tareas entre litigantes y juez, a los primeros les corresponde dar los hechos, a los segundos la adjudicación del derecho.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Los hechos no se adjudican, los hechos constituyen la premisa fáctica del derecho que se aplica, de ahí que el Tribunal aplicara el derecho que corresponda a los hechos probados en atención a las pretensiones; pero considera que las pretensiones que consisten en pedir una declaración de hechos, no están llamadas a prosperar. Que no estén llamadas a prosperar, se insiste, no significa que los hechos acreditados no hagan parte del raciocinio judicial de aplicación del derecho, de tal manera que el Tribunal adjudicará el derecho conforme a hechos probados según el criterio de valoración de los medios de convicción y la convicción razonada que para el Tribunal de ello se deriva.

En ese orden de ideas, y en consideración a cada una de las pretensiones que el Tribunal que considera impertinentes e inconducentes, por estar referidas a hechos y no a derechos, el Tribunal precisa que:

- En efecto el 30 de junio de 2015 entre las partes se suscribió el Contrato 005 de 2016.
- A la fecha de terminación anticipada del Contrato, la Concesionaria no alcanzó el VPIP del proyecto.
- El 18 de febrero de 2018 se suscribió el acta de reversión del contrato.
- A la fecha de terminación anticipada del contrato, el mismo se encontraba en fase de construcción.
- El día 31 de julio de 2015 CONCESIÓN CESAR GUAJIRA S.A.S., celebró con la sociedad FIDUCIARIA BANCOLOMBIA, el contrato de fiducia mercantil No. 8127, en cumplimiento a las obligaciones de que trata el numeral 3.14 de la parte general.
- CJE Planes, fue la firma interventora del Contrato de Concesión No. 006 de 2015.
- En efecto hacen parte del expediente las comunicaciones originadas en la Interventoría ICG-OP-0045-18 y Rad. ANI 2018-409-031044-2, que obra en el archivo digital No. 39 aportada en la reforma de la demanda así como la comunicación ICG-OP-0075-18 que no tiene como radicado el 2018-409-0467292 del 11 de mayo de 2018 sino el radicado 20184090525762 del 23 de

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

mayo de 2018 aportada como archivo digital No. 25 de las pruebas de la contestación de la reforma de la demanda, así como la comunicación de la ANI con radicado No. 20183000277891 del 27 de agosto de 2018 que obra en el archivo digital No. 10 de las pruebas aportadas con la contestación de la reforma de la demanda. La convicción que producen estas comunicaciones no es que con ellas se solicite exclusivamente al Concesionario la contabilidad del epecista, para efectos de certificar las intervenciones ejecutadas.

Las comunicaciones de la Interventoría destacan la necesidad de contar con soportes que permitan acreditar las intervenciones efectuadas y demás costos del proyecto, dentro de lo cual esas dos comunicaciones solicitan la contabilidad del epecista.

Sin embargo, tales comunicaciones no son las únicas valoradas por el Tribunal a efectos de producir su decisión. De la totalidad del material probatorio se tiene que la Interventoría no continuó solicitando dicha contabilidad, sino que además de no objetar las memorias técnicas de las unidades funciones, solicitó y revisó información diferente, como el contrato y sus modificaciones, las actas de obra, las imputaciones presupuestales de dichas actas en el patrimonio autónomo y demás tablas presentadas por el concesionario, además de reiterar en diferentes oportunidades la necesidad de contar con el acta de liquidación del contrato EPC.

Por su parte, en la comunicación ANI con radicado No. 20183000277891 del 27 de agosto de 2018 que obra en el archivo digital No. 10 de las pruebas aportadas con la contestación de la reforma de la demanda, no se requiere al concesionario dicha contabilidad, sino que hace un recuento del trámite que se venía adelantando entre las partes para efectos de la liquidación, dentro del cual constan reuniones para aclarar puntos del Contrato EPC y demás soportes, así como la entrega de otra información solicitada y la determinación del concesionario de no continuar entregando información. Dicha comunicación precisa que para esa fecha no se reunían las condiciones para la suscripción del Acta de Liquidación e insta al concesionario a continuar entregando información necesaria para las validaciones correspondientes.

Tampoco puede pasarse por alto por este Tribunal, que en comunicaciones posteriores la ANI insistía en la entrega del acta de acta de liquidación del

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

Contrato EPC, según da cuenta la comunicación No. 20183000305461 del 13 de septiembre de 2018 que obra en el archivo digital No. 12 de las pruebas aportadas con la contestación a la reforma de la ANI, en la que se señala que "El Concesionario indica que al momento en que la Interventoría le requirió la entrega del acta de liquidación del contrato EPC, dicha acta no estaba suscrita, pues esperaba la aprobación de las memorias técnicas, memorias cuya última versión entregó el Concesionario hasta el día 1º de agosto de 2018 en Rad. 20180801000223. Como las memorias técnicas ya están aprobadas, se le solicita confirmar si está o no en capacidad de entregar el acta de liquidación, ya que, si así lo hace y la Interventoría lo considera como un soporte suficiente, podría tomar una decisión de fondo frente al respectivo valor a reconocer."

De manera que si bien, cuando se iniciaron las aproximaciones entre las partes para definir la información necesaria para la liquidación del contrato, se solicitó la contabilidad del EPECISTA, lo cierto es que la totalidad del material probatorio da cuenta de que tanto la Interventoría como la ANI solicitaron y examinaron información adicional y los últimos requerimientos se centraron al acta de liquidación del Contrato EPC, que no consta haber sido entregado a dichas entidades en el trámite de liquidación, aunque si fue aportado al expediente de este proceso arbitral con ocasión de la exhibición de documentos decretada como prueba.

Por otra parte, declarará la prosperidad parcial de las siguientes pretensiones bajo el entendido que a continuación se señala:

- La pretensión sexta, se formula sin atención a la modificación introducida por el Otrosí No. 10 de 10 de julio de 2017, el cual hace parte integrante de la fórmula de liquidación del contrato.

En ese sentido, la pretensión no puede prosperar tal como está formulada razón por la cual su éxito es parcial, pues si bien la fórmula de liquidación aplicable por terminación anticipada del Contrato de Concesión No. 006 de 2015 en Fase de Construcción, es la contenida en el literal (e) de la Sección 18.3 de la parte General del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, el componente AR_h de la Tabla de la sección 18.3 (e) de la Parte General, fue modificado por la CLAUSULA DÉCIMA TERCERA. TERMINACIÓN ANTICIPADA EN FASE DE CONSTRUCCIÓN, del Otrosí No. 10 de 10 de julio de 2017 (cuya transcripción

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

parcial obra en el pacto arbitral de 3 de octubre de 2018 y el Acta de Liquidación Bilateral).

- La pretensión séptima busca que el Tribunal declare que de acuerdo con el contrato, los valores brutos a reconocer no pueden ser superiores a los consignados en los registros contables del Patrimonio Autónomo. La formulación de la pretensión no puede prosperar totalmente en tanto que omita la literalidad de lo dispuesto en el literal (e) de la Sección 18.3 de la Parte General del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, modificado por el otrosí No. 10, en tanto que el valor de las actividades ejecutadas debe definirse con base en los valores brutos, los cuales **“corresponderán exclusivamente a los costos directos asociados con estas actividades y será establecido por las Partes de mutuo acuerdo o, en su defecto, por el Amigable Componedor”**, cuyo valor no puede ser superior al consignado en los registros contables del Patrimonio Autónomo, que además deben ser **“registrados en los estados financieros y certificados por el Interventor.”**

En consecuencia el Tribunal resolverá esta pretensión en atención a lo probado, colocando en el contexto contractual la decisión, esto es, en el sentido en que pactaron las partes.

- Pretensiones novena y décima en la medida que:

Conforme a la pretensión novena, la Convocante solicita que el Tribunal declare que el informe a que alude el numeral (viii) del literal (l) del numeral 3.16 de la Parte General de Contrato de Concesión No. 006 de 2015 -el cual está referido a los términos y condiciones de obligatoria inclusión en el Contrato de Fiducia Mercantil-, “servirá de base para la liquidación del Contrato”.

Si bien el Tribunal comparte que el informe debía servir de base para la liquidación del contrato para identificar los registros contables del patrimonio autónomo, pues no era posible reconocer sumas mayores a las contempladas en los mismos, no accederá a considerar que dicho informe constituya el único insumo a ser tenido en cuenta por las partes para efectos de la liquidación, como lo ha venido sosteniendo la convocante.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

En caso de terminación anticipada del contrato (que en condiciones normales de finalización sería a cuenta, riesgo, beneficio o pérdida del asociado privado), la liquidación asume condiciones diferentes, en tanto que genera un corte de cuentas que convierte al titular de los recursos públicos en deudor del Concesionario sin que la infraestructura esté concluida y el objeto contractual logrado.

En esta circunstancia de terminación anticipada, el estado de cuenta de aquello que ha de reconocerse con cargo al patrimonio público, obliga que todo concepto y cuenta que deba ser pagada se verifique para que pueda hacer parte de la fórmula de liquidación anticipada; de allí que los soportes contables del patrimonio autónomo deban ser verificados en una condición de relación directa con el proyecto y que la Interventoría esté autorizada y legitimada para pedir mayores soportes a las cuentas registradas en el patrimonio autónomo de las que da cuenta el informe.

De ahí que el Tribunal, en el ejercicio de la función que le corresponde, teniendo en cuenta las pretensiones preexistentes, consignadas en la modificación de la demanda, no desistidas, hizo el ejercicio de verificación probatoria para el reconocimiento de conceptos y costos directos con el proyecto y así lo decidirá en el resuelve conforme a lo pedido.

El mismo raciocinio aplicado a la pretensión novena, aplica a la pretensión décima que alude a la Sección 18.2 (b) del Contrato de Concesión, en que se prevén las obligaciones de la Fiduciaria en la Liquidación, y que establece que “[d]entro de los noventa (90) Días siguientes a la suscripción del Acta de Reversión la Fiduciaria deberá proporcionar a la ANI un informe detallado acerca del estado de cada una de las cuentas y subcuentas del Patrimonio Autónomo” y adiciona “(...) este informe será utilizado por las Partes para la liquidación del Contrato”, sin que ello signifique que el informe es el único insumo a tenerse en cuenta en la liquidación.

- Pretensión décima quinta, pues, aunque es cierto que la Fiduciaria envió un informe 90 días tras el Acta de Reversión, a partir la documentación del expediente y del interrogatorio de la Sra. Gaviria se puede concluir que el Informe de la Fiduciaria fue complementado en varias ocasiones. Ver, Testimonio de la Sra. Diana Corredor pág. 29 (“Recuerdo que hubo un reproceso

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

en información ya que la fiduciaria tenía que presentar su informe en mayo del 2018, pero cuando se empezó a verificar la información se dieron cuenta que no tenían algunos soportes de fondo rotatorio o algunos costos, entonces la fiduciaria tuvo que hacer alcances a la información del informe de mayo, hasta donde recuerdo, creo que en junio y julio entregó 2 alcances a la información que había presentado inicialmente para que la interventora pudiera validar y digamos dar respuesta a algunos temas"); comunicación 20184090614012 de 21 de junio de 2018 con que se allegaron contiene los soportes de los costos y gastos certificados en el comunicado 20184090489222, comunicación de la Fiduciaria a la ANI No. 2018-409-065636-2 del 29 de junio de 2018 por la cual envía el "Alcance [de la] Certificación [de] costos y gastos" en que se modifican los valores brutos inicialmente certificados, y la Comunicación No. 2018-409-065869-2 del 29 de junio de 2018 donde envía la "Certificación del gravamen movimiento financiero".

- En relación con la pretensión vigésima segunda que pide la liquidación del contrato, no habrá pronunciamiento al respecto, por sustracción de materia, toda vez que las partes liquidaron el contrato no subsistiendo ésta materia.

El Tribunal no puede pronunciarse sobre las salvedades que fueron consignadas en el Acta de Liquidación Bilateral porque no fueron tema sometido a su decisión, en tanto que la modificación de la demanda fue anterior a la firma de la liquidación del contrato. De esta manera la pretensión atinente a la liquidación del contrato no está llamada a prosperar.

Sin embargo, el Tribunal no puede recortar la pretensión, que va más allá de la simple petición de liquidación. La pretensión reclama que el Tribunal establezca las sumas que se le adeudan a la concesionaria.

Esas sumas subsisten a la liquidación y habiéndose planteado la diferencia sobre conceptos, elementos y efectos económicos con anterioridad a la liquidación y no resueltos por ella, el Tribunal conserva competencia, en razón de los asuntos previos establecidos en la reforma de la demanda, sobre los que debe pronunciarse, en atención al principio de congruencia.

Analizado el desistimiento de pretensiones, el mismo no tiene alcance sobre esta pretensión, de tal manera que el Tribunal, atendiendo a la pretensión

declarativa que solicita que el Tribunal precise las sumas que se le adeuda a la concesión, accede a ésta parte de la pretensión y condenará a la demandada al reconocimiento y pago de los conceptos y valores que hayan resultado probados.

Adicionalmente, el Tribunal precisa, sin inmiscuirse en los temas de la liquidación bilateral que es posterior a la fecha de la reforma de la demanda, que las partes expresamente señalaron que los aspectos sobre los que no se llegó a acuerdo se mantienen en conocimiento del Tribunal.

NEGAR la prosperidad de las siguientes pretensiones:

- En relación con la pretensión segunda, cuyo contenido apunta a que se declare que las partes acordaron la terminación anticipada del contrato el día 10 de julio de 2017, el Tribunal precisa que la misma no está llamada a prosperar en tanto que, leída el acta suscrita en esa fecha (documental que fue decretada como prueba), lo que aceptaron las partes fue la ocurrencia de una causal de Terminación Anticipada del Contrato.

En efecto, en los considerandos del ACTA DE OCURRENCIA DE UNA CAUSAL DE TERMINACIÓN ANTICIPADA E INICIO DE ETAPA DE REVERSIÓN CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 006 DE 2015 "PROYECTO CESAR – GUAJIRA" CELEBRADO ENTRE LA ANI Y CONCESIÓN CESAR – GUAJIRA S.A.S. las partes consignaron que "la presente Acta no constituye la declaratoria de Terminación Anticipada del Contrato".

No obstante aceptaron *"la ocurrencia de la causal de Terminación Anticipada del Contrato prevista en la Sección 17.2 (b) (iii) y (iv), consistente en la ocurrencia del evento previsto en la Sección 3,4 (g) (i) por un término superior al establecido en la Sección 3.4 (h) (iii), considerando que no fue posible la operación de la Estación de Peaje de Río Seco desde el día 16 de febrero de 2017, materializándose un riesgo a cargo de la ANI que no puede ser compensado mediante los Mecanismos para la Compensación del Riesgo establecidos en la Sección 3.2 de la Parte General, toda vez que se comprobó la insuficiencia de estos."*

- En relación con la décima segunda pretensión, en que se pide que se declare

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

que, de acuerdo a lo establecido en la Sección 18.3 (e) de la Parte General del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, el soporte de los costos incurridos por la CONCESION CESAR GUAJIRA, es el informe emitido por la vocera del Patrimonio Autónomo - Fiduciaria Bancolombia, a efectos de aplicar las fórmulas de liquidación establecidas en dicha Sección, la misma será negada, en tanto que el tribunal, al resolver las pretensiones novena y décima ha resuelto una prosperidad parcial de las pretensiones en el entendido que el informe contentivo de los registros contables del patrimonio autónomo no son los únicos soportes a tener en cuenta a efectos de la aplicación de la fórmula de liquidación anticipada del contrato.

Ahondando en razones, la Sección 18.3 (e) de la Parte General del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, en ningún aparte refiere que el soporte de los costos incurridos por la CONCESION CESAR GUAJIRA, es el informe emitido por la vocera del Patrimonio Autónomo, sino que precisa que los valores brutos que corresponderán exclusivamente a los costos directos asociados con las actividades que haya realizado el Concesionario, serán establecidos por las Partes de mutuo acuerdo o, actualmente por el Tribunal de arbitramento con ocasión del pacto arbitral de 3 de octubre de 2018, los cuales no podrán tener un valor superior al consignado en los registros contables del Patrimonio Autónomo para estos rubros, registrados en los estados financieros y certificados por el Interventor.

Además de los argumentos jurídicos ya expuestos en el presente Laudo, para el Tribunal es claro que, de la lectura de las disposiciones contractuales referidas por la Concesionaria en las cláusulas novena, decima y décima segunda del contrato, no se desprende que el informe de la Fiducia sea la única fuente de información y análisis a efectos de la liquidación contractual. Por supuesto, el informe debe ser tenido en cuenta para la liquidación del contrato conforme a las disposiciones destacadas, pero en ningún caso la liquidación está limitada al contenido del citado informe, dado que además del informe, cuya información y valores deberán estar registrada en los registros contables del patrimonio autónomo y los estados financieros, la Interventoría estaba facultada para solicitar la información suficiente que le permitiera certificar exclusivamente los costos directos asociados con las actividades del proyecto a ser reconocidos dentro del componente ARh.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

- Respecto de la pretensión décima cuarta, la misma se negará toda vez que, aunque en el contenido de dos de las comunicaciones referidas en la pretensión, tal y como precisó al abordar la conclusión frente a la pretensión décima tercera, se hizo referencia a la necesidad de allegar la contabilidad del epecista para efectos de verificar el valor de las intervenciones ejecutadas, estos no fueron los únicos requerimientos efectuados por la Interventoría en dichas comunicaciones.

Verificado el contenido integral de las tres comunicaciones citadas en la pretensión y en general de las demás comunicaciones cruzadas de que da cuenta el análisis probatorio del presente Laudo, en diferentes oportunidades, tanto la Interventoría como la ANI requirieron al Concesionario para que allegara soportes adicionales a los registros contables del patrimonio autónomo que permitieran certificar que los mismos correspondían exclusivamente a costos directos de las actividades asociadas al proyecto, con el fin de certificar y reconocer los valores del componente ARh, lo que a juicio del Tribunal, en ningún caso excede el alcance de la Sección 18.3. de la Parte General de Contrato de Concesión No. 006 de 2015.

- En conexidad con lo anterior, también corresponde negar la prosperidad de la pretensión vigésima primera pue la ANI no incumplió el Contrato 006 de 2015 al condicionar la suscripción del Acta de Liquidación Bilateral a la acreditación de los costos incurridos por el Concesionario durante la ejecución del Contrato de Concesión, dado que revisado en conjunto el amplio material probatorio, los soportes requeridos por dicha autoridad son acordes con lo previsto en la Sección 18.3 (e) del Contrato.

Sobre las pretensiones décima sexta y décima octava declarativas de la Convocante, el Tribunal se pronunciará en el sentido de precisar que dichas pretensiones fueron sustraídas de su conocimiento dado que las partes procedieron a liquidar el Contrato de Concesión.

5.2. DECLARATIVAS ACERCA DEL RECONOCIMIENTO DE LOS COSTOS DE ESTRUCTURACIÓN.

Como ocurrió en el caso de las pretensiones declarativas analizadas en el numeral 5.1 del presente Laudo, **el Tribunal tampoco declarará la prosperidad de las pretensiones vigésima tercera, vigésima cuarta, vigésima quinta, vigésima sexta, trigésima primera, trigésima tercera, cuadragésima sexta, cuadragésima novena y quincuagésima**, dado que se consideran impertinentes e inconducentes, por estar referidas a hechos y no a derechos, en tanto que hacen parte de su convicción factual.

En ese orden de ideas, el Tribunal precisa que:

- La sociedad **CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A** presentó propuesta de Asociación Público Privada de iniciativa privada que no requiere desembolso de recursos públicos, para desarrollar el proyecto de "Construcción, rehabilitación, operación y mantenimiento y reversión del sistema vial para la conexión de los Departamentos del Cesar y la Guajira".
- La sociedad **CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S**, identificada con NIT No. 900.860.520-2, se constituyó con el objeto de suscribir y ejecutar el contrato de concesión para la "Construcción, rehabilitación, operación y mantenimiento y reversión del sistema vial para la conexión de los Departamentos del Cesar y la Guajira".
- La sociedad **CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A.**, en su condición de Originador, durante la fase de prefactibilidad y factibilidad del proyecto de "Construcción, rehabilitación, operación y mantenimiento y reversión del sistema vial para la conexión de los Departamentos del Cesar y la Guajira" incurrió en los costos de estructuración del proyecto y presentó los soportes correspondientes mediante oficio comunicación 001-2015-0559 del 11 de mayo de 2015.
- La **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, aprobó la suma de DIECISEIS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$16.791.578.824) de 31 de diciembre de 2013 más IVA por concepto de Costos de Estructuración mediante comunicación No. 2015-200-005329-1 del 12 de marzo de 2015 en que además aceptó la viabilidad del proyecto presentado por **CONSTRUCCIONES EL**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

CONDOR S.A., aportada por ambas partes al proceso (folios 353-366 del cuaderno No. 1 de pruebas y como documento digital No. 1 del CD de PRUEBAS No 1 aportado con la contestación de la demanda).

- Mediante Resolución No. 823 del 19 de mayo de 2015, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** adjudicó el proceso de Asociación Público- Privada No. VJ-VE-APP-IPV-003-2015 “*para la ejecución del Proyecto cuyo objeto es “Construcción, Rehabilitación, Operación y Mantenimiento y Revisión del sistema vial para la conexión de los Departamentos del Cesar y la Guajira, al originador sociedad CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A identificada con el NIT No. 890.922.447-4”*”.
- La **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** exigió la constitución de una sociedad de propósito específico (objeto único) para la contratación del proyecto de Asociación Público- Privada de iniciativa privada de “Construcción, rehabilitación, operación y mantenimiento y reversión del sistema vial para la conexión de los Departamentos del Cesar y la Guajira”.
- El 2 de agosto de 2015, entre la **CONCESIÓN CESAR GUAJIRA S.A.S** y **CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A** se suscribió el Contrato de Crédito Subordinado Accionista No. 2, a través del cual **CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A** otorgó un préstamo por valor de OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL PESOS (COP \$841.368.905).
- Mediante comunicación de Agosto 3 de 2015 radicado Nro. 303700200-8127-01017, **CONCESIÓN CESAR GUAJIRA S.A.S** informó al Patrimonio Autónomo que administra la Fiducia del proyecto, la existencia de la compensación, al ordenar registrar parte de las acreencias de **CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A** originadas en la Factura No. 11324 como aportes realizados al fideicomiso por la suma de ONCE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL QUINIENTOS DOCE (\$11.372.992.512) PESOS, que se corresponde con el 70% del valor de los costos de estructuración. La comunicación indicada fue allegada al expediente y a ello se atiende el Tribunal, que valorará los hechos conforme a su decisión en derecho, sin tener que indagar acerca de la ocurrencia o no de los presupuestos referentes a la existencia de la compensación referida.

- La **CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S** contabilizó la Factura No. 11324, quedando registrado el movimiento contable en los estados financieros del Patrimonio Autónomo en el mes de Julio de 2015, a ello se atiende el Tribunal, que valorará los hechos conforme a su decisión en derecho.

Los hechos antes referidos revistieron importancia para resolver el conflicto referente al reconocimiento de los costos de estructuración reclamados por la Concesionaria. Que no prosperen como pretensión no significa que el Tribunal desconozca los hechos probados, con fundamento en los cuales declaró la prosperidad de dos medios exceptivos, según se precisará más adelante.

De otra parte, y como se anunció, el Tribunal declarará la prosperidad de las excepciones denominadas "*De la debida interpretación de las cláusulas contractuales*" y "*Cumplimiento del requisito previsto en el numeral 3.7 para que no opere el reconocimiento de los costos de estructuración*", lo cual conlleva el rechazo de las siguientes pretensiones:

- **TRIGÉSIMA CUARTA:** Que se declare que el pago de los costos de estructuración, constituían requisito para la suscripción del Acta de Inicio del Contrato de Concesión No. 006 de 2015, de conformidad con lo dispuesto en numeral VI del literal b) de la Sección 2.3 de la Parte General del Contrato.

El Tribunal, ateniéndose a la voluntad pactada en forma solemne, que no puede ser derogada por el comportamiento de parte, entiende y decide que independientemente de que el pago de los costos de estructuración, son requisitos para la suscripción del acta de inicio, lo cierto es que, al prosperar la excepción formulada, la pretensión trigésima cuarta se enerva.

- **VIGÉSIMA SEPTIMA, TRIGÉSIMA SEXTA, TRIGÉSIMA SÉPTIMA, TRIGÉSIMA OCTAVA, TRIGESIMA NOVENA, CUADRAGÉSIMA PRIMERA, CUADRAGÉSIMA CUARTA, CUADRAGÉSIMA QUINTA y CUADRAGÉSIMA SEPTIMA, QUINCUAGÉSIMA PRIMERA, QUINCUAGÉSIMA SEGUNDA, QUINCUAGÉSIMA CUARTA, QUINCUAGÉSIMA QUINTA, QUINCUAGÉSIMA SEXTA, QUINCUAGÉSIMA SEPTIMA, QUINCUAGÉSIMA NOVENA, SEXAGÉSIMA::**

Las pretensiones son complejas en tanto que parten de hechos al que la demandante conexas efectos jurídicos.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

El Tribunal ha sentado la posición que la verificación de hechos corresponde al ejercicio probatorio dentro del espacio de análisis y valoración de los medios de acreditación que operan como premisa menor del silogismo jurídico que constituye la forma lógica del juicio con que debe aplicar el derecho. Existen hechos ciertos, pero no conclusiones correctas en la formulación de las pretensiones.

Los hechos o disposiciones contractuales unívocamente no conducen a las conclusiones que en derecho la convocante presenta. Entre el hecho y el efecto jurídico pretendido se cierne la excepción. Al prosperar la excepción el efecto jurídico pedido se debilita al punto de extinguirse.

Los hechos solo son relevantes en la medida en que soporten el derecho. La veracidad de los hechos, desnudos del efecto jurídico pretendido, carecen en sí mismos de relevancia jurídica; pueden ser ciertos, pero no conllevan el efecto jurídico que resulta enervado por la excepción.

Al prosperar la excepción el iter lógico de la pretensión que conexas un hecho a un efecto jurídico, se rompe de tal manera que impide la prosperidad de la pretensión. Los efectos jurídicos que son los que le corresponden sentenciar al Tribunal, no se verifican conforme lo pretende la convocante, en tanto que, al prosperar las excepciones propuestas por la ANI, dicho efecto se enerva.

Las personas jurídicas son centros de imputación con patrimonios propios y autonomía empresarial, en casos precisos, cuando la constitución del SPV obedece al cumplimiento de la normatividad contractual, el SPV, tiene la condición de gobierno dependiente de la sociedad constituyente. De esta forma, cuando el Tribunal resuelve la prosperidad de la excepción, la independencia relativa del centro de imputación se debilita en el sentido que la sociedad constituida no sirve de mampara para la realización de operaciones que diluyan el vínculo con la sociedad originadora de la APP.

La pretensión trigésima octava se trata de una pretensión principal referente a un hecho negativo ante el cual no se acreditó ningún hecho positivo en contra; el sentido y alcance de esa obligación contractual fue objeto de una extensa consideración por parte del Tribunal, cuyas implicaciones para efectos del reconocimiento de costos de estructuración se decidirán en atención al éxito de las

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

excepciones pertinentes ya indicadas, interpuestas por la convocada. Y de esa decisión depende también la pretensión consecucional trigésima novena.

- **También negara la pretensión cuadragésima segunda** dado que a presentación de la factura 11324 ante la Convocante y el registro de la cuenta por pagar son hechos cuyas implicaciones, para efectos del reconocimiento de costos de estructuración, se decidirán en consideración al éxito de las excepciones pertinentes ya indicadas, interpuestas por la convocada, materia objeto de una extensa consideración por parte del Tribunal.
- La pretensión quincuagésima primera se refiere a la compensación invocada, del primer giro de equity y de los registros contables), cuyas implicaciones para efectos del reconocimiento de costos de estructuración, se niega en consideración al éxito de las excepciones pertinentes ya indicadas, interpuestas por la convocada.
- **La pretensión quincuagésima segunda y quincuagésima cuarta** se refiere al alcance de una comunicación y a los registros contables del patrimonio autónomo cuyas implicaciones para efectos del reconocimiento de costos de estructuración se decidirá en consideración al éxito de las excepciones pertinentes ya indicadas, interpuestas por la convocada.
- **La pretensión quincuagésima quinta también se ve enervada**, sobre rendición de cuentas, cuyas implicaciones fueron debatidas por las partes, se ve enervada en consideración al éxito de las excepciones pertinentes ya indicadas, interpuestas por la convocada.
- **Las pretensiones quincuagésima sexta y quincuagésima séptima** tratan de una de los hechos consistentes en la regulación contractual y fiduciaria pertinente, cuyas implicaciones para efectos del reconocimiento de costos de estructuración, se decidirá en consideración al éxito de las excepciones pertinentes ya indicadas, interpuestas por la convocada.

Desde el punto de vista factico se precisa que, en relación con la pretensión quincuagésima octava, de la falta de observaciones, no se colige que la ANI allá efectuado aprobación a la rendición de cuentas. Desde el punto de vista jurídico la misma se ve enervada ante la prosperidad de la excepción.

- **Las pretensiones quincuagésima novena y sexagésima** son pretensiones referentes a un hecho, el Otrosí no 7, que obra en el folio 401 del Cuaderno de Pruebas, suscrito ante la imposibilidad de instalar las estaciones de peaje de Urumita y Cuestecitas, y que incluyó modificaciones de secciones de la Parte especial del Contrato de Concesión en aspectos contables y financieros. La convocada al respecto señaló que ningún tema del Otrosí no. 7 estaba asociado a los costos de estructuración ni a la modificación de la cláusula 19.14. Sus implicaciones para efectos del reconocimiento de costos de estructuración, se decidirán en consideración al éxito de las excepciones pertinentes ya indicadas, interpuestas por la convocada.

El Tribunal **declarara la prosperidad parcial de las pretensiones vigésima octava y vigésima novena y trigésima** dado que la aprobación del modelo financiero es condición sine qua non de la prosperidad de la APP de iniciativa privada y que el modelo financiero incluye el Opex. No obstante, la aprobación del modelo financiero atiente a que el proyecto es considerado viable, sin que de esto derive efecto jurídico que trascienda a su viabilidad o que, bajo cualquier circunstancia, aun en caso de terminación anticipada, la ANI esté asegurando la obtención del opex, teniendo en cuenta que existe el Contrato de Concesión que se celebra a cuenta y riesgo del asociado privado, que frustra la realización integral del modelo financiero que es un previsión de resultados, que por la terminación anticipada de contrato se frustra ,actualizando el riesgo que pesa sobre el concesionario.

Construcciones El Cóndor como originador del proyecto asume como hecho propio el modelo financiero y los demás términos y condiciones de aprobación de la factibilidad del proyecto, sin que de allí, pueda derivar que la ANI se haya obligado a restituir o asegurar que los costos de estructuración serán recuperados en cualquier evento. El originador concesionario asume el riesgo de pérdida por las ventajas de ganancia del proyecto que propone y se le concede.

En caso de terminación exitosa del proyecto, cosecha los beneficios, en caso de frustración del proyecto, asume la cuenta y riesgo que de ello se deriva, frustrándose su expectativa de recuperación de costos y la obtención de una TIR.

El asociado privado asume el riesgo inherente a la Concesión que le genera una situación no garantizada por parte del concedente de recuperar el costo de estructuración y de ver frustrada su expectativa de utilidad.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

De otra parte, según lo expuesto previamente en el aparte pertinente acerca del reconocimiento de los costos de estructuración, el Tribunal desestimó las pretensiones de la convocante y encontró probados y procedentes dos medios exceptivos, invocados por la convocada, denominados, respectivamente: “*De la debida interpretación de las cláusulas contractuales*” y “*Cumplimiento del requisito previsto en el numeral 3.7 para que no opere el reconocimiento de los costos de estructuración*”, ello en atención a la interpretación del sentido y alcance del contrato, en forma armónica con la legislación aplicable, según se explicó en detalle en el acápite correspondiente.

Aunado a ello se debe poner de relieve primero el fracaso total de las siguientes pretensiones (32, 35, 40, 43 48, 53 61, 62 y 63).

El Tribunal negara la prosperidad de la pretensión trigésima segunda, en tanto que el juicio que se le pide proferir en derecho se funda en la aplicación de la Ley al caso concreto, pero excede la competencia a hacer declaraciones que entren en el fuero de la rama legislativa. Lo cierto frente a la pretensión que no prospera es que las partes operan como legisladores contractuales (art. 1602 C.C.), razón por la cual, en todo lo que no esta prohibido, en ejercicio de la autonomía de la voluntad (arts. 13, 32 y 40 de la Ley 80), pueden obligar a constituir SPV.

En relación con las restantes pretensiones antes enunciadas, el Tribunal declarará el fracaso total de las pretensiones transcritas, unido a la ya expuesta precisión acerca de la estructura del juicio que le corresponde formular a un juez a la luz de los hechos probados y del derecho aplicable. Aunado a que los giros equity el otrosi No. 7 son diferentes a los referidos en la pretensión 43.

5.3. PRETENSIONES CONDENATORIAS

En relación con la pretensión primera, en que la Convocante incluye dentro del monto a reclamar tanto el valor del componente ARh en controversia, así como el valor que a su juicio resulta de la aplicación de la fórmula de liquidación del contrato hasta el mes de agosto de 2018, este Tribunal CONDENARÁ PARCIALMENTE A LA ANI, así:

5.3.1. VALOR BRUTO DEL COMPONENTE ARH EN CONTROVERSIDA

Concepto	Rubro	Descripción	Valor
Intervenciones ejecutadas	Intervenciones de Contrato EPC		\$33.708.599.273
Operación y mantenimiento, gastos de administración e imprevistos	Gastos honorarios, viajes herramientas equipos, oficina, mantenimiento, otros	OPs 232 Y 788 de vigilancia y seguridad	\$107.065.326
		OP0851 prima de seguros sobre vehículos objetada por la ANI	\$ 9.575.428
	Fondos rotatorios	Arriendo oficina Valledupar	\$ 321.879.194
		Pago de nóminas con soportes completos	\$ 365.144.861
		Servicio energía eléctrica de oficina de Valledupar	\$ 61.207.850
	TOTAL A PAGAR		

5.3.2. APLICACIÓN DE LA FÓRMULA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO 006 DE 2015 A LAS CIFRAS RECONOCIDAS, TANTO POR LA ANI EN EL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL, COMO POR EL TRIBUNAL ARBITRAL EN EL PRESENTE LAUDO

Adicionalmente, se condena a la ANI a pagar las sumas que resulten de la aplicación de la fórmula de liquidación del contrato, considerando para el efecto los criterios señalados en las consideraciones del Laudo y que se precisan a continuación:

5.3.2.1. En relación con las cifras reconocidas en el Acta de Liquidación Bilateral por parte de la ANI, en cuantía de \$85.235.649.395:

- a. como variable h) la fecha de cada pago,
- b. como variable l), si bien la misma tenía por fecha el 26 de diciembre de 2018 por corresponder a la firma del Acta de Liquidación Bilateral, deberá tenerse en cuenta su aplicación hasta el 31 de agosto de 2018, conforme a la pretensiones de la demanda.
- c. Por último, el valor resultante del ejercicio de aplicación de la fórmula será actualizado al momento del pago, teniendo como fecha de inicio de la aplicación del IPC el día siguiente a la ejecutoria del Laudo y como fecha final, el día en que la obligación quede saldada.

5.3.2.2. En relación con las cifras que el panel encontró probadas a través del presente Laudo en cuantía de \$34.573.471.932,00:

Finalmente, conforme a los conceptos y cifras probadas que integran el componente ARh en controversia, la ANI al momento del pago deberá correr la Fórmula de Liquidación hasta el 31 de agosto de 2018, según se deriva de las pretensiones primera y segunda de la reforma de la demanda, teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- a. como variable h) la fecha de cada pago,
- b. como variable l), si bien la misma tenía por fecha el 26 de diciembre de 2018, por corresponder a la firma del Acta de Liquidación Bilateral, deberá aplicarse el 31 de agosto de 2018, conforme a la pretensiones de la demanda.
- c. Adicionalmente, tal como se dijo previamente, el valor resultante se actualizará con el IPC hasta la fecha de ejecutoria del presente Laudo y a partir del día siguiente a dicha ejecutoria, la cifra generará interés remuneratorio al DTF+9 y pasados 1800 días el interés moratorio previsto en la sección 3.7 del Contrato Parte General.

En lo que se refiere a la pretensión segunda condenatoria el Tribunal accederá la prosperidad de la misma de allí que tanto la cifra reconocida en el Acta de Liquidación Bilateral por la ANI, así como la cifra del ARh a que condenará el panel arbitral en este Laudo, el valor será actualizado con el IPC conforme a la pretensión segunda condenatoria, a partir del 1 de septiembre de 2018 y hasta la fecha de ejecutoria del Laudo.

Por último, la pretensión tercera condenatoria y la pretensión primera subsidiaria a la tercera condenatoria serán negadas por el Tribunal dado que considera que no está dentro de su competencia pronunciarse sobre eventuales efectos del ejercicio de recursos contra el Laudo arbitral.

Así queda entonces solucionada la controversia puesta a consideración del Panel de Arbitral, y de acuerdo con ello se resolverá en el aparte pertinente.

6. JURAMENTO ESTIMATORIO

Como en el presente caso, tal y como quedó sentado, las pretensiones de la demanda prosperarán parcialmente, es necesario analizar si se debe o no dar aplicación a las consecuencias previstas en el artículo 206 del Código General del Proceso que dispone:

“ARTÍCULO 206. JURAMENTO ESTIMATORIO. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

PARÁGRAFO. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte."

La norma transcrita menciona dos eventos distintos para efectos de la aplicación de las sanciones que allí se establecen, el contemplado en el inciso cuarto y el mencionado en su párrafo. En el presente caso, a pesar de que las pretensiones de la demanda solo prosperaron parcialmente, debe tenerse en cuenta (i) que el Juramento Estimatorio fue objetado lo que implica que la suma allí planteada perdió su condición de prueba de la suma pretendida; (ii) que las condenas solicitadas no

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

fueron decretadas en su totalidad, por razones diferentes a la falta de prueba de los perjuicios reclamados; y (iii) que no hubo por parte de la Convocante un comportamiento negligente o temerario que fuera la causa para que no se concedieran las indemnizaciones solicitadas.

Así las cosas, para este Tribunal es claro que aunque fracasarán algunas pretensiones, la razón de ello no es ninguna de las hipótesis de la norma, por lo que no hay lugar a imponer sanción alguna por el juramento estimatorio presentado por la Convocante.

7. COSTAS, GASTOS Y AGENCIAS EN DERECHO

De conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso debe proferirse condena en costas y agencias en derecho cuando quiera que se den los presupuestos contemplados en las mencionadas disposiciones.

Teniendo en cuenta que en el presente proceso prosperarán solo parcialmente las pretensiones de la demanda, que los argumentos de defensa apoyaron el ejercicio de aplicación del derecho sin que la Convocada sea absolutamente vencida y que se considera que la actuación de las partes en el presente proceso se ha ceñido a los principios de transparencia y lealtad procesal, y que cada una de ellas asumió la defensa de su posición, sin que desde la óptica jurídica se les pueda hacer reproche alguno, el Tribunal se abstendrá de imponer condena por concepto de costas, gastos o agencias en derecho, debiendo cada parte asumir los valores en que por estos conceptos incurrió.

CAPÍTULO III **DECISIÓN**

Por las razones expuestas en las consideraciones precedentes, el Tribunal de Arbitramento conformado para resolver en derecho las controversias surgidas entre **CONCESIÓN CÉSAR-GUAJIRA S.A.S.** parte Convocante y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, parte Convocada, en cumplimiento de la misión encomendada por las partes para tal fin, administrado justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la prosperidad de las excepciones denominadas “*De la debida interpretación de las cláusulas contractuales*” y “*Cumplimiento del requisito previsto en el numeral 3.7 para que no opere el reconocimiento de los costos de estructuración*”, lo cual conlleva el rechazo de las siguientes pretensiones: vigésima séptima, trigésima cuarta, trigésima sexta, trigésima séptima, trigésima octava, trigésima novena, cuadragésima primera, cuadragésima cuarta, cuadragésima quinta, cuadragésima séptima, quincuagésima primera, quincuagésima segunda, quincuagésima cuarta, quincuagésima quinta, quincuagésima sexta, quincuagésima séptima, quincuagésima octava, quincuagésima novena y sexagésima, conforme a lo expresado en la considerativa del Laudo.

SEGUNDO: NEGAR la prosperidad de las pretensiones primera, tercera, cuarta, quinta, octava, décima primera, décima tercera, vigésima tercera, vigésima cuarta, vigésima quinta, vigésima sexta, trigésima primera, trigésima tercera, cuadragésima sexta, cuadragésima novena y quincuagésima declarativas, por impertinencia en tanto están relacionadas con hechos y no con derecho, conforme a lo expresado en la considerativa del Laudo.

TERCERO: DECLARAR la prosperidad parcial de las pretensiones sexta, séptima, novena, décima, , décima quinta, vigésima segunda, vigésima octava, vigésima novena y trigésima declarativas, en los términos precisados en la parte considerativa del presente Laudo.

CUARTO: NEGAR la prosperidad de las pretensiones segunda, décima segunda, décima cuarta, vigésima primera, trigésima segunda, trigésima quinta, cuadragésima, cuadragésima segunda, cuadragésima tercera, cuadragésima octava, quincuagésima tercera, sexagésima primera, sexagésima segunda y sexagésima tercera, declarativas, conforme a lo expresado en la considerativa del Laudo.

QUINTO: DECLARAR que las pretensiones décima sexta y décima octava declarativas fueron sustraídas del conocimiento del Tribunal dado que las partes liquidaron el Contrato de Concesión.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
 c./
 AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
 5504

SEXTO: DECLARAR que no es procedente pronunciarse respecto de las pretensiones décima séptima, décima novena y vigésima declarativas y cuarta condenatoria de la Convocante dado que fueron desistidas³⁶⁶.

SÉPTIMO: ACCEDER PARCIALMENTE a la pretensión primera condenatoria, y en consecuencia CONDENAR a la ANI al pago de los siguientes conceptos:

a. Valor bruto del Componente ARH en controversia

Concepto	Rubro	Descripción	Valor
Intervenciones ejecutadas	Intervenciones de Contrato EPC		\$33.708.599.273
Operación y mantenimiento, gastos de administración e imprevistos	Gastos honorarios, viajes herramientas equipos, oficina, mantenimiento, otros	OPs 232 Y 788 de vigilancia y seguridad	\$107.065.326
		OP0851 prima de seguros sobre vehículos objetada por la ANI	\$ 9.575.428
	Fondos rotatorios	Arriendo oficina Valledupar	\$ 321.879.194
		Pago de nóminas con soportes completos	\$ 365.144.861
		Servicio energía eléctrica de oficina de Valledupar	\$ 61.207.850
	TOTAL A PAGAR		

³⁶⁶ Los desistimientos fueron aceptados en Auto N° 25 del 3 de julio de 2019 y Auto N° 45 del 4 de febrero de 2020

b. Aplicación de la fórmula de liquidación del contrato 006 de 2015 a las cifras reconocidas, tanto por la ANI en el Acta de Liquidación Bilateral, como por el Tribunal arbitral en el presente Laudo

Así mismo, se condena a la ANI para que al momento del pago, pague las sumas que resulten de la aplicación de la fórmula de liquidación del contrato al 31 de agosto de 2018, considerando para el efecto, los criterios señalados en las consideraciones del Laudo y que se precisan a continuación:

1. En relación con las cifras reconocidas en el Acta de Liquidación Bilateral por parte de la ANI, en cuantía de \$85.235.649.395:

- a. Como variable h) la fecha de cada pago.
- b. Como variable l), si bien la misma tenía por fecha el 26 de diciembre de 2018 por corresponder a la firma del Acta de Liquidación, deberá tenerse en cuenta su aplicación hasta el 31 de agosto de 2018, conforme a la pretensiones de la demanda.
- c. El valor resultante del ejercicio de aplicación de la fórmula será actualizado al momento del pago, teniendo como fecha de inicio de la aplicación del IPC el día siguiente a la ejecutoria del Laudo y como fecha final, el día en que la obligación quede saldada.

2. En relación con las cifras que el panel encontró probadas a través del presente Laudo en cuantía de \$34.573.471.932,00:

- a. Como variable h) la fecha de cada pago,
- b. como variable l), si bien la misma tenía por fecha el 26 de diciembre de 2018, por corresponder a la firma del Acta de Liquidación, deberá aplicarse el 31 de agosto de 2018, conforme a la pretensiones de la demanda.
- c. El valor resultante se actualizará con el IPC hasta la fecha de ejecutoria del presente Laudo y a partir del día siguiente a dicha ejecutoria, la cifra

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

generará interés remuneratorio al DTF+9 y pasados 1800 días el interés moratorio previsto en la sección 3.7 del Contrato Parte General.

OCTAVO: ACCEDER a la pretensión segunda condenatoria y en consecuencia CONDENAR a la ANI a que al momento del pago y tras la aplicación de la fórmula de liquidación a las cifras previstas en el numeral anterior con corte a 31 de agosto de 2018, actualice el valor con el IPC a partir del 1 de septiembre de 2018 y hasta la fecha de ejecutoria del Laudo.

NOVENO: NEGAR las pretensiones tercera condenatoria y primera subsidiaria de la tercera condenatoria, conforme a la parte considerativa del presente Laudo.

DÉCIMO: DECLARAR que no hay lugar a imponer ninguna sanción o condena en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones del presente Laudo.

DÉCIMO PRIMERO: DECLARAR que no hay lugar a imponer condena por concepto de costas, gastos o agencias en derecho.

DÉCIMO SEGUNDO: DECLARAR causado el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente, de los Árbitros y la Secretaria por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal.

DÉCIMO TERCERO: ORDENAR el pago de la Contribución Especial Arbitral a cargo de los Árbitros y la Secretaria, para lo cual el Presidente hará las deducciones y librará las comunicaciones respectivas.

DÉCIMO CUARTO: ORDENAR que por secretaría se remita copia del presente Laudo arbitral con destino a cada una de las partes, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público, haciendo uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

DÉCIMO QUINTO: ORDENAR que se rinda por el Presidente Árbitro la cuenta razonada a las partes de lo depositado para gastos de funcionamiento y que se proceda a la devolución a las partes de las sumas no utilizadas de esta partida si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.

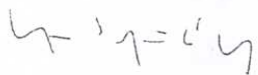
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONCESIÓN CESAR-GUAJIRA S.A.S.
c./
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
5504

DÉCIMO SEXTO: ORDENAR que en la oportunidad de ley, se archive este expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El anterior Laudo se notificó en audiencia y se suscribió con firmas escaneadas de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Decreto 491 de 2020.



FERNANDO ÁLVAREZ ROJAS
Presidente



JORGE PINZÓN SÁNCHEZ
Árbitro



EDUARDO SILVA ROMERO
Árbitro



EUGENIA BARRAQUER SOURDIS
Secretaria