CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B

Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá, D.C., cuatro (4) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

Proceso número: 11001-03-26-000-2019-00020-00(**63319**)
Convocante: Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.
Convocada: Agencia Nacional de Infraestructura
Referencia: Recurso de anulación de laudo arbitral

La Sala decide el recurso de anulación interpuesto por la compañía Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., en su calidad de parte convocante, en contra del laudo del 31 de octubre de 2018, proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre dicha empresa y la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), en el marco del contrato de concesión n.° GG-040-2004 del 1º de julio de 2004, mediante el cual se decidió (fl. 283-286, c. ppal. 5):

> *PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones formuladas por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA denominadas "Falta de competencia del Tribunal por cuanto el acto administrativo de liquidación unilateral no fue demandado" y "Falta de competencia del Tribunal para pronunciarse sobre los actos administrativos en los que se ordenó el pago del soporte parcial por riesgo geológico y sus intereses".*
>
> *SEGUNDO: Declarar no probada la excepción formulada por la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO denominada "Ineptitud sustantiva de la demanda formulada por la Concesión Autopista Bogotá Girardot".*
>
> *TERCERO: Declarar probadas las excepciones de "cosa juzgada", "ausencia de incumplimiento contractual por parte de la ANI" e "inexistencia de la obligación de reconocer los valores reclamados por la indexación sobre los pagos del otrosí no. 18", propuestas por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.*
>
> *CUARTO: Declarar probadas las excepciones de "cosa juzgada" y "Cumplimiento de las obligaciones del Contrato por parte de la ANI" propuestas por la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.*

QUINTO: Declarar oficiosamente probada, la excepción de "cosa juzgada" respecto de la pretensiones novena, decimoprimera y decimosegunda de la demanda reformada.

SEXTO: Negar las pretensiones primera a decimosegunda de la demanda principal reformada, así como las pretensiones decimocuarta a decimosexta del mismo escrito.

SÉPTIMO: Acoger parcialmente la pretensión décima tercera de la demanda principal reformada, en el sentido de declarar que, según lo establecido en el documento modificatorio número 1 al otrosí número 18 del 26 de noviembre de 2010, relativo a la remuneración, forma de pago y disponibilidad de recursos, se estableció la indexación con el IPC de los contados y pagos programados, con excepción de aquel señalado en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: Por sustracción de materia, abstenerse de estudiar las demás excepciones formuladas por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

En relación con la demanda de reconvención reformada y las excepciones propuestas respecto de ella:

NOVENO: Declarar probada, de oficio, la excepción de cosa juzgada respecto de las pretensiones decimotercera a decimonovena de la demanda de reconvención reformada.

DÉCIMO: Acoger la pretensión primera de la demanda de reconvención reformada, en el sentido de declarar que la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. incumplió el Contrato de Concesión No. GG-040-2004 específicamente en lo que se refiere a las obligaciones relacionadas con la ejecución de obras y actividades a cargo del Concesionario, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

UNDÉCIMO: Acoger la pretensión segunda de la demanda de reconvención reformada, y, en consecuencia, declarar que mediante el sistema de remuneración pactado en el Contrato de Concesión, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI remuneró o pagó a la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. el valor correspondiente a las obras y actividades determinadas en los hechos de la demanda.

DUODÉCIMO: Acoger la pretensión tercera de la demanda de reconvención reformada y, en consecuencia, condenar a la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A., a restituir a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, a título de indemnización de perjuicios, la suma de $135.502.101.479, correspondiente al valor actualizado al mes de septiembre de 2017 de las prestaciones pagadas y no ejecutadas a plenitud.

DECIMOTERCERO: Acoger parcialmente la pretensión cuarta de la demanda de reconvención reformada y, en consecuencia, condenar a la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. a pagar a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI la suma de $40.073.522.982,73 por concepto de intereses de mora sobre la suma a que se refiere la declaración anterior.

DECIMOCUARTO: Acoger la pretensión quinta de la demanda de reconvención reformada, en el sentido de declarar que en el presente caso operó la condición establecida en la Cláusula 5 del Adicional No.1 al Contrato de Concesión GG-040-2004, consistente en "la variación a los plazos establecidos en la modelación financiera marginal" por el desplazamiento en el cronograma de obra y la modificación de algunas variables del modelo y que, como consecuencia de ello, se produjo un desequilibrio económico del contrato que da lugar a realizar el recálculo del modelo financiero del Adicional No. 1.

DECIMOQUINTO: Acoger la pretensión sexta de la demanda de reconvención reformada, en el sentido de declarar que la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. se encuentra obligada a pagar a favor de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI el valor correspondiente al desequilibrio económico del modelo financiero del Adicional No. 1, de conformidad con el recálculo realizado por la Interventoría.

DECIMOSEXTO: Acoger la pretensión séptima de la demanda de reconvención reformada y, en consecuencia, condenar a CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. a pagar a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, a título de restablecimiento del equilibrio económico del modelo financiero del Adicional No. 1, la suma de $26.477.866.996 que se encuentra actualizada a la fecha de este Laudo.

DECIMOSÉPTIMO: Negar las pretensiones octava a decimonovena y sus subsidiarias, así como la vigésima y vigésima primera de la demanda de reconvención reformada.

DECIMOCTAVO: Declarar no probadas las excepciones de "incumplimiento en el reconocimiento y pago del ingreso esperado", "incumplimiento de la entidad en su obligación de pago del soporte parcial por riesgo geológico", "toma de control de las obras por vías de hecho – incumplimiento de la cláusula 16.6. del contrato de concesión", "excepción de contrato no cumplido – artículo 1609 del Código Civil" y "compensación"; formuladas por la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A.

Decisiones comunes:

DECIMONOVENO: Condenar a la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. a pagar a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI la suma de $227.400.000 por concepto de costas y agencias en derecho.

VIGÉSIMO: Ordenar la expedición de copia auténtica de este Laudo Arbitral con destino a las partes, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y a la señora Delegada del Ministerio Público.

VIGÉSIMO PRIMERO: Ordenar el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. El contrato

1. El 1º de julio de 2004, la compañía Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. y el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) –hoy Agencia Nacional de Infraestructura– suscribieron el contrato de concesión n.° GG-040-2004, cuyo objeto era (fl. 15, c. de pruebas 5):

> *CLÁUSULA SEGUNDA. OBJETO DEL CONTRATO. El objeto del presente Contrato, es el otorgamiento al Concesionario de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 4, de la Ley 80 de 1993 y en la Ley 105 del mismo año, realice por su cuenta y riesgo, entre otros, los estudios y diseños definitivos, la adquisición de predios, la ejecución de la Obras de Construcción y Rehabilitación, la operación y el mantenimiento de dichas obras, la financiación, la prestación de servicios y el uso de los bienes de propiedad del INCO dados en concesión, para la cabal ejecución del Proyecto Vial "Bosa-Granada-Girardot", bajo el control y vigilancia del INCO y adelante los diseños para una ciclo ruta en el Trayecto 2, en el Trayecto 3, en el Trayecto 6, en el Trayecto 7 y en el Trayecto 10.*

2. El pacto arbitral

2. En la cláusula 60 del contrato en estudio, modificada por otrosí n.º 20, las partes contratantes acordaron, respecto de la solución de controversias, lo siguiente (fl. 81, 341, c. de pruebas 5):

> *60.5. Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión a la celebración, ejecución o liquidación de este Contrato, que no sea posible solucionar amigablemente o a través del Amigable Componedor o para la cual este Contrato no prevea mecanismos de solución distintos, será*

dirimida por un Tribunal de Arbitramento de conformidad con las reglas que en adelante se establecen. En caso de discrepancia entre las partes sobre si un determinado asunto deba ser sometido a amigable composición por el Amigable Componedor, o a Tribunal de Arbitramento, será el INCO quien decidirá el punto.

60.5.1. El arbitraje será institucional.

60.5.2. Las partes acuerdan designar para el efecto al Centro e Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá.

60.5.3. El tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros, escogidos de común acuerdo por las partes. En caso de desacuerdo serán designados por la Cámara de Comercio de Bogotá.

6.5.4. Los árbitros decidirán en derecho.

6.5.5. El Tribunal se regirá por lo previsto en esta cláusula y por las disposiciones del Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998, y por las demás normas que los adicionen, modifiquen o reemplacen; con excepción de lo atinente a la fijación de los honorarios del Tribunal, que se regulará por lo previsto en el numeral 60.5.9 de la presente cláusula.

6.5.6. La aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas a arbitramento. Tampoco se someterá (sic) a arbitramento las controversias sobre la aplicación de las disminuciones a la remuneración del Concesionario establecidas en este Contrato.

60.5.7. Los gastos que ocasione la intervención del Tribunal de Arbitramento serán cubiertos de conformidad con las normas aplicables.

60.5.8. La intervención del Amigable Componedor o del Tribunal de Arbitramento, no suspenderá la ejecución del Contrato, salvo aquellos aspectos cuya ejecución depende necesariamente de la solución de la controversia.

60.5.9. Valor del proceso arbitral. Los costos del Tribunal de Arbitramento, se fijaran (sic) de acuerdo con la siguiente tabla:

Valor pretensiones	Tarifas
De 0 a 6.000.000	2 SMDLV
De 6.000.001 a 100.000.000	10%
De 100.000.001 a 300.000.000	5%
De 300.000.001 a 500.000.000	4%
De 500.000.001 a 1.000.000.000	3%
De 1.000.000.001 a 5.000.000.000	2,75%
De 5.000.000.001 a 10.000.000.000	2,5%
Más de 10.000.000.000	2,25%

En los casos en que se trate de pretensiones de valor indeterminado, la tarifa aplicable será la equivalente a una cuantía de $40.000.000.000.

No obstante a lo anterior, en ningún caso, los honorarios de cada uno de los árbitros podrán ser superiores a la suma de TRESCIENTOS VEINTE MILLONES DE PESOS ($320.000.000) del año 2010.

3. La demanda arbitral

3. El 14 de julio de 2015 (fl. 1, c. ppal. 1), la empresa Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. presentó solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento y demanda ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con el fin de solucionar las diferencias surgidas en el marco del contrato de concesión n.° GG-040-2004 del 1° de julio de 2004 (fl. 1-71, c. ppal. 1).

3.1. Al efecto, en la reforma unificada de la demanda[1], solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (fl. 306-311, c. ppal. 2):

PRIMERA: DECLÁRESE que el ingreso esperado a que tenía derecho el concesionario en el Contrato GG-040-2004, de conformidad con el Otrosí No. 15 de dicho Contrato, refrendado en su Adicional No. 1, corresponde a la suma de un billón doscientos dos mil seiscientos setenta y seis millones seiscientos treinta y ocho mil doscientos veinticinco ($1.202.676.638.225) de diciembre de 2002, siendo los únicos descuentos válidos, los realizados según el parágrafo 2 de la cláusula 2 del referido Otrosí 15, es decir, los pagos «efectivamente efectuados» por concepto de vigencias futuras del CONPES 3632 del 16 de diciembre de 2009.

SEGUNDA: DECLÁRESE que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI incumplió sus obligaciones contractuales, al no reconocer al contratista las sumas de dinero a título de ingreso esperado, según lo pactado el Otrosí No. 15 de dicho Contrato,

---

[1] El 16 de agosto de 2016, la convocante reformó la demanda (fl. 302-366, c. ppal. 2). El 20 de abril de 2017, el Tribunal de Arbitramento admitió la reforma (fl. 436-437, c. ppal. 2). El 27 de abril de 2017, la convocada promovió recurso de reposición en contra de la anterior decisión (fl. 442-449, c. ppal. 2). El 14 de junio de 2017, el Tribunal de Arbitramento repuso el auto admisorio y en su lugar ordenó corregir la reforma de la demanda (fl. 505-511, c. ppal. 2). El 22 de junio de 2017, la convocante subsanó la reforma de la demanda (fl. 1-3, c. ppal. 3). El 29 de junio de 2017, el Tribunal de Arbitramento admitió la reforma de la demanda subsanada (fl. 4-6, c. ppal. 3).

refrendado en su Adicional No. 1, el cual corresponde a la suma de un billón doscientos dos mil seiscientos setenta y seis millones seiscientos treinta y ocho mil doscientos veinticinco ($1.202.676.638.225) de diciembre de 2002, siendo los únicos descuentos válidos, los realizados según el parágrafo 2 de la cláusula 2 del referido Otrosí 15.

TERCERA: CONDÉNESE a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI a indemnizar integralmente a la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A., los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales, en particular, de su obligación de reconocer y pagar el ingreso esperado del Contrato GG-040-2004, tanto por daño emergente como por lucro cesante, según lo que se pruebe en el proceso.

CUARTA: CONDÉNESE a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI a indemnizar por concepto de daño emergente a la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A., por el incumplimiento en su obligación de reconocer y pagar el ingreso esperado del Contrato GG-040-2004, la suma de setenta mil novecientos cuarenta y seis millones de pesos ($70.946.000.000) de diciembre de 2002, debidamente indexada hasta la fecha en que se realice el pago efectivo de dicha condena.

QUINTA: CONDÉNESE a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI a indemnizar por concepto de lucro cesante a la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTA GIRARDOT S.A., por el incumplimiento en su obligación de trasladar integralmente a la Subcuenta Principal del Patrimonio Autónomo, y pagar, las sumas correspondientes a las vigencias fiscales pactadas en el Adicional No.1 al Contrato GG-040 de 2004, correspondientes a los años 2014 y 2015 y derivadas del Conpes 3632 del 16 de diciembre de 2009, a la suma correspondientes a los intereses moratorios de conformidad con el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, a partir del 31 de agosto de 2015 –día en que entendió la Entidad, indebidamente, terminado el contrato– y la fecha en que se verifique el pago efectivo de la condena.

SEXTA: DECLÁRESE que, de conformidad con la definición contenida en el numeral 1.2 de la cláusula primera del Contrato GG-040-2004, el Acta de Iniciación de la Etapa de Operación debe suscribirse con la entrega de las obras de Construcción y Rehabilitación de cada uno de los trayectos del mencionado Contrato.

SÉPTIMA: DECLÁRESE que el documento denominado «Protocolo para la Apertura Temprana con Tránsito de Prueba y Calibración del Túnel de Sumapaz» no corresponde al «Acta de Iniciación de la Etapa de Operación» prevista en el numeral 1.2 de la Cláusula primera del Contrato GG-040-2004.

OCTAVA: DECLÁRESE que, a la fecha de presentación de las cuentas de cobro relacionadas en la siguiente tabla por parte de la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. al INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO (Hoy AGENCIA NACIONAL DE

INFRAESTRUCTURA - ANI), la Entidad estatal contaba con recursos en la Subcuenta de Excedentes, definida en el numeral 1.65 de la Cláusula primera del Contrato GG-040-2004.

Periodo	Valor facturado	Resolución n.°	Fecha de resolución	Radicación de cuenta de cobro	Consecutivo de remisión
Ene 07 – Ene 08	8.404.021.772	152	06-mar-09	19/02/2009	CABG-IN.0073-09
Febrero de 2008	435.018.727	546	05-dic-09	05/12/2008	CABG-IN-0236-08
Marzo de 2008	405.652.350	507	20-nov-08	02/09/2008	CABG-IN-0275-08
Abril de 2008	1.439.307.054	508	20-nov-08	22/07/2008	CABG-IN-0428-08
Mayo de 2008	997.128.907	OP 516		23/07/2008	CABG-IN-0432-08
Junio de 2008	1.297.545.153	475	29-oct-08	21/08/2008	CABG-IN-0502-08
Julio de 2008	444.021.043	509	20-nov-08	17/10/2008	CABG-IN-0627-08
Agosto de 2008	454.095.388	510	20-nov-08	11/11/2008	CABG-IN.0669-08
Septiembre de 2008	439.501.525	239	13-may-09	15/12/2008	CABG-IN-0717-08
Octubre de 2008	1.061.957.714	238	13-may-09	19/01/2009	CABG-IN-0024-09
Noviembre de 2008	677.709.826	565	19-oct-09	15/07/2009	CABG-IN-0173-09
Diciembre de 2008	1.078.899.793	563	19-oct-09	15/07/2008	CABG-IN-0093-09 CABG-IN-0297-09
Enero de 2009	462.030.634	564	19-oct-09	04/08/2009	CABG-IN-0151-09
Febrero de 2009	219.165.956	562	19-oct-09	04/08/2009	
Marzo de 2009	908.099.880	561	19-oct-09	22/05/2009	
Abril de 2009	2.257.283.515	560	19-oct-09	22/05/2009	
Abril 26 al 30 de 2009	479.962.559	53	03-feb-10	12/08/2009	
Cantidades de obra no concordadas en abril de 2009	3.461.606.615	61	09-feb-10	04/08/2009	CABG-IN-0194-09 CABG-IN-0511-11
Mayo de 2009	1.611.759.693	52	03-feb-10	20/10/2009	CABG-IN-0511-11
Junio de 2009	2.559.351.879	51	03-feb-10	25/08/2009	CABG-IN-0389-09 CABG-IN-0511-11
Julio de 2009	2.585.514.356	50	03-feb-10	20/10/2009	CABG-IN-0511-11
Agosto de 2009	2.305.253.319	49	03-feb-10	20/10/2009	CABG-IN-0511-11
Septiembre de 2009	1.750.182.296	NA	NA	25/10/2010	CABG-IN-0511-11
Octubre de 2009	3.072.517.345	NA	NA	25/10/2010	CABG-IN-0511-11

Noviembre de 2009	2.841.921.430	NA	NA	25/10/2010	CABG-IN-0511-11
Diciembre de 2009	1.854.322.264	NA	NA	25/10/2010	CABG-IN-0511-11
Enero de 2010	2.757.086.237	NA	NA	25/10/2010	CABG-IN-0511-11
Febrero de 2010	5.872.298.866	NA	NA	25/10/2010	CABG-IN-0511-11
Marzo de 2010	2.421.861.214	NA	NA	10/12/2010	CABG-IN-0511-11
Total	54.555.077.310				

NOVENA: DECLÁRESE, que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, ha incumplido la obligación contenida en el numeral 23.7.1 de la Cláusula 23 del Contrato GG-040-2004.

DÉCIMA: DECLÁRESE que, a la fecha de la presentación de las cuentas de cobro relacionadas en la siguiente tabla por parte de la CONCESIÓN GIRARDOT BOGOTÁ S.A. a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, la Entidad contaba con los recursos en el Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales [sigue la misma tabla de que trata la octava pretensión].

DÉCIMA PRIMERA: DECLÁRESE que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI ha incumplido la obligación contenida en el numeral 23.7.2 de la Cláusula 23 del Contrato GG-040-2004.

DÉCIMA SEGUNDA: Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI a indemnizar integralmente a la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT - CABG los daños derivados del incumplimiento de las obligaciones contenidas en los numerales 23.7.1. y 23.7.2 de la Cláusula 23 del Contrato GG-040-2004, tanto por concepto de daño emergente, como de lucro cesante.

DÉCIMA TERCERA: DECLÁRESE que, según lo estableció en el documento modificatorio No. 1 al Otrosí No. 18 del 26 de noviembre de 2010, relativa a la remuneración, forma de pago y disponibilidad de recursos, se estableció la indexación con el IPC de todos y cada uno de los «contados» y «pagos» programados, incluida la indexación del «primer contado» definido en el literal a) del numeral 1.

DÉCIMA CUARTA: DECLÁRESE el incumplimiento en la obligación de reconocer la indexación por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, de conformidad con la anterior declaración.

DÉCIMA QUINTA: CONDÉNESE a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, a pagar los valores correspondientes a la indexación de las sumas de dinero, por «contados» y «pagos», definidos en el literal a) del numeral 1 del modificatorio No. 1 al Otrosí No. 18 del Contrato GG-040-2004, con sus correspondientes rendimientos financieros, desde la fecha en que debió producirse su pago, y hasta la fecha del pago efectivo.

DÉCIMA SEXTA: CONDÉNESE a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI a pagar las costas y agencias en derecho que se generen como consecuencia de este proceso.

4. La causa de la solicitud de la demanda

4. Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fl. 311-350, c. ppal. 2):

4.1. El 1º de julio de 2004, la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. y el Instituto Nacional de Concesiones –hoy Agencia Nacional de Infraestructura– suscribieron el contrato de concesión n.º GG-040-2004, por término de dieciséis años –con otrosí n.º 8 se amplió a treinta años y con otrosí n.º 15 se redujo a veinte años–, para que el particular elaborara los estudios y diseños para la vía Bosa-Granada-Girardot, adquiriera los predios, ejecutara las obras de construcción y rehabilitación, operara y conservara dichas obras, financiara y prestara los servicios. La ejecución se pactó en tres etapas: (i) preconstrucción, (ii) construcción y rehabilitación y (iii) operación y mantenimiento.

4.2. El ingreso esperado se fijó en el contrato en $882.000.000.000 de diciembre de 2002. En otrosí n.º 8 se aumentó a $2.953.166.355.556 de diciembre de 2002, por adición en las obras. En otrosí n.º 14 se disminuyó a $2.952.604.411.112 de diciembre de 2002, por reducción de las metas físicas. En otrosí n.º 15 se disminuyó el ingreso esperado a $1.202.676.638.225 de diciembre de 2002, por pago parcial efectuado por la ANI. En adicional n.º 1 se dispuso que el ingreso esperado ascendía a $882.000.000.000 de diciembre de 2002, siempre que la ANI hiciera en lo sucesivo el pago de las vigencias futuras del CONPES 3632 del 16 de diciembre de 2009, de lo contrario se mantenía el ingreso esperado del otrosí n.º 15.

4.2.1. Sin embargo, la ANI no efectuó pago alguno por vigencias futuras y aun así sostuvo que el ingreso esperado a que tenía derecho la convocante era el pactado en el adicional n.º 1.

4.3. En la cláusula 23 del contrato se pactó el pago de soporte parcial por riesgo geológico si se superaban las cantidades de obra previstas entre las abscisas PR(42+120) y PR(37+420) del túnel de Sumapaz. El pago estaba supeditado a que hubiera recursos en la subcuenta de excedentes de la ANI o en el fondo de contingencias y se efectuaría dentro de los treinta días siguientes a la cuenta de cobro, luego de esa fecha causaría intereses a una tasa del 1,5 veces el interés bancario corriente. Si no había fondos en dichas cuentas, la ANI suscribiría un acta para que la deuda fuera pagada con cargo al fondo de contingencias dentro a los dieciocho meses siguientes a la fecha del acta, período en el que causaría intereses equivalentes a la tasa de depósito fijo aumentada en un 7% y luego de ese lapso, intereses una tasa del 1,5 veces el interés bancario corriente.

4.3.1. Sin embargo, la ANI mintió cuando sostuvo que no había recursos en la subcuenta de excedentes ni en el fondo de contingencias, por lo que nunca pagó dentro de los treinta días siguientes a la radicación de la cuenta de cobro y tampoco reconoció los intereses que se debían causar después de ese periodo.

4.4. En el otrosí n.º 18, las partes acordaron que la convocante debía percibir todos los pagos y contados debidamente indexados. Sin embargo, la convocada incumplió con esa carga.

5. Integración del Tribunal de Arbitramento y admisión de la demanda

5. El 19 de octubre de 2015, mediante auto n.° 1, se declaró instalado el Tribunal Arbitral (fl. 291, c. ppal. 1) y, por auto n.° 2, se admitió la demanda (fl. 293, c. ppal. 1).

6. La oposición del convocado y de la ANDJE

6. El convocado contestó la demanda (fl. 38-94, c. ppal. 2) y su reforma (fl. 54-119, c. ppal. 3). Propuso las excepciones de: (i) "*falta de competencia del tribunal por cuanto el acto administrativo de liquidación unilateral no fue demandado*". El contrato se liquidó con resoluciones n.º 1584 del 21 de octubre de 2016 y n.º 1897 del 20 de diciembre de 2016, pero su legalidad no fue cuestionada en la demanda; (ii) "*cosa juzgada*". Derivada del laudo del 13 de enero de 2016, proferido en otro proceso arbitral; (iii) "*desconocimiento de los actos propios por parte del concesionario y la real voluntad de las partes para suscribir el adicional n.º 1*". Las partes acordaron que el pago de las labores de operación y mantenimiento (OPEX) se haría con recursos de la Nación y ello no significaba aumentar el ingreso esperado del concesionario; (iv) "*las partes pactaron en el adicional n.º 1 las condiciones para garantizar el pago del OPEX y acordaron que el ingreso esperado quedaría en la suma de $882.000.000.000*". Inicialmente se pactó que el valor del OPEX lo asumiría el concesionario y por ello aumentó su ingreso esperado, pero luego se dispuso que ello lo asumiría la Nación; (v) "*las partes pactaron en el adicional n.º 1 las condiciones para garantizar el pago del OPEX con las vigencias futuras, solo hasta la fecha en que se obtuviera el ingreso esperado de $882.000.000.000*". La modificación en el pago del OPEX necesariamente disminuyó el ingreso esperado a su valor original; (vi) "*desconocimiento del modelo financiero para remunerar las obras (CAPEX) y la operación y mantenimiento (OPEX) de las obras adicionales del otrosí n.º 8*". La inclusión de nuevas obras con el otrosí n.º 8 varió el modelo financiero, sin embargo la ANI pagó esas obras y por tanto debían deshacerse los cambios introducidos al CAPEX; (vii) "*el concesionario obtuvo el ingreso esperado antes de la fecha estimada*". La convocante obtuvo los $882.000.000.000 antes del plazo inicialmente proyectado, por lo que no podría pretender el pago de más ganancias; (viii) "*cumplimiento de las obligaciones de la ANI respecto al reconocimiento y pago del soporte parcial por riesgo geológico*". La

convocada pagó el soporte parcial por riesgo geológico, según los precisos términos del Decreto 423 de 2001 que rigen la materia; (ix) "*falta de competencia del Tribunal para pronunciarse sobre los actos administrativos en los que se ordenó el pago del soporte parcial por riesgo geológico y sus intereses*". Los actos que definieron esa obligación se expidieron con base en la competencia que el Decreto 423 de 2001 le otorgó a la ANI, por tanto su legalidad no puede ser estudiada por los árbitros; (x) "*inexistencia de la obligación de reconocer los valores reclamados por la indexación sobre los pagos del otrosí n.º 18*". Los valores pactados se indexaron y pagaron a la convocante en su debido momento; (xi) "*ausencia de incumplimiento contractual por parte de la ANI*". La demanda carecía de sustento fáctico y jurídico, dado que la ANI cumplió con sus obligaciones contractuales y (xii) "*compensación*". Si se llegare a condenar a la ANI al pago de algún valor, este deberá compensarse con los montos que le adeuda la convocante por virtud de la liquidación unilateral.

7. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fl. 8-52, c. ppal.) propuso las excepciones de (i) "*ineptitud sustantiva de la demanda*". El convocante no requirió la nulidad de la liquidación unilateral y ello impide desconocer lo allí resuelto; (ii) "*cosa juzgada*". Las pretensiones relacionadas con el ingreso esperado por el concesionario ya fueron resueltas en el laudo del 13 de enero de 2016 y (iii) "*cumplimiento de las obligaciones del contrato*". La ANI cumplió con las obligaciones que el convocante estima desatendidas.

7. La demanda de reconvención

8. El 2 de febrero de 2016, la Agencia Nacional de Infraestructura presentó demanda de reconvención (fl. 95-103, c. ppal. 2) y, en la reforma unificada de la reconvención[2], solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (fl. 158-162, c. ppal. 3):

---

[2] El 25 de septiembre de 2017, la convocada reformó la demanda de reconvención (fl. 157-363, c. ppal. 3). El 29 de septiembre de 2017, el Tribunal de Arbitramento admitió la reforma de la demanda de reconvención (fl. 368-370, c. ppal. 3). El 27 de abril de 2017, la convocada

Primer grupo de pretensiones:

Pretensiones relacionadas con los incumplimientos contractuales de CABG. Obras y actividades no ejecutadas y/o ejecutadas parcialmente

PRIMERA.- Se declare que la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. incumplió el contrato de concesión n.º GG-040-2004, incumplimiento que recayó específicamente sobre las obligaciones relacionadas con la ejecución de obras y actividades a cargo del concesionario, de conformidad con los hechos de la presente demanda.

SEGUNDA.- Se declare que mediante el sistema de remuneración pactado en el contrato de concesión, la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI remuneró o pagó a la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. el valor correspondiente a las obras y actividades determinadas en los hechos de la presente demanda.

TERCERA.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A., a pagar, restituir o devolver (a título de indemnización de perjuicios) a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, el valor de las prestaciones pagadas y no ejecutadas a plenitud por la convocada en reconvención, valor que asciende, como mínimo, a la suma de $135.502.101.478, calculados al mes de septiembre de 2017.

CUARTA.- Sobre la anterior suma de dinero debe ordenarse el pago de los intereses de mora calculados de conformidad con la cláusula 66 del contrato de concesión n.º GG-040-2004, desde la fecha en que la convocada en reconvención debió cumplir con las obligaciones a su cargo y no lo hizo a plenitud a pesar de haber recibido el pago o remuneración de las citadas prestaciones.

Subsidiaria.- En subsidio de la anterior pretensión (pretensión cuarta) solicito que se ordene el pago de los intereses moratorios sobre la referida suma, calculados de conformidad con lo previsto en la Ley 80 de 1993, desde la fecha en que la convocada en reconvención debió cumplir con las obligaciones a su cargo y no lo hizo a plenitud a pesar de haber recibido el pago o remuneración de las citadas prestaciones.

Segundo grupo de pretensiones:

---

promovió recurso de reposición en contra de la anterior decisión (fl. 442-449, c. ppal. 2). El 14 de junio de 2017, el Tribunal de Arbitramento repuso el auto admisorio y en su lugar ordenó corregir el juramento estimatorio y la tercera pretensión de la reforma de la demanda (fl. 505-511, c. ppal. 2). El 22 de junio de 2017, la convocante subsanó la reforma de la demanda y excluyó la tercera pretensión en comento (fl. 1-3, c. ppal. 3). El 29 de junio de 2017, el Tribunal de Arbitramento admitió la reforma de la demanda subsanada (fl. 4-6, c. ppal. 3).

Pretensiones relacionadas con el recalculo del modelo financiero del documento contractual denominado adicional n.° 1.

QUINTA.- Se declare que en el presente caso operó la condición establecida en la cláusula 5 del adicional n.° 1 al contrato de concesión GG-040-2004, consistente en «la variación a los plazos establecidos en la modelación financiera marginal» por el desplazamiento en el cronograma de obra y la modificación de algunas variables del modelo y que, como consecuencia de ello, se produjo un desequilibrio económico del contrato que da lugar a realizar el recalculo del modelo financiero del adicional n.° 1.

SEXTA.- Se declare que la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. se encuentra obligada a pagar a favor de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI el valor correspondiente al desequilibrio económico del modelo financiero del adicional n.° 1, de conformidad con el recalculo realizado por la interventoría.

SÉPTIMA.- Como consecuencia de la pretensión anterior, se condene a CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. a pagarle a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI por concepto de restablecimiento del equilibrio económico del modelo financiero del adicional n.° 1, como mínimo la suma de $25.111.981.256 calculada al mes de septiembre de 2017 o aquella suma que quede probada dentro del proceso.

OCTAVA.- Sobre la anterior suma de dinero debe ordenarse el pago de los intereses de mora calculados de conformidad con la cláusula 66 del contrato de concesión n.° GG-040-2004, desde la fecha en que la convocada en reconvención debió cumplir con las obligaciones a su cargo y no lo hizo a plenitud a pesar de haber recibido el pago o remuneración de las citadas prestaciones.

Subsidiaria.- En subsidio de la anterior pretensión (pretensión décima primera) solicito que se ordene el pago de los intereses moratorios sobre la referida suma, calculados de conformidad con lo previsto en la Ley 80 de 1993, desde la fecha en que la convocada en reconvención debió cumplir con las obligaciones a su cargo y no lo hizo a plenitud a pesar de haber recibido el pago o remuneración de las citadas prestaciones.

Tercer grupo de pretensiones:

Pretensiones relacionadas con el desequilibrio económico producido en la valoración de las obras excluidas en el otrosí n.° 23.

NOVENA.- Se declare que al momento de realizar la exclusión parcial de algunas de las obras del otrosí n.° 8, acordada y definida en el otrosí n.° 23, se produjo un desequilibrio económico del contrato como consecuencia de no haberse realizado el respectivo cálculo del valor de las obras objeto de exclusión, incluyendo los siguientes conceptos: (i) actualización de los valores de CAPEX con la TIR del 11% y, (ii) los valores por concepto de OPEX referentes a las obras excluidas; de

conformidad con lo conceptuado por la interventoría y los hechos de la presente demanda.

DÉCIMA.- Se declare que la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. se encuentra obligada a pagar o reintegrar a favor de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI el valor correspondiente al desequilibrio económico producido, de conformidad con el cálculo realizado por la interventoría y los hechos de la presente demanda.

DÉCIMA PRIMERA.- Como consecuencia de la pretensión anterior, se condene a CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. a pagarle a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI por concepto de restablecimiento del desequilibrio económico, como mínimo la suma de $35.228.477.751,09 calculada al mes de septiembre de 2017 o aquella suma que quede probada dentro del proceso.

DÉCIMA SEGUNDA.- Sobre la anterior suma de dinero debe ordenarse el pago de intereses de mora calculados de conformidad con la cláusula 66 del contrato de concesión n.° GG-040-2004, desde la fecha en que la convocada en reconvención debió cumplir con las obligaciones a su cargo y no lo hizo a plenitud a pesar de haber recibido el pago o remuneración de las citadas prestaciones.

Subsidiaria.- En subsidio de la anterior pretensión (pretensión décima quinta) (sic) solicito que se ordene el pago de los intereses moratorios sobre la referida suma, calculados de conformidad con lo previsto en la Ley 80 de 1993, desde la fecha en que la convocada en reconvención debió cumplir con las obligaciones a su cargo y no lo hizo a plenitud a pesar de haber recibido el pago o remuneración de las citadas prestaciones.

Cuarto grupo de pretensiones:

Pretensiones relacionadas con el reintegro y/o reconocimiento de los mayores valores pagados por la ANI por concepto de OPEX de las obras adicionales del otrosí n.° 8.

DÉCIMA TERCERA.- Se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI pagó a la CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. la totalidad de los valores por concepto de operación y mantenimiento (OPEX) de las obras adicionales pactadas en el otrosí n.° 8, concretamente las obras de los trayectos 1, 2, 11 y 12, para los años 2008 a 2015, mediante las vigencias futuras aprobadas, para lo cual se procedió a trasladar el valor total de dichas vigencias sin realizar ningún descuento.

DÉCIMA CUARTA.- Se declare que para el pago y reconocimiento de las vigencias 2008 a 2015 se debe debió (sic) hacer un ajuste a los valores trasladados y pagados, disminuyéndolos de manera proporcional al alcance de las labores de operación y mantenimiento (OPEX)

efectivamente realizadas, desde las fechas en que fueron puestas al servicio vehicular las obras de los trayectos 1, 2, 11 y 12.

DÉCIMA QUINTA.- Se declare que, de conformidad con lo establecido en la cláusula 22 del contrato de concesión n.º GG040-2004 y en el otrosí n.º 15, los pagos de las labores de operación y mantenimiento (OPEX) de las obras adicionales del otrosí n.º 8 que se sufragaron con las vigencias futuras, debieron realizarse teniendo en cuenta el avance de obra, el respectivo alcance contractual ejecutado para la fecha de pago y el momento en que las obras fueron puestas al servicio vehicular.

DÉCIMA SEXTA.- Se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI realizó los correspondientes pagos para remunerar las labores de operación y mantenimiento (OPEX) de las obras adicionales del otrosí n.º 8, concretamente las obras de los trayectos 1, 2, 11 y 12, para los años 2008 a 2015, por un valor superior al que se encontraba contractualmente obligada, al no haberse realizado el descuento respectivo de acuerdo con el alcance de obra ejecutado y las consecuentes labores de operación y mantenimiento (OPEX) desarrolladas desde el momento en que las obras fueron efectivamente puestas al servicio vehicular.

DÉCIMA SÉPTIMA.- Se declare que CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. se encuentra obligado a restituir a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI el valor que en exceso recibió por las labores de operación y mantenimiento (OPEX) referentes a los trayectos 1, 2, 11 y 12, para los años 2008 a 2015.

DÉCIMA OCTAVA.- Como consecuencia de la pretensión vigésima (sic), anterior, se condene a CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A. a pagarle a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI los valores pagados en exceso, los cuales ascienden a la suma de $22.987.912.964,75, suma calculada al mes de septiembre de 2017, o aquella que quede probada dentro del proceso.

DÉCIMA NOVENA.- Sobre la anterior suma de dinero debe ordenarse el pago de intereses de mora calculados de conformidad con la cláusula 66 del contrato de concesión n.º GG-040-2004, desde la fecha en que la convocada en reconvención debió cumplir con las obligaciones a su cargo y no lo hizo a plenitud o desde que debió restituir las sumas pagadas.

Subsidiaria.- En subsidio de la anterior pretensión (pretensión vigésima segunda) (sic) solicito que se ordene el pago de los intereses moratorios sobre la referida suma, calculados de conformidad con lo previsto en la Ley 80 de 1993, desde la fecha en la que la convocada en reconvención debió cumplir con las obligaciones a su cargo y no lo hizo a plenitud a pesar de haber recibido el pago o remuneración de las citadas prestaciones.

Quinto grupo de pretensiones:

Pretensiones relacionadas con el cumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI.

VIGÉSIMA.- Declárese que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI ha cumplido con todas y cada una de las obligaciones a su cargo derivadas del contrato de concesión, motivo por el cual a la fecha no adeuda suma alguna de dinero al concesionario.

Sexto grupo de pretensiones:

Pretensiones comunes a todas las anteriores tanto principales como subsidiarias.

VIGÉSIMA PRIMERA.- Todas las sumas de dinero que se reconozcan en el laudo arbitral a favor de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, deberán ser actualizadas y puestas a valor presente al momento del referido laudo utilizando los modelos financieros y la metodología que se utilizó para calcular los valores a la fecha, de conformidad con los modelos que se adjuntan como prueba en la presente demanda.

Subsidiaria.- Todas las sumas de dinero que se reconozcan en el laudo arbitral a favor de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, deberán ser actualizadas y puestas a valor presente al momento del referido laudo utilizando el índice de precios al consumidor y deberán atender el principio de reparación integral, de acuerdo con lo previsto en el inciso final del artículo 283 del Código General del Proceso, en concordancia con lo establecido en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

VIGÉSIMA SEGUNDA.- En caso de oposición a la prosperidad de las pretensiones de la demanda de reconvención, condénese en costas al extremo convocado.

8. La causa de la solicitud de la demanda de reconvención

9. Las pretensiones de la reconvención se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fl. 163-222, c. ppal. 3):

9.1. El contrato de concesión se celebró bajo el esquema de ingreso esperado por un término de dieciséis años. El plazo fue un aproximado, pues la concesión se extendería hasta que el concesionario obtuviera la remuneración pactada, por manera que el plazo de ejecución varía según el volumen de ingresos que genere el proyecto.

9.2. Con otrosí n.º 8 se adicionaron obras para los trayectos 1, 11 y 12 y con otrosí n.º 15 se adicionaron labores de operación y mantenimiento, por lo que el ingreso esperado aumentó a $1.202.676.638.225. Sin embargo, con adicional n.º 1 el concesionario recibió el pago de las obras adicionales y por ello el ingreso esperado se redujo a $882.000.000.000. Monto que se alcanzó el 31 de agosto de 2015, por ello terminó la concesión y se adelantó la reversión.

9.3. A pesar de que el proyecto alcanzó el ingreso esperado, el concesionario incumplió sus obligaciones de: (i) "*construcción de taludes*"; (ii) "*construcción de carriles de aceleración y desaceleración, intercepciones a nivel de Tibacuy, Suarez y Granada*"; (iii) "*prueba de carga de puentes vehiculares*"; (iv) "*prueba de carga de puentes peatonales*"; (v) "*zona de sobre ancho en pasos urbanos y suburbanos*"; (vi) "*iluminación de pasos urbanos y suburbanos*"; (vii) "*intersección a desnivel en Jaibaná*"; (viii) "*estación de peaje de Chinauta*"; (ix) "*rehabilitación y mejoramiento del puente existente sobre el río Sumapaz en el PR 42+850, trayecto 8*"; (x) "*rehabilitación y mejoramiento del puente existente sobre el río Sumapaz en el PR 25+600, trayecto 9*"; (xi) "*intersección a desnivel en variante de Melgar*"; (xii) "*iluminación de las intersecciones a nivel y desnivel*"; (xiii) "*iluminación de puentes peatonales y paraderos a lo largo del corredor*"; (xiv) "*iluminación de estaciones de peaje*"; (xv) "*iluminación de estaciones de pesaje*"; (xvi) "*construcción de estación de pesaje en El Salero*"; (xvii) "*áreas de centros de control y operación*"; (xviii) "*obligaciones relacionadas con la reversión de los bienes de la concesión al Estado conforme lo establecido en apéndice 6 del contrato de concesión n.º GG-040-2004*"; (xix) "*instalación de los hitos S.O.S.*"; (xx) "*redes de servicios públicos*"; (xxi) "*rehabilitación del puente Salsipuedes en PR2+380, trayecto 12*"; (xxii) "*intersección en San Mateo*"; (xxiii) "*rehabilitación de paralela en autopista Sur*"; (xxiv) "*retorno en Chusacá*"; (xxv) "*retorno en Molino Rojo*"; (xxvi) "*espacio público de Silvania*"; (xxvii) "*construcción del retorno El Jordán*"; (xxviii) "*adecuación del puente*

peatonal Bosachoque"; (xxix) "*adecuación de pasa ganados a pasos deprimidos mixtos*" y (xxx) "*glorieta de Girardot*".

9.4. A más de los perjuicios ocasionados por esos incumplimientos, la concesionaria se negó a recalcular el modelo financiero por la variación en el cronograma de obras e inversiones y ello ocasionó un desequilibrio económico negativo para la ANI por $25.111.981.256 al momento de presentación de la demanda de reconvención.

9.5. Con otrosí n.º 23 se excluyeron unas obras y se modificó la ejecución de otras. El impacto económico de esa variación fue acordado por las partes provisionalmente en $23.243.443.715, pero faltó definir si el valor de las obras excluidas debía ser calculado y actualizado teniendo como base una tasa interna de retorno (TIR) del 11% y si el concesionario debía restituir los valores pagados por concepto de operación y mantenimiento (OPEX). La falta de acuerdo en esos puntos significó un desequilibrio económico del contrato por $35.228.477.571,09 al momento de presentación de la demanda de reconvención.

9.6. Con otrosí n.º 8 se pactaron unas obras adicionales y la ANI pagó los costos de OPEX asociados a estas. Sin embargo, el concesionario ejecutó tardía y parcialmente algunas obras, por lo que las actividades de operación y mantenimiento de estas se iniciaron después de lo programado o nunca se efectuaron. En consecuencia, el concesionario debió reintegrar la parte del OPEX pagado y no invertido por la no ejecución de las obras o su retraso, suma que asciende a $22.987.912.964,75 al momento de presentación de la demanda de reconvención.

9. La oposición a la demanda de reconvención

10. La Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. contestó la demanda de reconvención (fl. 216-239, c. ppal. 2) y su reforma (fl. 372-429, c. ppal. 3). Propuso

las siguientes excepciones: (i) "*incumplimiento en el reconocimiento y pago del ingreso esperado*". La ANI desconoció que el ingreso esperado era de $1.202.676.638.225 y no de $882.000.000.000; (ii) "*incumplimiento de la entidad en su obligación de pago del soporte parcial por riesgo geológico*". La ANI desconoció su deber de pagar el soporte parcial por riesgo geológico con los recursos de la subcuenta de excedentes o del fondo de contingencias; (iii) "*toma de control de las obras por vías de hecho. Incumplimiento de la cláusula 16.6. del contrato de concesión*". La ANI despojó de la vía al concesionario a pesar de que no se había alcanzado el ingreso esperado; (iv) "*contrato no cumplido. Artículo 1609 del Código Civil*". La ANI incumplió con sus obligaciones de pago y despojó de la vía al concesionario y ello impidió que este cumpliera con las obligaciones de construcción y mantenimiento de la infraestructura vial y (v) "*compensación*". Si se llegare a condenar al concesionario al pago de algún valor, este deberá compensarse con los montos que le adeuda la ANI.

10. La definición de la competencia del Tribunal de Arbitramento

11. El 29 de enero de 2018, el Tribunal Arbitral se declaró competente para conocer del asunto (fl. 487-508, c. ppal. 3), ya que "*el pacto arbitral reúne los requisitos para su existencia y validez exigidos para todos los negocios jurídicos en general y aquellos específicamente contemplados para el pacto arbitral en la Ley 1563 de 2012 (...)* [y] *ninguna de las pretensiones está relacionada con 'las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral' pactadas en el contrato*" (fl. 495, c. ppal. 3).

12. En desarrollo de la primera audiencia de trámite, el convocado, coadyuvado por la ANDJE, interpuso recurso de reposición contra la decisión del Tribunal de declararse competente para conocer la controversia puesta en su conocimiento, decisión que fue confirmada íntegramente.

11. El laudo arbitral recurrido

13. En los antecedentes, el Tribunal Arbitral hizo un recuento del contrato que motivó la controversia, el pacto arbitral, las partes en disputa, el trámite impartido al proceso, la demanda y su contestación, la demanda de reconvención y su contestación, las pretensiones y excepciones de cada parte, las pruebas recaudadas, los alegatos de conclusión y el término que tenía para fallar.

14. En las consideraciones, reiteró su competencia para conocer del asunto y precisó que el inicio del proceso de reorganización de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. ante la Superintendencia de Sociedades solo impedía iniciar cobros ejecutivos, pero era viable promover procesos declarativos ante la justicia arbitral. Además, hizo un recuento legal, jurisprudencial y doctrinal del contrato de concesión. Luego, reseñó las cláusulas del contrato de concesión n.º GG-040 del 1º de julio de 2004, sus modificaciones y adiciones.

15. Bajo las anteriores precisiones, resolvió las **pretensiones de la demanda arbitral**. Indicó que había cosa juzgada frente a las pretensiones primera a quinta, relacionadas con el ingreso esperado, pues el punto fue resuelto con laudo del 13 de enero de 2016, proferido en otro proceso arbitral.

15.1. Negó las pretensiones sexta y séptima de la demanda arbitral, relativas a la operación del túnel Sumapaz, dado que el convocante incumplió la carga de probar los supuestos fácticos que las sustentaban.

15.2. Respecto de las pretensiones octava a décimo segunda, referentes al pago de soporte parcial por riesgo geológico, declaró la cosa juzgada, dado que el laudo del 13 de enero de 2016 resolvió esa controversia.

15.3. Accedió parcialmente a la pretensión décimo tercera, relacionada con la indexación de todos los pagos pactados en la cláusula sexta del otrosí n.º 18, toda vez que las partes acordaron traer a valor presente los valores previstos en dicha cláusula, excepto el primer contado de que trata el literal a) del numeral 1[3] de dicha cláusula que no estaba sujeto a ninguna fórmula de reajuste.

15.4. Negó la pretensión décimo cuarta, porque la ANI no era la encargada de hacer los pagos pendientes de indexación, pues ello correspondía a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A.

15.5. Negó la pretensión décimo quinta, toda vez que el contado de que trata el literal a) del numeral 1 de la cláusula sexta del otrosí n.º 18 no estaba sujeto a ninguna fórmula de reajuste y, en todo caso, la ANI no debía asumir el pago de ese rubro.

16. Respecto a las **pretensiones de la demanda de reconvención**, accedió a las pretensiones primera a cuarta, toda vez que el concesionario incumplió sus obligaciones de ejecutar y entregar la totalidad de las obras reseñadas por el demandante en reconvención –*supra* párr. 9.3– y, a diferencia de lo pedido en la cuarta pretensión, precisó que el valor de la indemnización generaría intereses desde la notificación de la demanda de reconvención.

---

[3] "*CLÁUSULA SEXTA. FORMA DE PAGO: En virtud de lo previsto en la cláusula segunda del convenio interadministrativo n.º 168 del 2008, celebrado entre el INCO y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. (Transmilenio S.A.), el pago al concesionario de las obras objeto del presente otrosí se efectuará por parte de TRANSMILENIO S.A. // Teniendo en cuenta lo anterior, la forma de pago establecida será la siguiente: // 1. Un pago anticipado del cincuenta por ciento (50%) del valor contemplado en la cláusula cuarta del presente otrosí por la suma de veintiocho mil cuatrocientos millones de pesos ($28.400.000.000), en pesos de diciembre de 2008, el cual se realizará de la siguiente manera: // 1. El primer contado por valor de once mil trescientos quince millones novecientos veinte mil quinientos catorce pesos ($11.315.920.514) en pesos de diciembre de 2008, el cual facturará el concesionario en el mes de abril de 2009, y se pagará por parte de Transmilenio, previo agotamiento del trámite previsto para tal efecto*" (fl. 334, c. de pruebas 5).

16.1. Accedió a las pretensiones quinta a séptima, deferidas al recálculo del modelo financiero por cumplimiento de la condición pactada en la cláusula quinta del adicional n.º 1 y el desequilibrio económico que ello significó, pues hubo un desplazamiento del cronograma previsto para la entrega de las obras, lo que obligaba a replantear el modelo financiero.

16.2. Negó la pretensión octava, toda vez que el desequilibrio económico no supone un incumplimiento contractual y ello impide que sobre su monto se ordenen intereses moratorios.

16.3. Negó las pretensiones novena a décimo segunda, relacionadas con el desequilibrio económico por la valoración de las obras excluidas con otrosí n.º 23, porque la actualización del costo de las obras debía hacerse con fundamento en los índices de precios al consumidor y no con base en la tasa interna de retorno. Precisó que la solicitud de restitución del valor de operación y mantenimiento (OPEX) de las obras excluidas con otrosí n.º 23, estaba incluida en las pretensiones décimo tercera a décimo novena, toda vez que dicha exclusión recayó sobre obras del otrosí n.º 8 y el reintegro del OPEX de ese modificatorio se reclamó en las mencionadas pretensiones.

16.4. Declaró la cosa juzgada respecto a las pretensiones décimo tercera a décimo novena, relacionadas con el reembolso del valor del OPEX por las obras adicionales pactadas en el otrosí n.º 8, dado que el laudo del 13 de enero de 2016 resolvió esa controversia.

16.5. Negó la pretensión vigésima, relacionada con la declaratoria de cumplimiento de todas las obligaciones contractuales, toda vez que en el marco del trámite arbitral no estaba era de competencia de los árbitros analizar todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato.

16.6. Negó la pretensión vigésima primera, deferida a la actualización de la condena con base en los modelos financieros del contrato, pues ello solo

procede con fundamento en los índices de precios al consumidor, según el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

12. La impugnación

17. El 18 de diciembre de 2018, el convocante formuló recurso de anulación en contra del referido laudo arbitral; para el efecto, propuso como causales las contenidas en los numerales 2 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 (fl. 310-331, c. ppal. 5). Estos numerales prescriben:

> *2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.*
>
> *9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.*

17.1. Por metodología, la Sala hará mención al sustento de dichas causales en la parte considerativa de esta providencia, al decidir cada cargo[4].

13. La intervención del Ministerio Público, del convocado y de la ANDJE

18. El Ministerio Público (fl. 333-344, c. ppal. 5) solicitó que se desestimara el recurso de anulación. En primer lugar, señaló que el tribunal de arbitramento era competente para resolver las pretensiones de la demanda arbitral y de la reconvención a pesar del inicio del proceso de reorganización y de la liquidación del contrato, en tanto, estas circunstancias no fueron oportunamente alegadas en el curso del arbitramento. En segunda medida, aseguró que el laudo abordó todas las pretensiones de la demanda arbitral.

---

[4] El 3 de julio de 2019, el consejero doctor Alberto Montaña Plata manifestó su impedimento para conocer del asunto. El 22 de agosto de 2019, la Sala aceptó el impedimento y separó al consejero del conocimiento del presente asunto.

19. El convocado (fl. 364-375, c. ppal. 5) señaló que el proceso de reorganización solo impedía adelantar cobros ejecutivos en contra del concesionario, pero ello no impedía promover demanda de reconvención, por ende el tribunal era competente. Asimismo, aseguró que a pesar de la liquidación del contrato era posible arbitrar las diferencias que resultaran ajenas a ese cruce de cuentas, de ahí que los árbitros tuvieran plena competencia para decidir. Además, sostuvo que el laudo abordó y resolvió todas las pretensiones que le formularon.

20. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fl. 345-354, c. ppal. 5) precisó que el tribunal era competente para resolver las pretensiones del convocante y las de reconvención del convocado, las que fueron resueltas íntegramente en el laudo. En consecuencia, solicitó declarar infundado el recurso de anulación.

II. CONSIDERACIONES

21. Para resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto, la Sala analizará los siguientes aspectos: (i) la competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto, (ii) los alcances del arbitramento y del recurso de anulación contra laudos y (iii) el recurso de anulación en el caso concreto –estudio de los cargos formulados–.

1. La competencia

22. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente recurso de anulación, en los términos de los artículos 104[5] de la Ley 1437 de 2011 y

---

[5] El numeral 7 del artículo en cita prevé que: "*La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. // Igualmente conocerá de los siguientes procesos: (…). Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos*

46[6] de la Ley 1563 de 2012, normatividad aplicable al trámite arbitral en estudio[7], en tanto el laudo arbitral impugnado fue proferido para dirimir un conflicto surgido con ocasión del contrato de obra concesión n.° GG-040-2004 del 1º de julio de 2004, en el que una de las partes, la Agencia Nacional de Infraestructura, es una entidad pública.

2. El arbitramento y el recurso de anulación

23. La Ley 1563 de 2012, según lo dispone su artículo 119, desarrolla en su integridad el arbitraje. Conforme al artículo 1° de la referida ley, el laudo arbitral, esto es, la sentencia que profiere el tribunal, puede ser en derecho, en equidad o técnico; sin embargo, en los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo debe proferirse en derecho y, conforme al artículo 2, ser institucional, esto es, administrado por un centro de arbitraje.

---

celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado".

[6] El último inciso de este artículo prescribe: "*Cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudo arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado*".

[7] Efectivamente, para cuando se presentó la solicitud de convocatoria de tribunal, el 14 de julio de 2015 (fl. 1, c. ppal. 1), la referida ley ya se encontraba en vigencia. Sobre el particular, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, auto del 6 de junio de 2013, exp. 45922, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

23.1. Conforme a lo dispuesto en el inciso último del artículo 42[8] de la Ley 1563 de 2012, el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como una segunda instancia, razón por la cual no es admisible que por su intermedio se pretenda continuar, replantear o reabrir el debate sobre el fondo del proceso[9]. En otros términos, a través del recurso de anulación no pueden cuestionarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento basadas en razonamientos o conceptos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al resolver las pretensiones y excepciones propuestas, así como tampoco es la vía idónea para poner de presente presuntos errores de hecho o de derecho, ni para cuestionar la valoración probatoria en el asunto concreto que voluntariamente se sometió a consideración y decisión de la justicia arbitral.

23.2. Las causales de anulación para los arbitrajes nacionales quedaron regladas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en nueve numerales. Por su parte, el artículo 43 *ejusdem*, frente a los efectos de las causales, dispone que cuando prospere cualquiera de las señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, se corregirá o adicionará. Además, cuando se anule el laudo por las causales 1 o 2, el expediente se remitirá al juez que corresponda para que continúe el proceso a partir del decreto de pruebas, pero la prueba practicada dentro del proceso arbitral conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirla.

23.3. Igualmente, según el artículo 44 *ejusdem*, cuando se anule el laudo por las causales 3 a 7, el interesado podrá convocar un tribunal arbitral, en el que conservarán validez las pruebas debidamente practicadas y, en lo posible, las actuaciones que no hubieren resultado afectadas por la anulación. Para

---

[8] "*La autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo*".

[9] Sobre el desarrollo de este criterio, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2006, exp. 29476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2006, exp. 32398, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

el efecto, la solicitud de convocatoria deberá presentarse dentro de los tres meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia que anule el laudo, con el fin de que se entienda interrumpida la prescripción o no opere la caducidad.

23.4. Asimismo, conforme al artículo 43 *ejusdem*, la sentencia que anule el laudo total o parcialmente cumplido, ordenará las restituciones a que hubiere lugar. En el evento de que el recurso no prospere se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso se presente por el Ministerio Público.

23.5. Finalmente, el laudo y la sentencia que resuelva sobre su anulación son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por las causales y mediante el trámite señalado en el artículo 45 *ejusdem*.

3. El recurso de anulación en el caso concreto

3.1. La falta de competencia

24. El recurrente se fundamentó en el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, que prevé como causal de anulación de los laudos arbitrales: "*La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia*".

3.1.1. La sustentación

25. En este punto, el recurrente indicó que el Tribunal carecía de competencia para resolver la demanda de reconvención porque, de un lado, el concesionario inició un proceso de reorganización y ello impedía elevar pretensiones por fuera del proceso concursal y, de otro lado, la liquidación unilateral se produjo antes de la reconvención lo que sustraía del conocimiento de los árbitros todas las inconformidades de la ANI, pues estas debieron quedar consignadas en el cruce de cuentas.

3.1.2. El alcance de la causal

26. El artículo 116 de la Constitución Política permite que los particulares puedan ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Dicha investidura no es absoluta ni ilimitada, pues debe ceñirse a los límites materiales que el ordenamiento y las partes le imponen, por lo que los árbitros solo pueden decidir en el marco de su competencia, esto es[10]:

> [L]*a específica materia sobre la que puede recaer el ejercicio de la función jurisdiccional, que en el caso del arbitramento, es otorgada por las partes que acuden a él mediante la celebración del pacto arbitral, el cual puede estar contenido en una cláusula compromisoria, mediante la cual las partes deciden que frente a un futuro y eventual litigio, el mismo será sometido a la decisión de un tribunal de arbitramento; o en un documento de compromiso, en el cual ante una controversia concreta y actual surgida entre las partes, ellas deciden someterla a la justicia arbitral; en ambos casos, son las partes quienes delimitan de manera clara y precisa, la materia que fue su voluntad excluir de la decisión del juez natural del contrato, para someterla a la decisión de un tribunal de arbitramento, pudiendo establecer que se someterán a este mecanismo alternativo de solución de conflictos alguno o algunos de los asuntos que surjan del negocio jurídico, o todas las controversias que se susciten como resultado de ese contrato.*

De esta forma, quien pretenda cuestionar esos límites en el marco del recurso de anulación, debió previamente hacer valer sus razones ante el tribunal, a través del recurso de reposición en contra del auto de asunción de competencia, según lo ordena el inciso 1º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

3.1.3. El caso concreto

---

[10] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de mayo de 2016, exp. 53162, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

27. El auto del 29 de enero de 2018, por el cual el Tribunal Arbitral se declaró competente para conocer del asunto (fl. 487-508, c. ppal. 3), no fue cuestionado por el ahora recurrente, fue el convocado, coadyuvado por la ANDJE, quien promovió el recurso ahora echado de menos[11].

27.1. Precisa la Sala que para el 29 de enero de 2018, fecha en la cual se realizó la primera audiencia de trámite y se asumió competencia, las dos circunstancias que motivan el reproche a la competencia del Tribunal en sede de anulación ya existían: la convocante ya había entrado en proceso de reorganización y el contrato ya había sido liquidado, razón por la cual, si la convocante tenía reproches a la competencia del Tribunal para conocer la demanda de reconvención, tenía la carga de cuestionar esta competencia mediante la interposición del recurso de reposición. Este reproche no fue realizado y, por el contrario, la convocante presentó estos argumentos por primera vez en su escrito de alegatos de conclusión (fl. 327, c. ppal. 4).

28. En consecuencia, la Sala desestimará el presente cargo, por cuanto se incumplió la exigencia del inciso segundo del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, que impone frente a esta causal la interposición del recurso de reposición en contra del auto que dispone asumir competencia.

3.2. La falta de congruencia

29. El recurrente se fundamentó en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, que prevé como causal de anulación de los laudos arbitrales: "*Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento*".

---

[11] En el auto de asunción de competencia se consignó: "*En este estado de la audiencia, el apoderado de la parte demandada solicitó el uso de la palabra con el fin de interponer recurso de reposición contra la anterior providencia* [se refiere al auto del 29 de enero de 2018], *el cual fue coadyuvado por la apoderada de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. De ese recurso se corrieron los traslados de ley*" (fl. 507-508, c. ppal. 3).

3.1.1. La sustentación

30. En este punto, el recurrente estimó que el laudo no decidió las pretensiones relacionadas con el ingreso esperado por el concesionario, bajo la errada razón de que ello fue resuelto con laudo del 13 de enero de 2016 expedido por otro tribunal de arbitramento.

30.1. Precisó que el tribunal de arbitramento decidió, desde la primera audiencia de trámite, que en el laudo expedido el 13 de enero de 2016, no se había resuelto la controversia relativa al ingreso esperado y que, pese a esto, en el laudo aquí recurrido se señaló que uno de los dos laudos se pronunció frente al ingreso esperado, por lo que se configuraba la cosa juzgada implícita.

30.2. Indicó que, contrario a lo señalado en el laudo recurrido, ninguna de las demandas, ni principales ni de reconvención, que sirvieron como base a los pronunciamientos de los anteriores laudos, se refería al aspecto central de la presente controversia, esto es, al ingreso esperado. Alegó que era falso que pudiera aducirse una decisión implícita por parte de los anteriores tribunales de arbitramento acerca del ingreso esperado, en razón a que en los mismos no existía ni pretensión, *ratio decidendi* o declaración sobre el punto.

30.3. Si bien en ambos tribunales hubo alguna referencia sobre el ingreso esperado, ello no constituyó *ratio decidendi*, sino apenas un *obiter dicta* de sus decisiones, pues se limitaron a afirmar que el ingreso esperado del concesionario ascendía a $882.000.000.000, ingreso que sería de ese monto, siempre que la entidad contratante pagara la totalidad de las vigencias futuras, lo que no ocurrió.

3.2.2. El alcance de la causal

31. Frente a la causal de anulación de falta de congruencia del laudo, la jurisprudencia de esta Sección ha precisado[12]:

> *Se encontraba antes prevista en los numerales 8 y 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.*
>
> *En efecto, el numeral 8º del decreto 1818 de 1998 preveía como causal de anulación "Haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido".*
>
> *Pues bien, en vigencia de dicho Estatuto se estimaba que por medio de esta causal se procuraba garantizar el principio de congruencia de las sentencias judiciales, principio este que conforme al artículo 281 del Código General del Proceso, consiste en la consonancia o coherencia correlativa que debe existir entre la providencia judicial y los hechos y las pretensiones que se aducen en la demanda, así como con las excepciones del demandado[13].*
>
> *También se estimó en su oportunidad que la causal referida tenía 2 modalidades de configuración conocidas normalmente en la doctrina y la jurisprudencia como fallos extra petita que tienen lugar cuando se condena al demandado por un objeto diverso al pretendido o por una causa diferente a la que se invoca en la demanda y los fallos ultra petita, que se presentan cuando se condena al demandado por más de lo pedido en la demanda.*
>
> *Así las cosas, se consideraba que bajo esta causal el laudo arbitral podía anularse por un fallo extra petita o ultra petita cuando el juez arbitral se pronunciaba sobre asuntos no sometidos a su decisión en el pacto arbitral, sobre asuntos no susceptibles de ser resueltos por esta vía o cuando concedía más de lo pretendido en la demanda.*
>
> *De esta forma, a efectos de determinar la configuración de la causal en comento debía realizarse un cotejo o ejercicio comparativo entre lo previsto en el respectivo pacto arbitral por las partes, los hechos y las pretensiones de la demanda o su causa petendi, o lo uno y lo otro, con la parte resolutiva de la sentencia judicial, descartándose de esta forma, y también por regla general, que la consonancia como vicio in procedendo se configurara ante las discrepancias que se presentaran entre aquellas y las motivaciones de la decisión.*

---

[12] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de abril de 2015, exp. 52556, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Reiterada en: Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de abril de 2017, exp. 56661, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; Subsección C, sentencia del 7 de julio de 2016, exp. 55527, C.P. Guillermo Sánchez Luque y Subsección A, sentencia del 9 de marzo de 2016, exp. 55319, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

[13] [cita original del texto] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de noviembre de 2014, exp. 51304, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012 y teniendo en cuenta que por medio del numeral 2º del artículo 41 de dicho Estatuto arbitral se incorporó una nueva causal de anulación que de forma especial y específica regula las circunstancias de falta de jurisdicción o de competencia del juez arbitral, forzoso es de concluir que por vía de esta causal, antes prevista en el numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 ya no se pueda alegar la nulidad del laudo cuando el juez arbitral profiere un laudo pronunciándose sobre puntos no sujetos a su decisión o que no eran susceptibles de disposición por mandato legal, pues se repite en vigencia del nuevo estatuto arbitral ya existe una causal que específicamente regula esas hipótesis.

Así las cosas, se entiende que bajo la primera parte de esta causal, esto es, "Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido", antes prevista en el numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 ya no podrán alegarse las circunstancias de falta de jurisdicción o competencia por haberse pronunciado el juez arbitral sobre asuntos que no se encontraban sujetos a su decisión por voluntad de las partes o sobre aquellos que por ley no eran susceptibles de ser resueltos por esta vía, pues con la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012 ya es claro que dichas hipótesis deben ser alegadas con fundamento en la causal del numeral 2º previsto en su artículo 41 que las regula de forma específica.

En conclusión esta primera parte de la causal que ahora se revisa en vigencia del nuevo Estatuto arbitral sólo podrá configurarse por un fallo extra petita cuando el juez arbitral se pronuncie sobre aspectos o puntos que no han sido solicitados en la demanda y por un fallo ultra petita, cuando el juez arbitral condena por más de lo pedido en la demanda, pues las demás hipótesis se entenderán incorporadas y deberán alegarse bajo el imperio de la causal del numeral 2º de la Ley 1563 de 2012.

Luego, si lo que ocurre en un determinado caso es que una entidad estatal no alega la falta de competencia del Tribunal arbitral por estimar que este se pronunció sobre aspectos que no se encontraban sujetos a su decisión y no interpuso el recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia poniendo de presente dicha circunstancia, no puede ahora venir a alegar la anulación del laudo arbitral con fundamento en la causal a la que se alude, pues es claro que debió hacerlo con base en la causal del numeral 2º del artículo 41 de la ley 1563 de 2012 y agotar el requisito de impugnación aludido.

Por su parte el numeral 9º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, preveía como causal de anulación, "No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento".

Sobre este aparte de la causal que ahora se examina se había señalado que esta se configura cuando el juez incurre en un fallo denominado por

la jurisprudencia y la doctrina como fallo citra petita[14] *consistente en que el juez arbitral no resuelve todas las pretensiones que se le presentan en la demanda o no se pronuncia sobre las excepciones propuestas por el demandado o sobre aquellas que se encuentren debidamente probadas y no deban ser alegadas.*

También respecto de esta última hipótesis se había señalado que el árbitro en su calidad de juez transitorio tenía y tiene la obligación de reconocer oficiosamente las excepciones de fondo que encuentre demostradas con excepción de las de prescripción, compensación y nulidad relativa que deben siempre alegarse en la contestación de la demanda, tal como lo preceptuaba el artículo 306 del C. P. C. y hoy el artículo 282 del Código General del Proceso.

Sin embargo, el inciso segundo del artículo 306 del C. P. C. y hoy el inciso tercero del artículo 282 del código General del Proceso, preveía y ahora prevé que si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones puede abstenerse de examinar las restantes.

Así las cosas, se entendió y ahora se entiende que para efectos de establecer si se ha incurrido en el yerro a que se refiere esta causal es suficiente comparar lo pretendido y lo excepcionado, o lo uno o lo otro, con lo resuelto en el respectivo laudo arbitral.

Con todo lo expuesto, se tiene que la causal del numeral 9º de la Ley 1563 de 2012 se configura cuando el juez arbitral profiere un fallo extra petita, es decir, se pronuncia sobre aspectos o puntos que no han sido solicitados en la demanda, un fallo ultra petita, es decir, cuando condena por más de lo pedido en la demanda o un fallo citra petita, es decir, cuando no resuelve todas las pretensiones que se le presentan en la demanda o no se pronuncia sobre las excepciones propuestas por el demandado o que encuentra debidamente probadas; pues se entiende que las demás hipótesis se encuentran incorporadas y deberán ser alegadas con fundamento en la causal prevista en el numeral 2º de la Ley 1563 de 2012.

32. Como se observa, la jurisprudencia limitó esta causal a los eventos de un fallo *extra*, *ultra* o *citra petita*, es decir, cuestiones que solo son conocidas con la decisión final, en tanto los demás defectos relacionados con la jurisdicción o competencia deberán alegarse en los términos del numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

---

[14] [cita original del texto] La Corte Suprema de justicia en algunas oportunidades la ha denominado *minima petita* pero esta expresión debe quedar reservada para cuando se concede menos de lo pedido, decisión esta que no configura una causal de incongruencia.

3.2.3. El caso concreto

33. El recurrente consideró que las pretensiones relacionadas con el ingreso esperado –primera a quinta de la demanda arbitral reformada– no fueron resueltas por el tribunal. Sin embargo, en el laudo se sostuvo que respecto de estas había cosa juzgada y, por tal razón, se decidió (fl. 283, c. ppal. 5):

> *SEXTO: Negar las pretensiones primera a decimosegunda de la demanda principal reformada, así como las pretensiones decimocuarta a decimosexta del mismo escrito.*

34. De lo anterior se concluye que el Tribunal sí abordó y resolvió las pretensiones aducidas por el censor, razón por la cual no está llamado a prosperar el cargo en estudio.

35. En efecto, en el Laudo Arbitral se observa que el Tribunal se ocupó de la excepción de mérito de cosa juzgada propuesta tanto por la ANI como por la ANDJE, la cual tenía por objeto enervar las pretensiones del convocante. Realizó este estudio, luego de considerar las decisiones arbitrales anteriores, que fueron trasladadas como prueba, y concluyó que dichas pretensiones sí habían sido objeto de pronunciamiento en la decisión anterior por lo que encontró demostrada la excepción. Sobre este particular se lee en el laudo:

> *Con el fin de adoptar una decisión sobre las pretensiones arriba enunciadas, el Tribunal analizará, en primer término, la excepción de cosa juzgada formulada tanto por la **ANI** como por la **ANDJE**, comoquiera que la prosperidad de ese medio de defensa impediría que se pueda proseguir con un análisis de fondo respecto de las pretensiones sobre el Ingreso Esperado y de las demás excepciones de mérito propuestas que se orientan a enervarlas. Para estos efectos, el Tribunal se remite, en primer término, a las consideraciones generales sobre la cosa juzgada expuestas en precedencia; sin embargo, dada la particularidad de las pretensiones relativas al Ingreso Esperado y a la decisión arbitral del 13 de enero de 2016, se hará una referencia especial a la denominada "cosa juzgada implícita", para luego proceder al análisis del caso que fue objeto de estudio por el denominado "Tribunal No. 2", cuyo expediente obra en el presente proceso como prueba trasladada (...) 2.4.1. COSA JUZGADA*
>
> *Como se explicó con suficiencia al abordar el estudio de la cosa juzgada, en los casos en que se ha proferido una decisión que resuelve de fondo una determinada controversia, no es posible someterla de nuevo a conocimiento de las autoridades que ejercen función judicial. Así ocurre, y hay que decirlo de*

*entrada, con las pretensiones relativas al Ingreso Esperado cuyo pago ahora reclama la **CABG**, comoquiera que estas ya fueron falladas por el denominado Tribunal de Arbitramento No. 2, en el que, de manera general, se concluyó que el Ingreso Esperado correspondía a la suma de $882.000.000.000, y que las vigencias fiscales futuras (proyectadas hasta 2020) solo se pagarían en la medida en que se fueran ejecutando las obras de operación y mantenimiento (OPEX), pero si el concesionario llegaba a obtener el Ingreso Esperado antes de la fecha prevista (2020), habría lugar a la reversión y la **ANI** no estaría obligada a realizar los pagos de vigencias futuras que no se hubieren efectuado.*
A continuación, este Tribunal profundizará en los argumentos que permiten concluir que operó la cosa juzgada por cuanto considera que existe identidad de objeto, causa y sujetos. Teniendo en cuenta que en la parte resolutiva del Laudo No. 2 no se resolvió expresamente sobre cuál era el monto del Ingreso Esperado, el Tribunal hará referencia seguidamente a la figura de la cosa juzgada implícita con el fin de abordar el asunto desde las distintas aristas que podrían conducir a la decisión que habrá de adoptarse.
(...)
2.4.3. LA CONTROVERSIA SOMETIDA A CONOCIMIENTO DEL TRIBUNAL NO. 2
(...)
Un análisis integral y armónico del conjunto de pretensiones, hechos y excepciones permite concluir que la controversia que fue sometida a decisión del Tribunal No. 2 versaba, entre otros puntos, sobre el Ingreso Esperado como mecanismo de remuneración del concesionario, particularmente en lo relativo a las modificaciones contractuales de las que fue objeto, al pago de las vigencias fiscales futuras como instrumento de financiación de las actividades de operación y mantenimiento (OPEX) de las obras, y al límite temporal al que estaría sometido el pago de dichas vigencias futuras teniendo en cuenta la obtención del Ingreso Esperado.
*Adicionalmente, la **CABG** tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción en dicho escenario, al contestar los hechos en los que se afirmaba que el valor del Ingreso Esperado correspondía a la suma de $882.000.000.00 y al oponer excepciones de mérito contra las pretensiones que versaban sobre este concepto.*

2.4.4. LA DECISIÓN ADOPTADA POR EL TRIBUNAL NO. 2 RESPECTO DEL INGRESO ESPERADO
(...)
Como corolario de lo anterior, resulta indiscutible que en las consideraciones expuestas por el Tribunal No. 2 en el Laudo de 13 de enero de 2016 se abordó el debate sobre el Ingreso Esperado y la forma en que se había fijado su cuantía, para lo cual se hizo imperativo analizar los distintos instrumentos contractuales que a lo largo de la relación entre las partes fueron modificando su valor como consecuencia de dos hechos principales: (i) la inclusión de obras adicionales mediante el Otrosí No. 8 y (ii) la facultad que permitía a la ANI (en ese entonces INCO) pagar, con cargo a vigencias fiscales futuras, la operación y el mantenimiento (OPEX) de dichas obras.

Los argumentos invocados por el Tribunal resultaban fundamentales para adoptar una decisión de fondo respecto de las pretensiones que fueron sometidas a su conocimiento, comoquiera que versaban sobre la forma en que se remuneraban las actividades de operación y mantenimiento (OPEX) de las obras adicionales, sobre la terminación del contrato una vez se alcanzara el Ingreso Esperado y sobre la obligación de pago de las vigencias fiscales futuras hasta la fecha en que la concesión se revirtiera al Estado. Para efectos de decidir si estas reclamaciones eran procedentes o no, era indispensable profundizar en el régimen contractual acordado para la remuneración del

concesionario y el impacto que respecto del mismo tenía la inclusión de la facultad a favor de la entidad concedente de pagar el OPEX con cargo a los recursos de la Nación mediante vigencias fiscales futuras.

Adicionalmente, si bien en las pretensiones no se solicitó expresamente una declaración sobre el monto especifico del Ingreso Esperado o sobre los descuentos que podían realizarse, lo cierto es que el petitum no puede estudiarse de manera aislada, sino que debe valorarse en conjunto con los fundamentos de hecho que dieron lugar a la reclamación, y en el caso se observa, según se manifestó en líneas anteriores, que dentro de los hechos que sirvieron de fundamento para las pretensiones de la ANI se encuentra la narración de las distintas modificaciones a las que se sometió el Ingreso Esperado y expresamente se señala en el hecho 15 de la demanda de reconvención subsanada que el monto que finalmente se acordó por concepto de Ingreso Esperado fue la suma de $882.000.000.000 de diciembre de 2002. Por ello, es claro que el Tribunal de Arbitraje debía valorar estos hechos y derivar de ellos la consecuencia que en derecho correspondiera. (…)
2.5. Conclusiones
El Tribunal concluye que en el presente caso se configura la cosa juzgada, incluso si se analiza la aplicación de esta figura en la modalidad de cosa juzgada implícita, respecto de las pretensiones relativas al ingreso esperado, las cuales fueron decididas por el Tribunal No. 2 en el Laudo proferido el 13 de enero de 2016 y lo allí señalado es vinculante para las partes y para este panel arbitral, motivo por el cual prosperan las excepciones de cosa juzgada formuladas por la ANI y la ANDJE, y se denegarán las pretensiones primera a quinta de la demanda principal reformada.
Lo anterior, comoquiera que en el presente caso se configura la identidad en el objeto, la causa y los sujetos, así:
i. Identidad de objeto: Las pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta y quinta principales de la demanda principal reformada se dirigen a la declaratoria sobre el monto del ingreso esperado, el incumplimiento de su pago por parte de la ANI y la reparación de los daños que el incumplimiento le causó a la CABG, de conformidad con lo pactado en el Otrosí No. 15 y el Adicional No. 1, que establecen la posibilidad de pago de las obras con cargo a vigencias fiscales futuras. Por su parte, en el trámite arbitral que dio lugar al Laudo Arbitral de 13 de enero de 2016, que se ha denominado Tribunal No. 2, las pretensiones declarativas versaban sobre la remuneración de las actividades de operación y mantenimiento (OPEX), de conformidad con el Adicional No. 1, y se solicitaba que se declarara que, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 16 del contrato, una vez se obtuviera el Ingreso Esperado habría lugar a la reversión de la concesión y, en consecuencia, las vigencias fiscales futuras solo deberían pagarse hasta dicha fecha. Así, el objeto de ambos litigios, en esta específica materia, es en esencia el mismo: definir la regulación contractual del Ingreso Esperado y las consecuencias de su obtención, con particular énfasis en las vigencias fiscales futuras y la forma en que su pago impacta la remuneración del concesionario.
ii. Identidad de causa: los hechos que sirven de fundamento en uno y otro proceso son, principalmente, las diferentes modificaciones contractuales que se pactaron respecto del monto del Ingreso Esperado, la aprobación de vigencias fiscales futuras para el pago del OPEX y las consecuencias que estas tuvieron respecto del cálculo y pago del Ingreso Esperado. Los fundamentos fácticos que dan origen a las pretensiones son los mismos, en la medida en que de nuevo se pretende debatir sobre la cuantificación del Ingreso Esperado, particularmente a partir del ejercicio de la facultad concedida a la ANI de comprometer recursos de la Nación para pagar las labores del OPEX y, en uno y otro caso, se invocan los mismos instrumentos contractuales.

iii. Identidad se sujetos: no hay duda de que en uno y otro caso se trata de las mismas partes, esto es, la CABG y la ANI.
Adicionalmente, como se expresó en párrafos anteriores, la interpretación de los instrumentos contractuales relativos al Ingreso Esperado, tal y como se fueron sucediendo en el tiempo, ya fue adelantada por el Tribunal No. 2, lo que llevó a concluir que el monto Ingreso Esperado es la suma de $882.000.000.000 y que el pago de las vigencias fiscales futuras remuneraba las labores de mantenimiento y operación, en la medida en que las mismas se fueran ejecutando, sólo debían pagarse hasta cuando se alcanzara el monto del ingreso esperado, y no se sumaban al valor del Ingreso Esperado.

Por las razones antes expuestas, el Tribunal concluye que hay cosa juzgada, y así lo declarará en la parte resolutiva de esta providencia, razón por la cual se denegarán laspretensiones primera a quinta de la demanda principal reformada. Asimismo, por idénticas consideraciones, y como consecuencia de la declaratoria de existencia de cosa juzgada respecto de las pretensiones relativas al monto del Ingreso Esperado y el presunto incumplimiento de su pago, el Tribunal concluye que no habrá de prosperar la excepción de mérito propuesta por la CABG en la contestación de la demanda de reconvención, denominada "7.1. INCUMPLIMIENTO EN EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DEL INGRESO ESPERADO" y así lo declarará.

36. La Sala advierte en este punto que la cosa juzgada es una excepción de fondo que puede proponer el demandado y que está dirigida a determinar que la pretensión del demandante debe ser rechazada porque sobre ella existe una decisión anterior; al pronunciarse sobre ella, el Tribunal de Arbitramento está resolviendo de fondo el punto y está denegando la pretensión impetrada por tal causa; no se trata de una decisión inhibitoria, de carácter procesal, en la cual el Juzgador advierte que no se pronunciará por razones procesales o defectos de forma (indebida conformación del litisconsorcio por ejemplo). La decisión de declarar la cosa juzgada es una decisión que hace tránsito a cosa juzgada.

37. No puede en este caso considerarse que el Tribunal no resolvió una pretensión para concluir que el laudo está afectado de incongruencia; la resolvió en el sentido de denegarla por considerar que sobre ella ya existía un pronunciamiento previo.

38. La decisión que adoptó el Tribunal al momento de asumir competencia constituyó un examen preliminar que no impedía, de ninguna manera, un examen definitivo en el Laudo. Por el contrario, en ese momento se declaró

la competencia para conocer de las pretensiones y excepciones planteadas; y dentro de las excepciones se encuentra la de cosa juzgada.

39. Así las cosas, la Sala no advierte la alegada ausencia de pronunciamiento, dado que no está demostrado que el Tribunal haya dejado de estudiar un asunto puesto en su conocimiento. Las pretensiones fueron resueltas al decidir la excepción de cosa juzgada. Si las razones del Tribunal fueron equivocadas, como lo afirma el recurrente, ello no permite anular el laudo, puesto que la pretendida errónea motivación constituye un vicio en el juzgamiento, cuyo control escapa al objeto del recurso de anulación, pues este no está previsto como una instancia adicional para discutir los fundamentos que tuvo el Tribunal para adoptar su decisión.

40. Sobre la base de las consideraciones antes expuestas y en atención a que ninguna de las causales formuladas por la recurrente prosperó, este recurso de anulación habrá de ser declarado infundado.

4. La condena en costas

41. En los términos del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012, se impone condenar en costas al recurrente. En consecuencia, en virtud del artículo 366 del Código General del Proceso, por Secretaría se deberá hacer la liquidación de las costas[15], que incluirá las agencias en derecho en cuantía equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de esa decisión, toda vez que está acreditada la intervención de la apoderada del convocado, quien se opuso a la prosperidad del recurso de anulación.

---

[15] En punto a las disposiciones aplicables a la liquidación de costas, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de abril de 2018, exp. 58120, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera

42. La Sala estima en dicha cuantía las agencias en derecho, en atención a lo dispuesto en el numeral 1.12.2.3 del artículo 6 del acuerdo n.° 1887 de 2003[16] de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que fijó las agencias en derecho por recursos de anulación de laudos arbitrales presentados ante la jurisdicción ordinaria en hasta veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Lo anterior, por motivo del artículo 5 *ejusdem* que permite aplicar por analogía dicha tarifa a asuntos similares y no previstos en dicho acuerdo, como es el caso de los recursos de anulación de laudos arbitrales promovidos ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa[17].

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR infundado el recurso de anulación interpuesto en contra del laudo arbitral del 31 de octubre de 2018, proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. y la Agencia Nacional de Infraestructura, en el marco del contrato de concesión n.° GG-040-2004 del

---

[16] La Sala advierte que el acuerdo n.° PSAA16-10554 de 2016, conforme a su artículo 7, solo aplica para los procesos iniciados después del 5 de agosto de 2016 –el presente inició el 14 de julio de 2015–. Así, es preciso recordar que el recurso de anulación no se considera un nuevo proceso respecto del arbitral, toda vez que "*participa de la naturaleza de recurso judicial,* [y] *es claro que su interposición y ejercicio sólo puede darse dentro del proceso arbitral en donde se ha producido el laudo que mediante él será cuestionado y sin que el hecho de que otro juez conozca y decida la anulación mute su naturaleza de recurso en acción*". Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, auto del 6 de junio de 2013, exp. 45922, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

[17] Sobre el particular, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de marzo de 2018, exp. 58227, C.P. Ramiro Pazos Guerrero y Subsección B, sentencia del 7 de febrero de 2018, exp. 60024, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

1º de julio de 2004, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.. Por Secretaría, se ordena liquidar las costas, que incluirá la suma equivalente a cinco (5) salarios mínimos mensuales vigentes a la ejecutoria de esta sentencia, que es el valor en que se estiman las agencias en derecho.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de Arbitramento.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
Con impedimento aceptado

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado