CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre dos mil veinte (2020)

Radicación número:	**11001-03-26-000-2019-00168-00 (65136)**
Convocante:	**CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**
Convocado:	**AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**
Referencia:	**RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL**

La Sala decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la sociedad Estudios y Proyectos del Sol EPISOL S.A.S., Itaú Corpbanca Colombia S.A., Banco de Bogotá S.A., Banco Popular S.A., Banco de Occidente S.A., Banco AV Villas S.A., Banco Davivienda S.A., Bancolombia S.A., Fiduciaria Corficolombiana S.A., la sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. y la Sociedad Constructora Norberto Odebrecht S.A., contra el Laudo Arbitral[1] proferido el 6 de agosto de 2019 y aclaración del 16 de agosto siguiente, por el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las controversias surgidas entre la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. –la convocante- y el Instituto Nacional de Concesiones INCO[2] –la convocada- con

[1] Los árbitros fueron: Jorge Enrique Ibáñez Najar, Catalina Hoyos Jiménez y Carlos Mauricio González Arévalo.

[2] Mediante Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011, se cambió la naturaleza jurídica del INCO de establecimiento público nacional a agencia estatal de naturaleza especial y se dispuso que los derechos y obligaciones que a la fecha de expedición del referido decreto tuviera la entidad, continuarían a favor y a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura. El tribunal de arbitramento aceptó la vinculación, en calidad de litisconsortes cuasinecesarios de la convocante Ruta del Sol S.A.S., a las sociedades: Estudios y Proyectos del Sol-EPISOL S.A.S., Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., CSS Constructores S.A.; así mismo, aceptó la vinculación como terceros coadyuvantes de la convocante, a Itaú Corpbanca Colombia S.A., Banco de Bogotá S.A., Banco Popular S.A., Banco de Occidente S.A., Banco AV Villas S.A., Banco Davivienda S.A., Bancolombia S.A. y del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2, que actúa por conducto de su vocera, la sociedad Fiduciaria Corficolombiana S.A.

ocasión de la celebración y ejecución del Contrato de Concesión 001 del 14 de enero de 2010.

A N T E C E D E N T E S

1. El proceso arbitral

1.1. El pacto arbitral

El 14 de enero de 2010 el Instituto Nacional de Concesiones INCO celebró con la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.[3], el Contrato de Concesión N° 001, modificado sustancialmente por el Otrosí n.º 6 del 14 de marzo de 2014, cuyo objeto fue la realización, por cuenta y riesgo del contratista, de las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento del Proyecto Vial Ruta del Sol y la preparación de los estudios definitivos, la gestión predial y social, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras, en el sector 2: Puerto Salgar-San Roque. En lo relativo a la solución de controversias, las partes pactaron la siguiente cláusula compromisoria:

> *Sección 18.02. Tribunal de Arbitramento Local*
>
> *Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, con excepción del cobro ejecutivo de obligaciones, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento (el "Tribunal"), que se regirá por lo dispuesto en el Decreto 1818 de 1998 y demás normas vigentes o que lo modifiquen o complementen, conforme a las siguientes reglas:*
>
> *(a) Designación de los árbitros. El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las Partes. A falta de acuerdo, total o parcial, el o los árbitros respecto de los cuales no haya habido consenso será (n) designado (s) por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a solicitud de cualquiera de las Partes.*
>
> *(b) Procedimiento. El Tribunal funcionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*
>
> *(c) El Tribunal decidirá en derecho.*

[3] Los socios de la sociedad convocante son las empresas Estudios y Proyectos del Sol S.A.S – EPISOL S.A.S-; CSS Constructores S.A.; Constructora Norberto Odebrecht de Colombia S.A.S. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., quienes participaron en el proceso licitatorio que dio origen al contrato de concesión objeto del proceso arbitral, bajo la denominada *"Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol".*

1.2. Las demandas y su contestación

En el proceso arbitral que culminó con el laudo impugnado, se tramitaron dos demandas arbitrales diferentes, presentadas el 6 y el 19 de agosto de 2015 por la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. en contra de la Agencia Nacional de Infraestructura y que dieron lugar a los procesos 4190 y 4209, que fueron acumulados.

1.2.1. Proceso 4190

En la demanda reformada[4], la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. propuso las siguientes pretensiones:

> ***PRIMERA PRINCIPAL:*** *Que se declare que el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 suscrito entre la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI (antes INCO) el 14 de enero de 2010, junto con sus apéndices, anexos, otrosíes y demás modificaciones, se encuentra vigente y vincula a las partes.*
>
> ***SEGUNDA PRINCIPAL:*** *Que se declare que con posterioridad al 30 de noviembre de 2012 han continuado varios de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que se reconocieron en los Otrosíes No. 2 de 5 de abril de 2013 y No. 4 de 28 de octubre de 2013, y que se han presentado adicionalmente otros nuevos Eventos Eximentes de Responsabilidad igualmente reconocidos por la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y la Interventoría en las mesas de verificación de eventos y determinación de periodos especiales realizadas entre los días 2 de marzo y 16 de junio de 2015, así como en múltiples comunicaciones y documentos de la entidad, que afectaron en forma sustancial y adversa el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario y el Plan de Obras aprobado por la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI el 13 de enero de 2014, y produjeron un desplazamiento de las Fechas máximas de Inicio de Operación establecidas en los Otrosíes No. 2 de 5 de abril de 2013 y No. 4 de 28 de octubre de 2013 para los Tramos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, constituyendo aleas extraordinarios para la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.*
>
> ***TERCERA PRINCIPAL:*** *Que se declare que además de los Eventos Eximentes de Responsabilidad que han sido reconocidos por la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, con posterioridad al 30 de noviembre de 2012 han ocurrido otros eventos Eximentes de Responsabilidad, los cuales igualmente afectaron en forma sustancial y adversa el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario, el Plan de Obras aprobado por la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI el 13 de enero de 2014 y las Fechas máximas de Inicio de Operación establecidas en los Otrosíes No. 2 de 5 de abril de 2013 y No. 4 de 28 de octubre de 2013 para los Tramos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del Contrato de*

[4] F. 75 a 171, c. ppl. 2.

Concesión No. 001 de 2010, constituyendo aleas extraordinarios para la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

CUARTA PRINCIPAL: *Que como consecuencia de la prosperidad de las anteriores pretensiones, se declare que el Plan de Obras aprobado por la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI el 13 de enero de 2014 y las Fechas máximas de Inicio de Operación establecidas en los Otrosíes No. 2 de 5 de abril de 2013 y No. 4 de 28 de octubre de 2013 para los Tramos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7, dejaron de ser exigibles a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.*

QUINTA PRINCIPAL: *Que se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI incumplió el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y la Ley al negarse a modificar el Plan de Obras aprobado el 13 de enero de 2014 y las Fechas máximas de Inicio de Operación establecidas en los Otrosíes No. 2 de 5 de abril de 2013 y No. 4 de 28 de octubre de 2013 para los Tramos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del Proyecto como consecuencia de todos los Eventos Eximentes de Responsabilidad de que tratan las anteriores pretensiones, y al desconocer los Planes de Obra presentados a esa entidad que reflejaban los efectos producidos por dichos Eventos Eximentes de Responsabilidad hasta el 31 de enero de 2015.*

SEXTA PRINCIPAL: *Que se declare que el Plan de Obras presentado por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. el día 4 de junio de 2015 a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, al igual que las Fechas máximas de Inicio de Operación de los Tramos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 establecidas en dicho plan de obras, se encuentran vigentes y son obligatorios para las partes de conformidad con la Sección 8.12 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.*

SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN SEXTA PRINCIPAL: *Que como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones primera a quinta principales, en el Laudo Arbitral que se profiera se determinen las nuevas Fechas máximas de Inicio de Operación de los Tramos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 que reflejan los Eventos Eximentes de Responsabilidad de que tratan las anteriores pretensiones y los efectos de los mismos, y se ordene a las partes adoptar el Plan de Obras del proyecto que cumpla con las Fechas máximas de Inicio de Operación de los Tramos que sean determinadas en el Laudo Arbitral.*

SÉPTIMA PRINCIPAL: *Que se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI incumplió el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y la Ley al desconocer la competencia del Panel de Expertos en los asuntos que le competen de conformidad con el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y al negarse a pagar los gastos extras en que ha incurrido el Panel de Expertos para el desarrollo de sus funciones.*

OCTAVA PRINCIPAL: *Que se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI incumplió el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 al no suscribir las Actas de Terminación de los Hitos en las oportunidades contractualmente previstas.*

NOVENA PRINCIPAL: *Que se declare que los incumplimientos de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, la ocurrencia de los Eventos Eximentes de Responsabilidad, los Aleas extraordinarios, el ajuste de la programación de las obras y el desplazamiento de las Fechas máximas de Inicio de Operación de los Tramos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 establecidas en los Otrosíes No. 2 de 5 de abril de 2013 y No. 4 de 28 de octubre de 2013, de que tratan las anteriores pretensiones, ocasionaron mayor permanencia en obra, mayores costos y*

múltiples daños y perjuicios a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y produjeron la ruptura del equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

DÉCIMA PRINCIPAL: *Que se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI incumplió el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y la Ley al negarse a reconocer las indemnizaciones y compensaciones a que tiene derecho la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. por los daños y perjuicios y la ruptura del equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 de que trata la anterior pretensión.*

DÉCIMA PRIMERA PRINCIPAL: *Que como consecuencia de todas las anteriores pretensiones, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI al pago de todas las sumas que restablezcan el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y al pago de todas las indemnizaciones y compensaciones económicas a que tiene derecho la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., de acuerdo con la Ley y el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, en los montos que resulten demostrados en el proceso.*

DÉCIMA SEGUNDA PRINCIPAL: *Que las condenas de que tratan las anteriores pretensiones se paguen debidamente actualizadas e incluyan los intereses bancarios corrientes y los intereses moratorios a que tiene derecho la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. de acuerdo con la ley y el Contrato de Concesión No. 001 de 2010.*

DÉCIMA TERCERA PRINCIPAL: *Que se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI al pago de las costas del proceso arbitral, incluidas las agencias en derecho.*

DECIMO CUARTA PRINCIPAL: *Que se ordene a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI dar cumplimiento inmediato al laudo arbitral que se profiera.*

DECIMO QUINTA PRINCIPAL: *Que se ordene a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI reconocer a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. sobre las sumas objeto de la condena que se imponga, intereses moratorios a partir de la ejecutoria del Laudo Arbitral, en los términos de ley.*

Contestación de la demanda

En su contestación a la demanda arbitral reformada en el Proceso No. 4190, la ANI propuso las siguientes excepciones:

1. Ausencia de los requisitos necesarios ***para*** *el reconocimiento contractual de sobrecostos por mayor permanencia.*

2. Falta de certeza de los perjuicios reclamados.

3. Desconocimiento de la distribución de riesgos en el contrato de concesión.

4. Ausencia del carácter personal del daño reclamado.

5. Culpa del concesionario.

6. Improcedencia de reclamación de mayores costos en relación con las defensas metálicas.

7. Las vallas informativas deben ser asumidas por la concesionaria en virtud de lo pactado contractualmente.

1.2.2. Proceso 4209:

1.2.2.1. En la demanda reformada[5], la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. propuso las siguientes pretensiones:

PRETENSIONES DECLARATIVAS

PRETENSIÓN RELACIONADA CON LA EXISTENCIA Y VIGENCIA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 DE 2010

PRIMERA: *Que se declare que el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 suscrito entre la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI (antes INCO) el 14 de enero de 2010, junto con sus apéndices, anexos, otrosíes y demás modificaciones, se encuentra vigente y vincula a las partes.*

PRETENSIONES RELACIONADAS CON LOS RECONOCIMIENTOS EFECTUADOS EN LOS OTROSÍES No. 2 Y No. 4 DE 2013

SEGUNDA: *Que se declare que los Eventos Eximentes de Responsabilidad, el ajuste de la programación de las obras y el desplazamiento de las Fechas máximas de Inicio de Operación de los Tramos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del proyecto, reconocidos y establecidos en los Otrosíes No. 2 del 5 de abril de 2013 y No. 4 del 28 de octubre de 2013, constituyen aleas extraordinarios, ocasionaron mayor permanencia, mayores costos y múltiples perjuicios a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., que produjeron la ruptura del equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.*

TERCERA: *Que se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI incumplió el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y la Ley al negarse a restablecer el equilibrio económico del Contrato y a pagar las compensaciones e indemnizaciones a que tiene derecho la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. por los Eventos Eximentes de Responsabilidad, el ajuste de la programación de las obras y el desplazamiento de las Fechas máximas de Inicio de Operación de los Tramos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del proyecto reconocidos y establecidos en los Otrosíes No. 2 del 5 de abril de 2013 y No. 4 del 28 de octubre de 2013.*

CUARTA: *Que como consecuencia de las anteriores pretensiones, se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI se encuentra obligada al pago de todas las sumas que restablezcan el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y al pago de todas las indemnizaciones y compensaciones económicas a que tiene derecho la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., de acuerdo con la Ley y el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, por los Eventos Eximentes de Responsabilidad, el ajuste de la programación de las*

[5] F. 277 a 351, c. ppl. 4.

obras y el desplazamiento de las Fechas máximas de Inicio de Operación de los Tramos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del proyecto, reconocidos y establecidos en los Otrosíes No. 2 del 5 de abril de 2013 y No. 4 del 28 de octubre de 2013.

PRETENSIONES RELACIONADAS CON OTRAS CIRCUNSTANCIAS QUE TAMBIÉN PROVOCARON LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

QUINTA: *Que se declare que la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. no se encuentra obligada a asumir el costo del traslado de las redes de servicios públicos que se encuentran en las servidumbres existentes a lo largo del Sector, de conformidad con lo establecido en el Contrato de Concesión No. 001 de 2010.*

SEXTA: *Que se declare que varias empresas titulares de las redes de servicios públicos que se encuentran en las servidumbres existentes a lo largo del Sector, se han negado a asumir los costos del traslado de las redes de servicios públicos, por lo que el Concesionario se ha visto obligado a asumir dichos costos para poder ejecutar las obras contratadas bajo el Contrato de Concesión No. 001 de 2010.*

SÉPTIMA: *Que se declare que la ola invernal que se desató en el país durante los años 2010 y 2011 y sus efectos constituyeron un hecho imprevisible e irresistible que no forma parte de los aleas que asumió la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. bajo el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, el cual ocasionó mayores costos a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.*

OCTAVA: *Que se declare que los criterios que propuso la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., los cuales fueron revisados y aprobados por la Interventoría de conformidad con las estipulaciones del Contrato de Concesión, sus Apéndices y Anexos, son los criterios que deben aplicarse para la determinación de la ubicación y la longitud de las defensas metálicas a ser instaladas a lo largo del Sector.*

NOVENA: *Que se declare que la adopción del Manual de la AASHTO sobre barreras de contención (Roadside Design Guide, Capítulo 5 "roadside Barrieres) o la adopción de cualquier otro criterio distinto al que fue propuesto por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y revisado y aprobado por la Interventoría, constituiría una modificación del criterio que fue aprobado para el proyecto para la determinación de la ubicación y la longitud de las defensas metálicas a ser instaladas a lo largo del sector.*

DÉCIMA: *Que se declare que el número de vallas informativas que deben ser instaladas a lo largo del sector por razón de la expedición de la Resolución No. 1219 de 2015 del Ministerio de Transporte, constituye un alea extraordinario para la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., que ocasiona mayores costos a la misma.*

DÉCIMA PRIMERA: *Que se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI incumplió el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 en varias de sus estipulaciones.*

DÉCIMA SEGUNDA: *Que se declare que los hechos y circunstancias a que hacen referencia las anteriores pretensiones quinta a décima primera, rompieron el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.*

DÉCIMA TERCERA: *Que como consecuencia de las anteriores pretensiones, para restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, compensar e indemnizar a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI se encuentra obligada a pagar a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.:*

1. *Los costos en que la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. ha tenido que incurrir para el traslado de las redes de servicios públicos que se encontraban en las servidumbres existentes a lo largo del Sector, en los montos que resulten demostrados en el proceso.*

2. *Los mayores costos en que incurrió la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. por causa de la ola invernal que se desató en el país durante los años 2010 y 2011 y sus efectos, en los montos que resulten demostrados en el proceso.*

3. *Los mayores costos que conlleve implementar el manual de la AASHTO sobre barreras de contención (Roadside Design Guide, Capítulo 5 'Roadside Barrieres'), o cualquier otro criterio distinto al que fue propuesto por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y revisado y aprobado por la Interventoría para la determinación de la ubicación y longitud de las defensas metálicas a ser instaladas a lo largo del Sector.*

4. *Los mayores costos que implican la instalación de vallas informativas a lo largo del Sector, de conformidad con la Resolución No. 1219 de 2015, del Ministerio de Transporte.*

5. *La suma que la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. debió pagar al experto David Yanovich en razón de la negativa de la ANI a autorizar la realización del tercer y último pago a que contractualmente tenía derecho el experto David Yanovich de la firma Cerrito Capital por el desarrollo de la actividad a él encomendada en los otrosíes No. 2 del 5 de abril de 2013 y No. 4 del 28 de octubre de 2013.*

6. *Los demás costos y sumas que se encuentren demostrados en el proceso.*

PRETENSIONES DE CONDENA

DÉCIMA CUARTA: *Que como consecuencia de las anteriores pretensiones se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI al pago de todas las indemnizaciones a que tiene derecho la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. por los perjuicios que le han sido ocasionados y al pago de todas las sumas y compensaciones que restablezcan el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, de acuerdo con la Ley del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, en los montos que resulten demostrados en el proceso.*

DÉCIMA QUINTA: *Que la condena de que trata la anterior pretensión se pague debidamente actualizada e incluya los intereses bancarios corrientes y los intereses moratorios a que tiene derecho la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. de acuerdo con la Ley y el Contrato de Concesión No. 001 de 2010.*

DÉCIMA SEXTA: *Que se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI al pago de las costas del proceso arbitral, incluidas las agencias en derecho.*

DÉCIMA SÉPTIMA: *Que se ordene a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI dar cumplimiento inmediato al laudo arbitral que se profiera.*

> ***DÉCIMA OCTAVA:*** *Que se ordene a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI reconocer a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. sobre las sumas objeto de la condena que se imponga, intereses moratorios a partir de la ejecutoria del Laudo Arbitral, en los términos de ley.*

1.2.2.2. La contestación de la demanda

La entidad convocada se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las siguientes excepciones:

1. *Incumplimiento del procedimiento previsto contractualmente para el reconocimiento de los eventos eximentes de responsabilidad.*
2. *Ausencia de los requisitos necesarios para el reconocimiento contractual de los sobrecostos por mayor permanencia.*
3. *Falta de certeza de los perjuicios reclamados.*
4. *Desconocimiento de la distribución de riesgos en el contrato de concesión.*
5. *Ausencia del carácter personal del daño reclamado.*
6. *Culpa del concesionario.*
7. *Ausencia de carácter vinculante del concepto emitido por Cerrito Capital S.A. y de las decisiones del panel de expertos.*

1.2.2.3. Demanda de reconvención

El 17 de febrero de 2016, la Agencia Nacional de Infraestructura ANI presentó demanda de reconvención en contra de la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., con las siguientes pretensiones[6]:

> ***Primera.-*** *Declárese la* ***nulidad absoluta****, por contar con objeto ilícito y por haber sido celebrado con abuso y desviación de poder, del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre el entonces* ***INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES- INCO,*** *posición contractual que hoy ostenta la* ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA,*** *y la* ***CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.,*** *cuyo objeto es que esta última, por su cuenta y riesgo, elabore los diseños, financie, obtenga las Licencias Ambientales y demás permisos, adquiera los Predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Sector II del Proyecto Vía Ruta del Sol, comprendido entre Puerto Salgar y San Roque.*
>
> ***Segunda.-*** *Declárese que la* ***nulidad absoluta*** *del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre el entonces* ***INSTITUTO NACIONAL DE***

[6] Se consignan las de la reforma de la demanda de reconvención, como fueron transcritas en el Laudo Arbitral, pg. 34.

CONCESIONES- INCO, *posición contractual que hoy ostenta la* ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA,*** *y la* ***CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.,*** *afecta y genera igualmente la nulidad de todos los Contratos Adicionales, Otrosíes, Modificatorios y, en general, de la totalidad de los documentos negociales suscritos entre las partes en desarrollo y ejecución del citado Contrato de Concesión.*

Tercera.- *Como consecuencia de las anteriores declaraciones, ordénese o dispóngase la terminación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre el entonces* ***INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO,*** *posición contractual que hoy ostenta la* ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA,*** *y la* ***CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.***

Cuarta.- *Declárese que la* ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA,*** *como consecuencia de la declaración de nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre el entonces* ***INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO*** *y la* ***CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.,*** *solamente está obligada a reconocer y pagar a favor de esta última las prestaciones contractuales ejecutadas y cumplidas hasta el momento de la declaración de nulidad, siempre y cuando dichas prestaciones hayan beneficiado a la* ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA*** *y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido, en aplicación del precepto legal contenido en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993.*

Quinta.- *Condénese en costas a la parte demandada* ***CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.***

En el evento en que ese Honorable Tribunal de Arbitraje niegue las anteriores pretensiones principales, respetuosamente solicito se acceda a las siguientes pretensiones subsidiarias en donde la convocante se identificará como la ANI y la convocada se identificará como La Concesionaria o El Concesionario:

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN LA SECCIÓN 19.02 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN E INCUMPLIMIENTO EN LA ENTREGA DE LOS TRAMOS:

Primera.- *Se declare que para que un Evento Eximente de Responsabilidad se configure y surta plenos efectos como tal, es absolutamente indispensable que se cumpla con las previsiones contenidas en la sección 19.02, literal 'e' del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.*

Segunda.- *Como consecuencia de lo anterior, se declare que solamente con que La Concesionaria informe o notifique a la ANI sobre la existencia de hechos que a juicio de aquella deban ser considerados como Eventos Eximentes de Responsabilidad, no se configuran los mismos, pues para tal efecto es necesario que se cumpla a cabalidad con las previsiones contenidas en la sección 19.02, literal "c" del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.*

Tercera.- *Se declare que La Concesionaria ha incumplido con el procedimiento previsto en la sección 19.02, literal 'c' del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.*

Cuarta.- *Como consecuencia de lo anterior, se declare que no se han configurado períodos especiales que eximan a La Concesionaria de cumplir con sus obligaciones dentro de los plazos contractualmente pactados, salvo aquellos que fueron reconocidos por las partes en los Otrosíes No. 2 y 4, y aquellos que han sido reconocidos por la ANI, a través de los funcionarios competentes para tal efecto y con observancia del procedimiento previsto contractualmente.*

Quinta.- *Se declare que los plazos máximos de entrada en operación de los tramos de la concesión definidos en los Otrosíes No. 2 y 4, deben ser cumplidos por La Concesionaria exceptuando únicamente aquellos Hitos con afectación de Eventos Eximentes de Responsabilidad reconocidos por las partes a través de los funcionarios competentes para tal fin y con observancia del procedimiento previsto contractualmente para tal efecto.*

Sexta.- *Se declare que La Concesionaria incurre en incumplimiento contractual si vencido el plazo máximo de entrada en operación de los Tramos, no pone tales obras a disposición de la Interventoría y de la* ***ANI,*** *entregando, de acuerdo con el Procedimiento Previsto en la Sección 8.08, literal B, del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, la Memoria Técnica elaborada para dichas obras, exceptuando únicamente aquellos Hitos con afectación de Eventos Eximentes de Responsabilidad reconocidos por las partes a través de los funcionarios competentes para tal fin y con observancia del procedimiento previsto contractualmente para tal efecto.*

PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA AUSENCIA DE EFECTO VINCULANTE DE LOS CONCEPTOS EMITIDOS POR LA FIRMA CERRITO CAPITAL S.A.S. Y POR EL PANEL DE EXPERTOS (DESAVENIENCIA No. 3).

Séptima.- *Se declare que tanto el concepto o informe elaborado por la firma Cerrito Capital S.A.S. el día 14 de febrero de 2014, titulado 'Análisis de efectos patrimoniales y económicos derivados de ciertos eventos ocurridos en vigencia del contrato No 001 de 2010 suscrito entre la Agencia Nacional de Infraestructura y Concesionaria Ruta del Sol', así como el concepto o informe elaborado por el Panel de Expertos de fecha enero 26 de 2015 titulado 'Desavenencia No. 3 respecto a la definición y cuantificación de las consecuencias económicas y/o patrimoniales derivadas de los desplazamientos de las fechas máximas de entrada en operación de los tramos conforme a los Otrosíes 2 y 4', desbordaron el límite de la competencia normativa y contractual, al haber abordado temas que nunca le fueron encargados y para los cuales no tenían atribución legal ni contractual, como se expone en los hechos de la demanda.*

Octava.- *Como consecuencia de lo anterior, se declare que el concepto o informe elaborado por la firma Cerrito Capital S.A.S. el día 14 de febrero de 2014 y el concepto o informe elaborado por el Panel de Expertos de fecha enero 26 de 2015, no tienen relevancia ni efectos jurídicos ni cualquier otro efecto vinculante para las partes.*

PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL PEAJE GAMARRA

Novena.- *Se declare que La Concesionaria tenía a su cargo la obligación de poner en operación e iniciar el recaudo del Peaje Gamarra, ubicado en el PR 3+900 de la Ruta 7006, el día 4 de septiembre de 2015, de conformidad*

con lo pactado en la Cláusula Segunda del Acta No. 2 al Otrosí No. 6 del contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Décima.- *Se declare que La Concesionaria incumplió con la obligación de poner en operación e iniciar el recaudo del Peaje Gamarra, ubicado en el PR 3+900 de la Ruta 7006, el día 4 de septiembre de 2015, de conformidad con lo pactado en la Cláusula Segunda del Acta 2 al Otrosí no. 6 del contrato de Concesión No. 001 de 2010.*

Decimoprimera.- *Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se declare que La Concesionaria está obligada a restituir y pagar a la ANI la totalidad de los dineros que aquella se ha ahorrado por concepto de la operación del Peaje Gamarra, desde el día en que se previó en el modelo financiero el inicio de la misma, esto es, desde el día 1º de enero de 2015 y hasta la fecha en que el referido Peaje entre en operación conforme a las previsiones contractuales.*

Decimosegunda.- *Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a La Concesionaria a pagar a la ANI la totalidad de los dineros que se ha ahorrado por concepto de la operación del Peaje Gamarra, desde el día en que se previó en el modelo financiero el inicio de la misma, esto es, desde el día 1º de enero de 2015 y hasta la fecha en que el referido Peaje entre en operación conforme a las previsiones contractuales, suma que a la fecha de presentación de esta demanda de reconvención se estima en Mil Doscientos Cuarenta y Un millones de Pesos ($1.241.000.000,oo) de diciembre de 2013, o la mayor que resulte demostrada en el proceso.*

Decimotercera.- *Como consecuencia de las declaraciones anteriores, se declare que la ANI no tiene la obligación de compensar el recaudo dejado de percibir por La Concesionaria, en razón del incumplimiento de la obligación de ésta de poner en operación e iniciar el recaudo del Peaje Gamarra, ubicado en el PR 3+900 de la Ruta 7006, el día 4 de septiembre de 2015.*

PRETENSIONES RELACIONADAS CON LAS VALLAS INFORMATIVAS

Decimocuarta.- *Se declare que La Concesionaria está obligada a cumplir en su integridad lo pactado en el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y sus apéndices y anexos, en lo relacionado con la obligación de instalar Vallas Informativas de acuerdo con la regulación vigente establecida por el Ministerio de Transporte, tal y como expresamente lo contempla el numeral 4.4.6 Operación y Seguimiento del Tránsito', literal '(b) Operación del Tráfico en Áreas de Peaje', de su Apéndice Técnico, parte B, en concordancia con lo previsto en la Sección 2.02, literal 'r', Sección 2.05, literal 'u' y Sección 2.08, literal 'o' del Contrato.*

Decimoquinta.- *Como consecuencia de la anterior declaración, se declare que La Concesionaria está obligada a instalar las Vallas Informativas de acuerdo con la regulación que para tal efecto expida el Ministerio de Transporte junto con las modificaciones o adiciones que se le incluyan de tiempo en tiempo, y asumir el costo de ellas, pues hacen parte del objeto contractual.*

Decimosexta.- *Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene a La Concesionaria darle pleno cumplimiento a la Resolución No.*

1219 de 2015, expedida por el Ministerio de Transporte, que es la que al momento de presentar esta demanda de reconvención se encuentra vigente, así como las que la lleguen a modificar, adicionar o sustituir.

Decimoséptima- *Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a La Concesionaria a instalar las Vallas Informativas (obligación de hacer) previstas en la Resolución No. 1219 de 2015, expedida por el Ministerio de Transporte, que a la fecha de presentación de esta demanda no ha instalado, lo cual deberá hacerlo asumiendo el costo de ellas, cumpliendo con las especificaciones y condiciones previstas en dicha Resolución.*

PRETENSIONES RELACIONADAS CON LAS DEFENSAS METÁLICAS[7]

Decimoctava.- *Se declare que La Concesionaria tiene la obligación de cumplir en su integridad lo pactado en el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y sus apéndices y anexos, en lo relacionado con la obligación a su cargo de instalar defensas metálicas en la vía concesionada, observando para tal efecto lo previsto en el Apéndice Técnico, Sector 2, Parte A, numeral 2.2. 'Normas y Criterios de Diseño', en concordancia con lo previsto en la Sección 2.02, literal 'r', Sección 2.05, literal 'u' y Sección 2.08, literal 'o' del Contrato.*

Decimonovena.- *Como consecuencia de la anterior declaración, se declare que La Concesionaria estaba obligada a proponer a La Agencia, para determinar la ubicación y longitud de las defensas metálicas en la vía concesionada, una norma internacional aplicable, conforme a lo previsto en el Apéndice Técnico, Sector 2, Parte A, numeral 2.2. 'Normas y Criterios de Diseño'.*

Vigésima.- *Se declare que La Concesionaria incumplió el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, especialmente lo previsto en el Apéndice Técnico, Sector 2, Parte A, numeral 2.2. Normas y Criterios de Diseño', al no haber propuesto a la ANI ni haber adoptado para la determinación de la ubicación y longitud de las defensas metálicas en la vía concesionada, una norma técnica internacional aplicable.*

Vigesimoprimera.- *Como consecuencia de la anterior declaración, se declare que La Concesionaria está obligada a adoptar para la determinación de la ubicación y longitud de las defensas metálicas en la vía concesionada, el Manual de la AASHTO (American Association of State Highway and Transportation Officials), sobre barreras de contención (Roadside Desing Guide, Capítulo 5 'Roadside Barriers'), al ser éste una extensión del Manual de Diseño Geométrico del INVIAS.*

Vigesimosegunda.- *Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a La Concesionaria a adoptar (obligación de hacer), asumiendo el costo que ello genere, el Manual de la AASHTO (American Association of State Highway and Transportation Officials), sobre barreras de contención (Roadside Desing Guide, Capítulo 5 'Roadside Barriers'), al ser éste una extensión del Manual de Diseño Geométrico del INVIAS, a efectos de determinar la ubicación y longitud de las defensas metálicas de la vía concesionada.*

[7] Nota fuera del texto: se refiere a las barreras de contención en la vía concesionada.

Vigesimotercera.- *En caso de oposición a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, condénese en costas al extremo convocado.*

1.5. Contestación de la demanda de reconvención

La Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. contestó la demanda de reconvención, se opuso a las pretensiones y propuso las siguientes excepciones:

A. Excepción general para todas las pretensiones

Terminación bilateral de contrato

B. Excepciones a las "pretensiones relacionadas con la nulidad absoluta del contrato de concesión"

Ausencia de objeto de la pretensión de nulidad.

C. Excepciones a las "pretensiones relacionadas con el incumplimiento del procedimiento previsto en la sección 19.02 del contrato de concesión e incumplimiento en la entrega de los tramos"

1. El Contrato fue terminado de común acuerdo.

2. El contrato es ley para las partes.

2.1. Para que se configure y surta efectos un Evento Eximente de Responsabilidad no se requiere cumplir con el procedimiento de notificación previsto en el literal (c) de la Sección 19.02.

2.2. Ante la ocurrencia de Eventos Eximentes de Responsabilidad lo que contractualmente procede es el desplazamiento de las fechas de entrega de los Tramos y la revisión del Plan de Obras, y no la entrega de Tramos incompletos en las fechas inicialmente previstas.

2.3. Todos los Eventos Eximentes de Responsabilidad y sus períodos especiales que han sido reconocidos hasta la fecha, lo han sido por funcionarios competentes de la ANI.

2.4. La configuración de Eventos Eximentes de Responsabilidad y de sus períodos especiales no depende de la voluntad de la ANI

3. Se han configurado Eventos Eximentes de Responsabilidad con posterioridad a los Otrosíes No. 2 y No. 4 de 2013, que eximen al Concesionario de responsabilidad por cualquier demora en el cumplimiento de las fechas de entrega de los Tramos establecidas en dichos Otrosíes

4. Al Concesionario no le es exigible cumplir las Fechas máximas de Inicio de Operación de los Tramos establecidas en los Otrosíes No. 2 y No. 4 de 2013

5. Contrato cumplido

6. Incumplimiento de la ANI

7. Excepción de contrato no cumplido (Exceptio Non Adimpleti Contractus)

8. Mala fe contractual de la ANI

9. Desconocimiento de los actos propios (Venire Contra Factum Proprium Non Valet).

10. Prevalencia del derecho sustancial

11. Violación de la ley por parte de la ANI

12. Indebida acumulación de pretensiones

13. Interpretación sistemática y teniendo en cuenta la conducta contractual observada por la ANI

14. Interpretación a favor del Concesionario

15. Toda excepción derivada de cualquier oposición, réplica, contrarréplica, y en general de cualquier medio de defensa de la demandada en reconvención

D. Excepciones a las "pretensiones relacionadas con la ausencia de efecto vinculante de los conceptos emitidos por la firma Cerrito Capital S.A.S. y por el panel de expertos (Desavenencia No. 3)"

1. El experto David Yanovich y el Panel de Expertos no excedieron los límites de la competencia a ellos atribuida

2. El contrato es ley para las partes

3. Incumplimiento de la ANI

4. Toda excepción derivada de cualquier oposición, réplica, contrarréplica, y en general de cualquier medio de defensa de la demandada en reconvención

E. Excepciones a las "pretensiones relacionadas con el peaje Gamarra"

***1.** El Contrato fue terminado de común acuerdo*

2. Contrato cumplido

3. Incumplimiento de la ANI

4. Excepción de contrato no cumplido (Exceptio Non Adimpleti Contractus)

5. El Concesionario está exonerado de toda responsabilidad por la ocurrencia de Eventos Eximentes de Responsabilidad

6. No habiendo incumplido el Concesionario ninguna de sus obligaciones, la ANI no tiene derecho a las compensaciones económicas que reclama.

7. La ANI no puede prevalerse de su propia culpa (Venire Contra Factum Proprium Non Valet)

8. El contrato es ley para las partes

9. Inexistencia del derecho

10. Hecho del príncipe

11. La ANI renunció, con efectos de cosa juzgada, a realizar cualquier reclamación por razón del desplazamiento de las inversiones por parte del Concesionario

12. Toda excepción derivada de cualquier oposición, réplica, contrarréplica, y en general de cualquier medio de defensa de la demandada en reconvención

Excepciones a las "pretensiones relacionadas con las vallas informativas"

1. El Contrato fue terminado de común acuerdo

2. Contrato cumplido

3. El Concesionario no está obligado a asumir las aleas extraordinarias que se presentan durante la ejecución del Contrato

4. La ANI debe asumir los mayores costos derivados de la ocurrencia de aleas extraordinarias

5. La ANI tiene a su cargo la obligación de asumir los efectos desfavorables derivados de la ocurrencia de Eventos Eximentes de Responsabilidad

6. Conducta contraria a la buena fe por parte de la ANI

7. Toda excepción derivada de cualquier oposición, réplica, contrarréplica, y en general de cualquier medio de defensa de la demandada en reconvención

Excepciones a las "pretensiones relacionadas con las defensas metálicas"

1. El Contrato fue terminado de común acuerdo

2. El contrato es ley para las partes

3. Contrato cumplido

4. Inexistencia de la obligación

5. Incumplimiento por parte de la ANI

6. Desconocimiento de los actos propios

7. Confianza legítima del Concesionario

8. La ANI se encuentra contractual y legalmente obligada a asumir los mayores costos derivados de las modificaciones unilaterales que introduzca

9. Toda excepción derivada de cualquier oposición, réplica, contrarréplica, y en general de cualquier medio de defensa de la demandada en reconvención

2. El laudo impugnado

2.1. En providencia del 6 de agosto de 2019, el Tribunal de Arbitramento resolvió (f. 1 a 215, c. ppl.):

PRIMERA: *Declarar probada la tacha formulada contra el testimonio rendido por el señor* ***MIGUEL ÁNGEL BETTÍN JARABA,*** *por las razones y en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.*

SEGUNDA: *Declarar probadas parcialmente las objeciones que por error grave formularon las sociedades* ***EPISOL S.A.S., CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.*** *y* ***ODEBRECHT LATINVEST COLOMBIA S.A.S.,*** *al dictamen pericial rendido por* ***FOREST PARTNERS, ESTRADA Y ASOCIADOS, SL –A DUFF & PHELPS COMPANY,*** *por las razones y en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.*

TERCERA: *Abstenerse de condenar a la* ***CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S*** *al pago de perjuicios a favor de la* ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI*** *por el decreto de las medidas cautelares adoptadas con el Auto No. 7 del 11 de noviembre de 2015 (Acta 4), confirmado por el Auto No. 8 del 1 de diciembre de 2015 (Acta No. 5), las cuales fueron levantadas de oficio mediante el Auto No. 34 del 17 de enero de 2017 (Acta No. 29), por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

CUARTA: *Con fundamento en la pretensión primera de la reforma de la demanda de reconvención presentada por la* ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI,*** *de las solicitudes de la Procuraduría General de la Nación coadyuvadas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del ejercicio de las potestades oficiosas que le atribuye la ley al Tribunal, declarar la* ***NULIDAD ABSOLUTA,*** *por objeto y causa ilícitos y por haber sido celebrado con abuso y desviación de poder, del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre el entonces* ***INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO,*** *posición que hoy ostenta la* ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI*** *y la* ***CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.,*** *por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

QUINTA: *Con fundamento en la pretensión segunda de la reforma de la demanda de reconvención presentada por la* ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI,*** *de las solicitudes de la Procuraduría General de la Nación coadyuvadas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del ejercicio de las potestades oficiosas que le atribuye la ley al Tribunal, declarar la* ***NULIDAD ABSOLUTA,*** *por objeto y causa ilícitos, del Otrosí No. 3 suscrito el 15 de julio de 2013, modificado el 13 de marzo de 2014, y el Otrosí No. 6 suscrito el 14 de marzo de 2014, junto con*

sus actas complementarias, que adicionaron el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrados entre la ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI*** *y la* ***CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.,*** *por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

SEXTA: *Con fundamento en la pretensión segunda de la reforma de la demanda de reconvención presentada por la* ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI,*** *de las solicitudes de la Procuraduría General de la Nación coadyuvadas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del ejercicio de las potestades oficiosas que le atribuye la ley y como consecuencia de la decisión* ***CUARTA*** *anterior, declarar la* ***nulidad absoluta,*** *de los Otrosíes Nos. 1 del 11 de marzo de 2013, No. 2, del 5 de abril de 2013, No. 4 del 28 de octubre de 2013, No. 5 del 19 de diciembre de 2013, No. 7 del 14 de marzo de 2014, No. 8 del 23 de diciembre de 2014, No. 9 del 4 de diciembre de 2015 y No. 10 del 3 de noviembre de 2016, junto con sus actas y protocolos complementarios, y los demás acuerdos contractuales de ellos derivados, celebrados entre la* ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI*** *y la* ***CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.,*** *por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

SÉPTIMA: *Como consecuencia de las decisiones* ***CUARTA*** *a* ***SEXTA*** *anteriores, negar las Pretensiones de las demandas arbitrales reformadas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

OCTAVA: *Como consecuencia de las decisiones* ***CUARTA*** *a* ***SEXTA*** *anteriores, negar las Pretensiones Principales tercera a quinta y todas las pretensiones subsidiarias de la demanda de reconvención reformada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

NOVENA: *Como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, sus Otrosíes y demás acuerdos contractuales, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y en estricto cumplimiento de la Sentencia C-207 de 2019 proferida por la Corte Constitucional, fijar en la suma de* ***DOSCIENTOS ONCE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS CINCO MIL QUINIENTOS SESENTA Y UN PESOS ($211.273.405.561),*** *el valor de los reconocimientos que la* ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI*** *debe efectuar a favor de la* ***CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.***

DÉCIMA: *Para ejecutar la decisión* ***NOVENA*** *anterior, ordenar a la* ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI*** *disponga de los recursos que se encuentran en el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2, administrado por la Fiduciaria Corficolombiana S.A., en la cuantía de* ***CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL CINCUENTA Y SEIS MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL TRESCIENTOS VEINTICINCO PESOS CON SETENTA Y DOS CENTAVOS ($187.056.125.325,72),*** *junto con los rendimientos que pueda producir hasta el momento del retiro, los cuales serán utilizados para pagar las deudas con terceros de buena fe, en los términos expuestos y en el estricto orden fijado en la parte motiva de esta providencia.*

DÉCIMA PRIMERA: *Para ejecutar la decisión* ***NOVENA*** *anterior, ordenar complementariamente a la* ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI realizar el pago de la suma de VEINTICUATRO MIL DOSCIENTOS DIECISIETE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON VEINTIOCHO CENTAVOS ($24.217.280.235,28)*** *o el saldo faltante que resulte luego de utilizados los recursos a los que se refiere la decisión Décima anterior, en los términos del numeral ii) del Parágrafo Primero del Artículo 20 de la Ley 1882 de 2018. Para ello, deberá igualmente direccionar los recursos hacia*

terceros de buena fe, en los precisos términos expuestos y en el orden estrictamente fijado en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMA SEGUNDA: *Negar las declaraciones solicitadas relacionadas con los juramentos estimatorios de las demandas arbitrales reformadas y de reconvención reformadas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

DÉCIMA TERCERA: *Negar las declaraciones solicitadas de condena relacionadas con gastos, agencias en derecho y costas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

DÉCIMA CUARTA: *Denegar cualquier otra pretensión de las demandas arbitrales y de reconvención, distintas a las anteriormente resueltas.*

DÉCIMA QUINTA: *Ordenar el envío por la Secretaría de copia de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.*

DÉCIMA SEXTA: *Ordenar el envío de copia de este Laudo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*

DÉCIMA SÉPTIMA: *Disponer que, en su oportunidad, se devuelva, para su archivo, el expediente contentivo de este proceso arbitral al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*

3. Las partes solicitaron oportunamente aclaración del laudo, la cual fue resuelta mediante auto del 16 de agosto de 2019, en el cual el Tribunal de Arbitramento resolvió:

Primero. - Agregar al Expediente los documentos relacionados en el Informe Secretarial.

Segundo: Aclarar que cuando el Tribunal decidió en la resolución novena del Laudo proferido el 6 de agosto de 2019 que la ANI debe realizar el pago de $24.217.280.235,28 "o el saldo faltante que resulte luego de utilizados los recursos a los que se refiere la decisión Décima anterior, en los términos del numeral ii) del Parágrafo Primero del Artículo 20 de la Ley 1882 de 2018" se refiere al procedimiento previsto en dicho numeral para completar los recursos de la Fiducia que no alcancen para pagar los reconocimientos hechos por el Tribunal, de manera que no puede haber ningún desembolso de la ANI o de la Nación en su nombre en exceso de los $24.217.280.235,28 mencionados.

De esta manera, la frase citada entre comillas lo único que pretende es armonizar esta cifra de $24.217.280.235,28 con el hecho cierto de que el Tribunal no tiene clara la fecha o fechas en las cuales se realizarán los respectivos desembolsos por $187.056.125.325,72 con cargo a los recursos existentes en el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2, razón por la que no puede desconocer que esta última suma, que se encuentra en la Fiducia, se mantendrá generando rendimientos financieros hasta su retiro definitivo. En consecuencia, la suma de $24.217.280.235,28 que en principio tendría que ser dispuesta por la ANI para completar la suma de $211.273.405.561 objeto del laudo, es apenas un referente calculado hasta la fecha en que se profirió el mismo, pues seguramente va a tener un monto

inferior dados los respectivos rendimientos financieros de la Fiducia causados con posterioridad al 6 de agosto de 2019. Es así como el Tribunal determinó que debería cumplirse su determinación en el sentido de que los reconocimientos tienen una cuantía total de $211,273.405.561, ni un peso más, ni un peso menos. En definitiva, la suma de $211.273.405.561 fue el único reconocimiento que se hizo en el Laudo de acuerdo con la Ley 1882 de 2018 a favor de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y con base en lo previsto en dicha ley y en la sentencia C-207 de 2019 de la Corte Constitucional, dicha suma debe direccionarse para el pago de las obligaciones en favor de terceros de buena fe.

Obligaciones a favor de terceros de buena fe y otros acreedores que no se alcancen a cubrir con tales recursos y hasta el límite de $211.273.405.561, deben ser cubiertos o satisfechos por sus deudores -concesionaria ruta del sol o el consorcio Consol- o por sus avalistas o garantes y en ningún caso por la ANI o la Nación con recursos Públicos y por ello para satisfacer tales obligaciones ya no es aplicable la ley 1882 de 2018.

Tercero. - Aclarar que el laudo proferido el 6 de agosto de 2019 no tiene el anexo mencionado en la página 693 y que la frase según el cuadro anexo se trata de un error de transcripción.

Cuarto. - Aclarar que las cifras que fueron presentadas en el numeral 2.7.5, del laudo proferido el 6 de agosto de 2019 (p-689) debe leerse así: cifras expresadas en miles de pesos.
Quinto. - con fundamento en las consideraciones expresadas en la parte motiva de esta providencia, denegar, por improcedentes, las demás solicitudes de aclaración, corrección y adición y/o complementación del laudo arbitral proferido el 6 de agosto de 2019, formuladas por los sujetos procesales …

4. Recurso de anulación

Contra el Laudo Arbitral proferido el 6 de agosto de 2019 y el Auto del 16 de agosto siguiente que resolvió las solicitudes de aclaración, los días 27 y 30 de septiembre de 2019 presentaron recurso extraordinario de anulación: La Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., Sociedad Estudios y Proyectos del Sol – EPISOL S.A.S.-, Itaú Corpbanca Colombia S.A., Banco de Bogotá S.A., Banco Popular S.A., Banco de Occidente S.A. y Banco AV Villas S.A., Banco Davivienda S.A., Bancolombia S.A., Fiduciaria Corficolombiana S.A., Sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. y Constructora Norberto Odebrecht S.A.. Las causales alegadas y su sustentación serán expuestos al resolver sobre cada una de ellas.

5. Traslado de los recursos de anulación

El Tribunal de Arbitramento, el 2 de octubre de 2019, corrió traslado de los recursos de anulación interpuestos contra el Laudo Arbitral a la parte convocada Agencia

Nacional de Infraestructura ANI, al Agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (f. 472, c. Recursos).

El 24 de octubre de 2019, la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, presentó oposición a los recursos de anulación interpuestos en contra del Laudo Arbitral. Igualmente, presentó concepto el Ministerio Público, en el cual solicitó desestimar los recursos de anulación y lo mismo hizo la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, mediante argumentos que, igualmente, serán analizados al resolver sobre tales recursos (f. 473 a 628, c. Recursos).

Mediante memorial del 30 de octubre de 2019, el Secretario del Tribunal Arbitral remitió al Consejo de Estado los recursos de anulación presentados en contra del Laudo Arbitral proferido el 6 de agosto de 2019 así como las oposiciones a los mismos (f. 629, c. Recursos).

Mediante Auto del 11 de diciembre de 2019, se resolvió avocar conocimiento del recurso de anulación, el cual entró a despacho para proveer el 11 de febrero de 2020 (f. 635 y 675, c. ppl).

Mediante memorial enviado vía correo electrónico a la Secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación el 8 de mayo de 2020, el doctor José Roberto Sáchica Méndez presentó renuncia al poder especial que le fuera otorgado por las entidades bancarias Banco de Bogotá S.A., Banco Popular S.A., Banco de Occidente S.A., y Banco AV Villas S.A., para actuar dentro del presente proceso, de lo cual fueron informados los referidos poderdantes (f. 679 a 681, c. ppl).

Obra así mismo, memorial recibido por correo electrónico en la Secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación el 27 de mayo de 2020, por medio del cual el abogado Luis Carlos Sáchica Velásquez presentó poder que le fuera otorgado por el Banco Popular S.A., Banco de Occidente S.A., Banco de Bogotá S.A. y Banco AV Villas S.A. a la sociedad Sáchica & Sáchica Abogados S.A.S., a nombre de la cual actuará en el proceso de la referencia (f. 682 y sgtes).

El doctor José Roberto Sáchica Méndez, habiéndose posesionado como Consejero de Estado, mediante memorial presentado el 10 de agosto de 2020, presentó

impedimento para conocer del presente proceso con fundamento en la causal del numeral 12 del artículo 141 del Código General del Proceso[8].

CONSIDERACIONES

1. Jurisdicción y competencia

La demanda arbitral que dio origen al proceso se presentó el 9 de diciembre de 2015, esto es, en vigencia del CPACA y del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, contenido en la Ley 1563 de 2012. Por tanto, la Sección Tercera del Consejo de Estado tiene jurisdicción y competencia para resolver el recurso extraordinario de anulación, de conformidad con el numeral 7 y el parágrafo del artículo 104 del CPACA, en concordancia con el artículo 149.7 de la misma codificación[9], y el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012[10], que determinan que esta Corporación conoce, en única instancia, de los recursos de anulación originados en

---

[8] http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/Casos/list_procesos?guid=11001032600020190016800

[9] "Artículo 104. *De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*. *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:

"(…) 7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado".

"*Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:*

"(…) 7. Del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra la sentencia que resuelva este recurso sólo procederá el recurso de revisión.

"(…) *Parágrafo. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%"*.

[10] "*Artículo 46*. *Competencia. Para conocer del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, será competente la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial del lugar en donde hubiese funcionado el tribunal de arbitraje. // Será competente para conocer del recurso extraordinario de revisión de laudos arbitrales la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. // 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*".

contratos estatales, sin importar la cuantía de las pretensiones y en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas.

Además, el artículo 13 del Acuerdo 080 del 12 de marzo de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado –por medio del cual expidió su reglamento interno- radicó en esta Sección la competencia para conocer de "*los procesos de nulidad de los laudos arbitrales originados en contratos estatales*".

En el presente caso, el contrato de concesión sobre el cual recayó el laudo arbitral objeto del presente recurso de anulación, fue suscrito por el Instituto Nacional de Concesiones INCO, establecimiento público del orden nacional, creado por el Decreto Ley 1800 de 2003; mediante el artículo 1º del Decreto Ley 4165 del 3 de noviembre de 2011, se cambió su naturaleza jurídica por la de agencia nacional estatal de naturaleza especial con personería jurídica, y su nombre pasó a ser el de Agencia Nacional de Infraestructura, razón por la cual la Sala es competente para conocer del presente proceso.

2. El recurso extraordinario de anulación: naturaleza y características

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en su jurisprudencia, se ha referido a la naturaleza, las características y las particularidades que identifican esta clase de impugnaciones extraordinarias[11], aspectos que se concretan de la siguiente manera:

i) El recurso de anulación de laudos arbitrales es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso.

ii) El recurso tiene como finalidad controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral, en principio, por errores *in procedendo*, por lo cual a través de él no puede pretenderse atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, esto es, errores *in iudicando.* Ello significa que no le es dable al juez del laudo, examinar si el tribunal de arbitramento obró o no de acuerdo con el derecho sustancial, ni tampoco revivir

[11] Reiteración jurisprudencial: al respecto pueden consultarse las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871; de 26 de marzo de 2008, exp. 34.071; de 13 de agosto de 2008, exp. 34.594; de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, entre muchas otras.

un nuevo debate probatorio o entrar a considerar si hubo un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente tribunal, dado que el juez de la anulación no ha sido instituido como superior jerárquico o funcional del tribunal arbitral y, como consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo, al punto de poder modificar las decisiones plasmadas en el laudo por el hecho de que no comparta sus criterios o razonamientos.

iii) Excepcionalmente, el juez de la anulación podrá corregir o adicionar el laudo, pero solo en aquellos específicos eventos en que prospere la causal de anulación contenida en el numeral octavo del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, consistente en contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutiva o influyan en ella, o la causal de incongruencia, por no haberse decidido la totalidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos que no estuvieron sujetos a la decisión de los mismos, así como por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con la causal de anulación prevista en el numeral noveno de la misma norma, tal y como lo dispone el artículo 43 de la Ley 1563.

iv) Los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado “principio dispositivo”, por cuya virtud debe limitarse exclusivamente a resolver sobre lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación de su respectivo recurso; el objeto que con dicho recurso se persigue se debe encuadrar dentro de las precisas causales que la ley consagra[12]; como consecuencia, en principio, no le es permitido al juez de la anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir causales no invocadas y, menos aún, para pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación[13].

[12] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de agosto de 1994, exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, exp. 6751, M.P. Juan de Dios Montes, reiteradas por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, M.P. Hernán Andrade Rincón.
[13] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, M.P. Hernán Andrade Rincón.

v) El recurso de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; "*tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados*"[14].

vi) Dado el carácter restrictivo que identifica el recurso extraordinario de anulación, su procedencia se encuentra condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que se invocan en forma expresa y que a la vez deben tener correspondencia con aquellas causales que de manera taxativa consagra la ley para ese efecto; por tanto, el juez de la anulación, en principio, debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas expresamente en la ley –artículo 41 de la Ley 1563 de 2012–.

3. Análisis de las causales de anulación del laudo arbitral

Los distintos recurrentes, alegaron las siguientes causales del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012:

- Concesionaria Ruta del Sol S.A.S: Numerales 7, 8 y 9.
- Sociedad Estudios y Proyectos del Sol EPISOL S.A.S.: Numerales 2 -falta de competencia-, 7 y 8.
- Itaú Corpbanca S.A.: Numerales 2 -falta de competencia-, 4, 7 y 9.
- Banco de Bogotá S.A., Banco Popular S.A., Banco de Occidente S.A. y Banco AV Villas S.A.: Numeral 2 -caducidad de la acción, falta de competencia y falta de jurisdicción-.
- Banco Davivienda S.A.: Numerales 1, 2 -falta de jurisdicción, como consecuencia de la primera-, 4 y 7.
- Bancolombia S.A.: Numerales 7, 8 y 9.
- Fiduciaria Corficolombiana S.A.: Numerales 2 -falta de jurisdicción o competencia- 4, 7, 8 y 9.

[14] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5326, posición reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, M.P. Hernán Andrade Rincón.

- Sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.: Numerales 2 -caducidad de la acción-, 7 y 9.
- Constructora Norberto Odebrecht S.A.: Numerales 2 -caducidad de la acción- y 7.

Para efectos de facilitar el estudio y decisión de dichos recursos, se analizará cada una de las causales que, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, fueron alegadas, consignando lo dicho por los recurrentes y los oponentes, para establecer, a continuación, si se configuraron o no.

1) Numeral 1º del artículo 41: La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral.

1.1. Esta causal fue alegada por el Banco Davivienda S.A., el que sostuvo que, si bien intervino en el proceso como coadyuvante cuando ya se habían practicado casi todas las pruebas, debió ser vinculado al proceso como litisconsorte necesario luego de la expedición de la Ley 1882 de 2018, en virtud de lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012, para que manifestara si adhería o no al pacto arbitral. Al no haber sido citado para ello, tal pacto no le era oponible y, el laudo, que decidió con efectos de cosa juzgada sobre derechos de los que es titular dicha entidad financiera *-lo que implicó además que, por esta misma circunstancia, el Tribunal carecía de jurisdicción para continuar el trámite-*, debe ser anulado (f. 231 a 267, c. de Recursos).

Adujo que los efectos de cosa juzgada se derivan de lo dispuesto por el Laudo Arbitral respecto de los reconocimientos surgidos de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001 de 2010, del cual no hizo parte Davivienda, y recaen sobre las obligaciones que tiene la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. con el Banco, en virtud del contrato de crédito celebrado entre ellos.

Al entrar a regir la Ley 1882 de 2018 *-que dispone los reconocimientos a favor de terceros acreedores de buena fe que se deben ordenar como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de asociación público privada-*, el Tribunal debió prever que el Laudo tendría tales efectos de cosa juzgada sobre terceros que no habían suscrito el pacto arbitral y, por lo tanto, debió dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012, que dispone

que el Tribunal debe citar a aquellas personas que, no habiendo hecho parte del pacto arbitral, deben manifestar expresamente si adhieren o no a él, cuando quiera que el laudo haya de generar efectos de cosa juzgada para ellas.

Adujo que su participación como tercero coadyuvante en el proceso, no le extiende la aplicación del pacto arbitral de manera forzosa, no subsana la falta de citación para adherir al mismo, y que no se le puede exigir el requisito de procedibilidad de la causal consistente en haber interpuesto recurso de reposición en contra del auto mediante el cual el Tribunal Arbitral asumió su competencia, pues su intervención no se produjo por citación del Tribunal sino a solicitud suya, en una etapa posterior del proceso.

1.2. Oposición de la ANI a esta causal:

1.2.1. La convocada Agencia Nacional de Infraestructura ANI[15], frente a esta causal, sostuvo que la recurrente actuó en el proceso arbitral como coadyuvante de

[15] En general, la entidad convocada en el proceso arbitral, Agencia Nacional de Infraestructura ANI, se opuso a los recursos extraordinarios de anulación interpuestos en contra del Laudo Arbitral del 6 de agosto de 2019, por cuanto considera que se trata de revivir el debate probatorio y de fondo sobre las controversias sometidas a decisión del Tribunal Arbitral y porque no se agotaron los requisitos de procedibilidad de las causales aducidas. En efecto, consideró que los cuestionamientos efectuados por los recurrentes corresponden a una apelación que se pretende pasar por anulación, desconociendo el mandato del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, de conformidad con el cual la autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo. Sin embargo, los recurrentes pretenden que el Consejo de Estado se comporte como un juez de instancia y haga un nuevo análisis de lo resuelto en el Laudo Arbitral impugnado, por cuanto, en últimas, no estuvieron de acuerdo con las cifras económicas finales del mismo. En relación con los recursos interpuestos por los coadyuvantes de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., pidió que sean rechazados de plano 5.1. Respecto de la legitimación en la causa para interponer el recurso de anulación por parte de los coadyuvantes, la ANI adujo el artículo 71 del CGP, que contempla las facultades de esta clase de sujetos procesales, con fundamento en el cual consideró que todos los recursos fueron improcedentes, *"(…) por exceder el marco del tiempo en el que se admite la intervención y actuación del coadyuvante. Adicionalmente, se trata de recursos que claramente exceden lo alegado por la parte y, peor aún, contradicen los argumentos y el marco del recurso fijado por la propia parte".* Explicó que, según el referido artículo 71, *"podrá intervenir en el proceso como coadyuvante (…) mientras no se haya dictado sentencia de única o de segunda instancia",* lo que, a su juicio, significa que la actuación del coadyuvante sólo se extiende hasta la sentencia y, por lo tanto, le está vedado intervenir con posterioridad, por lo que no podría interponer el recurso de anulación contra el laudo arbitral, además porque la misma norma en su inciso tercero limita la coadyuvancia a los procesos declarativos, cuyo objeto es definir la existencia, modificación o extinción de un determinado derecho, por lo que proferida la sentencia de única o segunda instancia, la relación jurídico sustancial ha sido definida en todos sus extremos y se han determinado las obligaciones claras y expresas que pueden ser ejecutadas de forma inmediata, por lo que ha cesado la posibilidad de intervención del coadyuvante. Máxime teniendo en cuenta que la finalidad del recurso extraordinario de anulación ataca la cosa juzgada por meros vicios de procedimiento y no se trata de la continuidad de un proceso declarativo ni de la reapertura de un debate de fondo respecto de la decisión tomada por el Tribunal. De la misma manera, la ANI afirmó que la intervención y los actos del coadyuvante estaban limitados por la imposibilidad de disponer del derecho en litigio y la prohibición de ir en contravía de los actos de

la convocante, sin manifestar en momento alguno la supuesta inoponibilidad del pacto arbitral o sostener que su condición era la de parte o litisconsorte y que como tal se le debió invitar a adherir al pacto. Aparte de adjudicarse una calidad de sujeto procesal que no le corresponde, el cargo tampoco es procedente porque no se cumplió el requisito de procedibilidad de la causal, al no haber sido alegado en la debida oportunidad (f. 604 a 628, c. Recursos).

1.2.2. Oposición del Ministerio Público a esta causal:

La Procuradora 55 Judicial Administrativa[16], en relación con esta causal alegada por Davivienda S.A., sostuvo que el Banco no tenía la calidad de litisconsorte necesario en el proceso arbitral, en la medida en que no suscribió el Contrato de Concesión objeto de la controversia y que así lo reconoció la entidad financiera, cuando pidió ser incluida en el trámite arbitral en calidad de tercero, como coadyuvante de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., lo cual fue aceptado por el Tribunal de Arbitramento el 31 de mayo de 2018, en atención a la relación sustancial entre el Banco y la Concesionaria, a la cual no se extienden los efectos

---

la parte, *"(…) de tal suerte que los recursos autónomamente interpuestos por los coadyuvantes desconocen este límite y devienen en improcedentes, máxime cuando los mismos se estructuran bajo argumentos y reproches no aducidos por la propia parte e incluso, contradictorios en su alcance y naturaleza",* resaltando que en el presente caso, varios de los recursos interpuestos por los coadyuvantes alegaron causales no invocadas por la parte coadyuvada. 5.2. Por otra parte, la ANI adujo que, aún en el evento de admitir la posibilidad de los coadyuvantes de interponer el recurso de anulación, las causales invocadas y los fundamentos de sus recursos pretenden reabrir el debate de fondo y controvertir la decisión que en derecho adoptó el Tribunal, pues *"(…) se contraen, en su mayoría, a discutir las razones de fondo o la esencia jurídica y valoración probatoria que efectuó el Tribunal en su Laudo".*

[16] F. 538 a 603, c. Recursos. La Delegada del Ministerio Público presentó concepto en el cual se opuso en su integridad a los recursos de anulación formulados contra el Laudo Arbitral y su Auto Aclaratorio y solicitó que los mismos sean desestimados. En primer término, el Ministerio Público destacó que todos los intervinientes en el trámite arbitral contaron con la plenitud de las garantías sustanciales y procesales y no se vulneró ningún derecho fundamental. Los terceros interesados en el trámite fueron debidamente vinculados y sus solicitudes fueron atendidas, a las entidades financieras se les reconoció legitimidad procesal en su condición de coadyuvantes, como lo solicitaron, y en cuanto a ellas, como bien lo reconocieron, el laudo arbitral no tuvo efectos de cosa juzgada respecto de sus intereses. De igual forma, sostuvo que el Laudo contó con bases probatorias y referentes válidos, eficaces y pertinentes, y los árbitros ejercieron las atribuciones que la ley les confiere para decretar, practicar y valorar las pruebas, así como para adoptar una decisión en derecho, por lo que advierte que las partes impugnantes, en realidad lo que persiguen es abrir una segunda instancia en la controversia y destacó que *"el dolo y la culpa de las partes y los terceros en un contrato no pueden ser fuente de derechos con recursos del erario. En especial, para un contrato de concesión donde los pagos con recursos públicos están limitados a los avances de la infraestructura efectivamente realizados".* A continuación, verificó el cumplimiento de los requisitos formales del recurso de anulación interpuesto por los recurrentes, en cuanto a oportunidad y alegación y sustentación de las causales de anulación propuestas, y procedió a analizarlas una por una.

jurídicos de la sentencia, pero que podía afectarse si dicha parte fuese vencida, en virtud del artículo 71 del C.G.P. (f. 538 a 603, c. Recursos).

Por tal razón, no le era aplicable el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012, pues la relación jurídica debatida en el proceso correspondía exclusivamente a las partes del contrato, ANI y Concesionaria y, por lo tanto, no se requería la adhesión del Banco Davivienda S.A. al pacto arbitral, *"(…) para que el Tribunal cumpliera con la obligación contemplada en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, en cuanto a ordenar el pago de remanentes, después del pago de las acreencias de terceros, cuya prestación hubiese de reconocerse".*

Además de lo anterior, conforme a lo resuelto en el Laudo, no se crearon en él obligaciones respecto del recurrente, pero sí fue objeto de unos derechos, conforme a la prelación establecida por el Tribunal, en aplicación del artículo 20 de la Ley 1882, *"(…) acorde con el litigio puesto a su consideración por parte de los contratantes, que no le daba competencia al Tribunal para reconocer y pagar las obligaciones de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S a favor de otras relaciones contractuales, como lo son las efectuadas con el Banco Davivienda en virtud de los contratos de crédito".*

1.2.3. Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado:

En relación con esta causal de anulación alegada por Davivienda S.A., la Agencia[17] manifestó que si bien la entidad financiera no suscribió el pacto arbitral e intervino en

[17] f. 473 a 528, c. Recursos. Antes de estudiar cada uno de los cargos aducidos por los recurrentes, la Agencia se opuso a todos los recursos de anulación interpuestos en contra del Laudo Arbitral impugnado, por considerar que, en realidad, todos envuelven una apelación en contra de la decisión, derivada de la inconformidad de los accionantes con las resultas del proceso, lo cual no puede ser materia de este recurso extraordinario, instaurado para corregir errores *in procedendo* y no errores *in iudicando* o cuestiones de fondo, como lo pretenden los recurrentes, pues al juez del recurso no le es posible revivir el debate probatorio que se adelantó en el proceso arbitral, ni entrar a cuestionar los razonamientos jurídicos o la valoración probatoria que efectuó el Tribunal de Arbitramento, y los recursos de anulación no se convierten en una segunda instancia, por lo que el Laudo Arbitral no puede ser atacado por supuestos errores en el juzgamiento. Adicional a lo anterior: 1) Los partícipes en el proceso arbitral, en varias oportunidades a lo largo del proceso arbitral manifestaron su conformidad con el saneamiento de eventuales nulidades, cuando se efectuó el control de legalidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 132 del CGP. 2) Todos los terceros coadyuvantes del demandante tuvieron la ocasión de conocer y comparecer al trámite arbitral a partir de que fueron citados, algunos guardaron silencio, otros manifestaron su falta de interés para comparecer y se reservaron tal facultad a discreción en el tiempo. 3) Los bancos financiadores del proyecto, el patrimonio autónomo y su vocero, aún cuando eran conocedores del trámite arbitral, estratégicamente decidieron su participación en el tiempo en que consideraron oportuno, por lo que debieron asumir el proceso en el estado en que se

el proceso en la restringida calidad de tercero coadyuvante, como sostuvo en su recurso, ello no fue por decisión del Tribunal, sino como consecuencia de su tardía intervención en el trámite, donde no presentó pretensiones propias sino que coadyuvó las de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., por lo que no es cierto que el Laudo tenga efectos de cosa juzgada frente al banco, quien contaba a su favor con la acción ejecutiva derivada de los pagarés y demás garantías otorgadas por el deudor a su favor.

Sobre la afirmación de que el laudo generó efectos de cosa juzgada para el Banco Davivienda y que el Tribunal debió identificar esa situación desde la entrada en vigencia de la Ley 1882 de 2018, sostuvo la Agencia que todos los argumentos esgrimidos en este cargo, tendientes a sostener que tanto la nulidad del contrato como su liquidación, generaron efectos de cosa juzgada sobre las obligaciones que tiene la Concesionaria con el Banco Davivienda en virtud del crédito celebrado entre ellos, lo que permiten advertir, teniendo en cuenta cuál fue la posición procesal y argumentativa de los bancos, en su conjunto, durante el trámite arbitral, es la inconformidad de los mismos al no haber obtenido una decisión judicial acorde con sus intereses en el proceso, a lo que agregó que *"(…) ni DAVIVIENDA S.A., ni los demás bancos recurrentes en la presente anulación, tenían, ni pueden tener, la calidad de litisconsortes necesarios en la medida en que no suscribieron el Contrato de Concesión 001 de 2010".*

En cuanto a la afirmación de que el Tribunal no surtió el proceso de adhesión al pacto arbitral de conformidad con el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012, la Agencia manifestó que, si bien esto fue cierto, tal trámite no era necesario, en la medida en que Davivienda S.A. no era parte en el proceso, *"(…) y en conjunto con los demás bancos y el patrimonio autónomo solicitó expresamente ser admitido como coadyuvante de las pretensiones de la demandante (…)",* condición en la que actuó y se manifestó a favor del saneamiento de nulidades que se produjo dentro del

---

encontraba, lo que no fue óbice para que aportaran pruebas y participaran en la etapa de producción, práctica y contradicción de las mismas. 4) Ninguno de los coadyuvantes del demandante se mostró en desacuerdo con la posibilidad de que se declarara la nulidad absoluta del contrato y aportaron pruebas para recibir los reconocimientos y/o remuneraciones. 5) Una vez reconocidos en el proceso, los coadyuvantes del demandante, en función del desarrollo de las probanzas técnicas, ejercieron toda clase de acciones tendientes a invalidar la prueba que era desfavorable a sus intereses particulares, con el objeto de que solo primaran las experticias de parte afectas a sus intereses. 6) Todos los recursos de anulación planteados por los partícipes en el trámite arbitral denuncian aparentes vicios de juzgamiento, no procedimentales.

proceso al culminar cada una de sus etapas. Recordó que la intervención de Davivienda se dio a partir del 24 de mayo de 2018, en vigencia de la Ley 1882 de 2018, y en su actuar conjunto con los demás bancos, nunca planteó la necesidad de adherir al pacto arbitral, pero sí ejerció, en su calidad de coadyuvante, todos sus derechos y facultades, con el ánimo de obtener en el Laudo reconocimientos y/o restituciones.

En cuanto a que la participación de Davivienda como tercero coadyuvante no subsana la falta de citación para adherir al pacto arbitral, la Agencia insistió, frente a este argumento, en que la Ley 1882 de 2018 no fue expedida después de que los bancos comparecieran tardíamente al trámite, sino que fueron éstos quienes desde el 24 de mayo de 2018, en conjunto, solicitaron su admisión expresamente como terceros coadyuvantes del demandante, y en esa condición actuaron hasta el 6 de agosto de 2019, y que en su condición de terceros aprobaron el saneamiento procesal de nulidades y aspiraron a obtener de la anulación del contrato por objeto o causa ilícitos, que se les reconociera la condición de terceros y se efectuaran las restituciones económicas a su favor.

1.3. Consideraciones de la Sala:

El numeral 1º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, que consagra las causales de anulación del laudo arbitral, dispone:

> ***ARTÍCULO 41. CAUSALES DEL RECURSO DE ANULACIÓN.*** *Son causales del recurso de anulación:*
>
> *1. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> La inexistencia, invalidez* ***~~absoluta~~*** *o inoponibilidad del pacto arbitral.*

En el presente caso, el cargo que adujo Davivienda S.A., es el de la inoponibilidad del pacto arbitral.

En primer término, se advierte que el artículo 41 referido, establece en su penúltimo inciso que las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia, razón que hace necesario estudiar, antes que nada, la

procedencia de la causal alegada, desde el punto de vista del cumplimiento de este requisito de procedibilidad.

Al respecto, observa la Sala que el recurrente Banco Davivienda S.A., actuó en el proceso arbitral en calidad de coadyuvante de la parte convocante, Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., vinculación que solicitó el 24 de mayo de 2018 y que fue admitida por el Tribunal Arbitral mediante Auto No. 99 del 31 de mayo de 2018.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que, para la fecha en que el Tribunal Arbitral asumió la competencia para conocer de las controversias planteadas por las partes, lo cual sucedió mediante Auto No. 63, proferido en la primera audiencia de trámite, el 3 de octubre de 2017, el Banco Davivienda S.A., aún no había sido vinculado al proceso.

Visto lo anterior, surge la pregunta de si, a pesar de no ser aún sujeto procesal para ese momento, se le puede exigir el cumplimiento del requisito de procedibilidad de la causal de anulación del laudo arbitral.

Al respecto, resulta necesario recordar lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 71 del C.G.P., relativo a la coadyuvancia, norma que dispone:

> *El coadyuvante tomará el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención y podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de esta y no impliquen disposición del derecho en litigio.*

De acuerdo con lo anterior, es claro que el proceso, por la intervención posterior del coadyuvante, no debía retrotraerse al momento en el cual los árbitros asumieron la competencia para conocer de las controversias planteadas por las partes, para darle la oportunidad a aquel de impugnar tal decisión, que ya se encontraba en firme.

En tales condiciones, considera la Sala que, el referido requisito de procedibilidad de la causal de anulación, sólo puede predicarse frente a quienes ya habían sido admitidos en el proceso para el momento en el que el Tribunal Arbitral asumió su competencia, pero no se puede exigir respecto de otros actores procesales cuya intervención se produjo y se admitió con posterioridad, sobre todo teniendo en

cuenta la justificación del referido requisito, que apunta a garantizar la lealtad en las actuaciones y la buena fe procesal de las partes, y evitar que éstas obren sorpresivamente una vez proferido el laudo, alegando circunstancias tendientes a anularlo, que pudieron haberlo sido durante el proceso arbitral, cuando tuvieron la oportunidad de hacerlo.

> *En efecto, si el auto de asunción de competencia arbitral cobra ejecutoria sin que se recurra invocando la inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral, tales defectos sustanciales (incluso la ilicitud del objeto o la causa) se habrán subsanado y no podrán hacerse valer por medio de recurso de anulación contra el laudo. Esta interpretación es razonable y acorde con la buena fe procesal, porque elimina la posibilidad de que alguna de las partes sorprenda a la otra invocando vicios sustanciales del pacto arbitral que no hizo valer durante el proceso*[18]*.*

Si, de un lado, el ahora recurrente no tuvo la oportunidad de interponer recurso de reposición en contra del auto mediante el cual el Tribunal Arbitral asumió competencia, porque aún no se hallaba vinculado al proceso, y si, de otro lado, la ley le permite tomar el proceso en el estado en que se encuentre cuando sea vinculado y ejercer todas las actuaciones procesales permitidas a la parte que ayuda *-entre ellas, presentar el recurso de anulación-*, no resulta jurídicamente razonable imponerle un requisito de imposible cumplimiento para ejercer tales derechos, motivo por el cual procederá la Sala a estudiar el respectivo cargo de inoponibilidad del pacto arbitral propuesto por el Banco Davivienda S.A.

Al respecto, es necesario recordar que la justicia arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al que pueden acudir libremente las partes de una determinada relación jurídica, para que sean unos particulares, investidos temporalmente de la función de administrar justicia, quienes diriman el litigio presente o futuro que surgiere entre ellas, respecto de asuntos de libre disposición o autorizados por la ley. Para ello, se requiere de la existencia del respectivo pacto arbitral suscrito por las partes[19], como acuerdo de voluntades mediante el cual ellas acceden a renunciar a la justicia estatal y someter sus diferencias, surgidas de dicha relación, a la decisión de un tribunal de arbitramento, pacto que puede revestir la

---

[18] Quiroz Gutiérrez, Marcos; *"Recurso de Anulación de Laudos Arbitrales",* Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., 2016, p. 61.
[19] El artículo 3º de la Ley 1563 de 2012, dispone que el pacto arbitral *"(…) es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas".*

modalidad de una cláusula compromisoria, pactada en un contrato para dirimir futuras controversias surgidas de su celebración, ejecución, terminación o liquidación, o de un compromiso, como acuerdo de voluntades para resolver una controversia ya existente y presente entre las partes.

Es decir que dicha renuncia debe ser expresa y sólo vincula, en principio[20], a quienes suscriben el pacto arbitral, en virtud del principio de la relatividad de los contratos o negocios jurídicos, conforme al cual, por regla general, éstos solo producen efectos entre las partes que los celebran y no frente a terceros, es decir aquellos que no tienen vinculación material alguna con la relación jurídica a la que se refiere el pacto arbitral.

Así, como lo ha reconocido la jurisprudencia, *"(…) la inoponibilidad, o ineficacia relativa del negocio jurídico, se reduce a que, como los efectos de los actos de disposición de intereses, por regla general, sólo tienen vocación de afectar a las partes disponentes y no a quienes no han participado en su celebración, los efectos o consecuencias de la celebración del acto dispositivo no pueden afectar a estos o, con otras palabras, les son inoponibles"*[21].

Se observa que la limitación de los efectos del pacto arbitral, se predica respecto de las controversias que surjan entre las partes que lo suscribieron, en razón de un determinado negocio jurídico, las cuales serán objeto de la decisión arbitral que, como las sentencias judiciales, hará tránsito a cosa juzgada. Es esta última circunstancia la que impide que, en principio, en relación con quienes no hayan suscrito el pacto arbitral, el mismo les sea oponible.

La inoponibilidad del pacto arbitral, en el contexto en que es dispuesta por la Ley 1563 de 2012, se refiere entonces a la imposibilidad para el Tribunal de Arbitramento de resolver una controversia en la que una persona que necesariamente deba hacer parte del proceso, se abstenga de suscribir o adherir a

[20] Por disposición legal, los efectos del pacto arbitral pueden extenderse a terceros que no lo han suscrito. Así, por ejemplo, el parágrafo primero del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012, establece que *"Cuando se llame en garantía a una persona que ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que contiene pacto arbitral, aquella quedará vinculada a los efectos del mismo".*
[21] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de abril de 2015, expediente 52556, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

tal acuerdo de voluntades, que envuelve la renuncia a la justicia estatal. Y es por ello, precisamente, que el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012, dispone:

> ***ARTÍCULO 36. INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO.*** *Cuando por la naturaleza de la relación jurídica debatida en el proceso, el laudo haya de generar efectos de cosa juzgada para personas que no estipularon el pacto arbitral, el tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que manifiesten si adhieren o no al pacto. La notificación personal de la providencia que así lo ordene, se llevará a cabo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su decreto.*
>
> *Los citados manifestarán expresamente su decisión de adherir al pacto arbitral dentro de los cinco (5) días siguientes. De no hacerlo, el tribunal declarará extinguidos los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria para dicha controversia. Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los citados. En la misma providencia en la que se declaren extinguidos los efectos del pacto arbitral, los árbitros ordenarán el reintegro a las partes de la totalidad de los honorarios. En estos eventos, no se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad, salvo que se promueva el respectivo proceso ante el juez dentro de los veinte días (20) hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia referida en este inciso.*
>
> *Si todos los citados adhieren al pacto arbitral, el tribunal fijará la contribución que a ellos corresponda en los honorarios y gastos generales.*
>
> *Cuando se trate de integración del contradictorio con quien haya suscrito el pacto arbitral, se ordenará su notificación personal, surtida la cual, el citado tendrá veinte (20) días para pronunciarse, según corresponda a su condición de parte activa o pasiva. Vencido este término, el proceso continuará su trámite.*

La norma es clara al establecer que el deber de citación a cargo del Tribunal, para efectos de la integración del contradictorio, surge cuando se trate de aquellas personas para quienes el laudo pueda generar efectos de cosa juzgada[22].

---

[22] El artículo 303 del C.G.P., que regula la cosa juzgada, dispone: *"**ARTÍCULO 303. COSA JUZGADA.** La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes. // Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos. // En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento. // La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión".*

Ahora bien, los efectos de cosa juzgada[23] que genera una sentencia o laudo arbitral, en cuanto a la intangibilidad, inmutabilidad e impugnabilidad de lo decidido con miras a garantizar un estado de seguridad jurídica, sólo se predican de quienes fueron parte en el respectivo proceso, pues la decisión que le pone fin recae sobre los derechos y obligaciones recíprocos que fueron objeto del estudio y análisis del juzgador, referidos a la relación sustancial que los vinculaba y de la que se derivó el litigio. En palabras de la Corte Constitucional: *"Al operar la cosa juzgada, no solamente se predican los efectos procesales de la inmutabilidad y definitividad de la decisión, sino que igualmente se producen efectos sustanciales, consistentes en precisar con certeza la relación jurídica objeto de litigio".*[24]

A su turno, el Consejo de Estado, refiriéndose al requisito de la cosa juzgada referente a la *"identidad de partes"*, ha manifestado que *"La identidad jurídica de partes, implica que los efectos de una sentencia sólo se extiendan a quienes actuaron dentro del proceso. En consecuencia, si dentro de un proceso dejó de señalarse a determinada persona como parte, no se configura la cosa juzgada, teniendo ésta la posibilidad de iniciar un nuevo proceso. Esto desde el punto de vista del procedimiento civil, pues la sentencia, por regla general, tiene efectos interpartes."* [25] (Las subrayas son de la Sala).

Es por lo anterior que tanto la jurisprudencia como la doctrina[26] han entendido que lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 1563, hace referencia a la citación de los

---

[23] La cosa juzgada es definida por la doctrina como *"(…) la calidad de inmutable y definitiva que la ley otorga a la sentencia y a algunas otras providencias que sustituyen aquella, en cuanto declara la voluntad del Estado contenida en la norma legal que aplica, en el caso concreto".* Devis Echandía, Hernando, p. 503, citado en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 17861, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

[24] Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[25] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 11.405, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Reiterada en sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 17861, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

[26] *"La relación* litisconsorcial *puede presentar las siguientes variantes:* litisconsortes *que suscribieron el pacto arbitral y* litisconsortes *que no han suscrito el pacto arbitral. Al respecto, el artículo 36 de la ley 1563 dispone: (…). Frente a los litis consortes necesarios el artículo 36 exige que cuando por la naturaleza de la relación debatida en el proceso, el laudo que se deba proferir* ***genere efectos de cosa juzgada para quienes no estipularon el pacto arbitral,*** *el tribunal deberá ordenar la citación personal de todas estas personas para que* ***manifiesten si adhieren o no al pacto arbitral.*** *El auto que ordena la citación se deberá notificar personalmente a los* litisconsortes, *dentro de los 10 días siguientes a la fecha de la respectiva providencia. Ahora bien, cuando la notificación no se pueda efectuar a todos los citados, dentro del término indicado de los 10 días, se deberá reunir el tribunal y declarar extinguidos los efectos del pacto arbitral para el caso debatido (…). Igual efecto se producirá si el tercero no adhiere al pacto arbitral dentro de los 5 días siguientes al requerimiento (…)"* (las negrillas son del texto original). Gil Echeverry, Jorge Hernán; *"Régimen Arbitral Colombiano Ley 1563 de 2012",* Grupo Editorial Ibáñez, 2013, p. 614 y 615.

litisconsortes necesarios, sin cuya participación en el proceso, resulta imposible decidir de fondo[27], razón por la cual resulta comprensible que, si citados para que manifiesten si adhieren o no al pacto arbitral se niegan a tal adhesión, deban entenderse extinguidos los efectos del compromiso o la cláusula compromisoria. Así, en relación con lo dispuesto en el anterior estatuto arbitral, en norma similar[28], sostuvo la Corte Constitucional:

> *Esa disposición prevé que en caso de que el laudo genere efectos de cosa juzgada para quienes no estipularon el pacto arbitral y ellos no manifestaran expresamente su adhesión al pacto, entonces "se declararán extinguidos los efectos del compromiso o los de la cláusula compromisoria". Nótese pues que esa norma precisa que si el litisconsorte necesario no participa en el proceso arbitral, entonces éste no continúa, precisamente por cuanto la ley no pretende extender los efectos de un laudo a quien no lo habilitó voluntariamente*[29]*.*

En el presente caso, el Tribunal de Arbitramento fue convocado para dirimir, a través de un laudo arbitral, la controversia surgida entre las partes convocante: Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y convocada: Agencia Nacional de Infraestructura ANI, con ocasión de la ejecución del Contrato de Concesión 001 de

---

[27] El artículo 61 del Código General del Proceso, dispone: *"**Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio.** Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado. // En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término. // Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas. // Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos. // Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio".*

[28] Artículo 30 del Decreto 2279 de 1989, parcialmente subrogado por el artículo 109 de la Ley 23 de 1991 y por el artículo 126 de la Ley 446 de 1998: *"Cuando por naturaleza de la situación jurídica debatida en el proceso, el laudo genere efectos de cosa juzgada para quienes no estipularon el pacto arbitral, el tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que adhieran el arbitramento. La notificación personal de la providencia que así lo ordene, se llevará a cabo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su expedición. // Los citados deberán manifestar expresamente su adhesión al pacto arbitral dentro de los diez (10) días siguientes. En caso contrario se declararán extinguidos los efectos del compromiso o los de la cláusula compromisoria para dicho caso, y los árbitros reintegrarán los honorarios y gastos en la forma prevista para el caso de declararse la incompetencia del tribunal. // Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los citados. // Si los citados adhieren el pacto arbitral, el tribunal fijará la contribución que a ellos corresponda en los honorarios y gastos generales".*

[29] Corte Constitucional, Sentencia C-163 del 17 de marzo de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

2010 celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones INCO -transformado en la Agencia Nacional de Infraestructura- y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., por lo que, frente a ellas, como partes contratante y contratista de esa relación negocial, sin duda alguna, lo decidido en el Laudo Arbitral proferido el 6 de agosto de 2019, hace tránsito a cosa juzgada.

En relación con el Banco Davivienda S.A., se advierte que, al igual que los demás bancos y el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2 -*cuya vocera es la Fiduciaria Corficolombiana S.A.*- vinculados al proceso, fue admitida su intervención en calidad de terceros coadyuvantes de la parte convocante Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., lo que significa que, si bien fueron sujetos procesales dentro del proceso arbitral, no ostentaron la calidad de parte y, por lo tanto, el Laudo Arbitral, frente a ellos, sólo tiene efectos de cosa juzgada respecto de las pretensiones del sujeto procesal coadyuvado, en cuanto a la relación sustancial examinada por el Tribunal de arbitramento.

El artículo 37 de la Ley 1563, que expresamente se refiere a la intervención de otras partes y terceros, en su inciso 5º establece que *"Si se trata de coadyuvante o llamado de oficio, su intervención se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil para esta clase de terceros (…)".*

Por su parte, el C.G.P., en relación con esta clase de sujeto procesal, dispone:

> ***ARTÍCULO 71. COADYUVANCIA.*** *Quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda afectarse si dicha parte es vencida, podrá intervenir en el proceso como coadyuvante de ella, mientras no se haya dictado sentencia de única o de segunda instancia.*
>
> *El coadyuvante tomará el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención y podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de esta y no impliquen disposición del derecho en litigio (…).*

Es claro entonces que no existe respecto del coadyuvante una relación sustancial independiente a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y lo que justifica su participación en el proceso, es el interés de ayudar a una de las partes, de cuyo éxito o fracaso en el proceso depende su propia afectación, por

circunstancias ajenas a la controversia propiamente dicha que se está resolviendo en el proceso entre las partes del mismo.

El Banco Davivienda S.A. afirmó que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, debió ser vinculado al proceso como litisconsorte necesario, ya que al establecer esta ley que los reconocimientos económicos derivados de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de concesión deben hacerse a favor de los terceros de buena fe, debió ser claro para el Tribunal de Arbitramento que, con su decisión, se generarían efectos de cosa juzgada sobre las obligaciones que la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. tiene con el Banco Davivienda en virtud del contrato de crédito celebrado entre ellos.

En relación con esta afirmación, observa la Sala que el Laudo Arbitral declaró la nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001 de 2010, del cual el Banco Davivienda no fue parte. Como consecuencia de una declaratoria de esta naturaleza, lo que se sigue, como regla general, es la definición de las restituciones mutuas a que haya lugar *-entre las partes del contrato anulado, obviamente-*, tema sobre el cual, específicamente en relación con los contratos de asociación público privada y de concesión de infraestructura de transporte, el parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 estableció la forma de hacerlo, al disponer:

> *Parágrafo 1. En los contratos de Asociación Público Privada suscritos o que se suscriban, cuando una autoridad judicial declare la nulidad absoluta del contrato estatal, o cuando una autoridad administrativa o judicial o la respectiva entidad estatal contratante ordene su terminación originada en una causal de nulidad absoluta, en la liquidación[30] se deberá reconocer el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual.*
>
> *(…)*
>
> *El concesionario no podrá recibir como remanente, luego del pago de las acreencias, una suma superior a los aportes de capital de sus socios menos los dividendos decretados, dividendos pagados y descapitalizaciones, lo anterior actualizado por IPC.*
>
> *El reconocimiento de los valores que deba hacer la entidad estatal al contratista en el marco de la liquidación se atenderá así:*

[30] Aquí cabe hacer la aclaración de que la liquidación procede frente a la terminación unilateral del contrato, porque si lo que se produjo fue la declaratoria de su nulidad, es más preciso hablar de restituciones.

(i) Con los saldos disponibles a favor de la entidad contratante en las cuentas y subcuentas del patrimonio autónomo del respectivo contrato.

(ii) Si los recursos a los que se refiere el numeral (i) no fueren suficientes, la suma restante deberá ser consignada por la entidad estatal hasta en cinco (5) pagos anuales iguales, cuyo primer pago se efectuará a más tardar 540 días después de Ia fecha de liquidación. Los pagos diferidos de que trata el presente numeral tendrán reconocimiento de los intereses conforme al reglamento que para tal efecto emita el Gobierno Nacional. Lo anterior, sin perjuicio de que las partes acuerden un plazo de pago menor.

Lo dispuesto en el presente parágrafo también será aplicable a la liquidación de los contratos de concesión de infraestructura de transporte celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012 (Las subrayas son de la Sala)*.*

Es claro entonces, que lo regulado por la norma transcrita, es la forma de llevar a cabo las restituciones que, a favor del contratista, puedan surgir como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, estableciendo así mismo la norma, que el concesionario sólo recibiría el remanente luego de pagar las propias acreencias.[31]

Ahora bien, la Corte Constitucional, en Sentencia C-207 de 2019, manifestó, entre otras cosas:

Para el caso de los contratos de APP, dado que el modelo de contrato exige la participación del sector financiero a fin de hacer viable el traslado de los costos a una amortización en el tiempo que permitan su recuperación con la explotación de la obra, el Gobierno Nacional, previendo la participación de los beneficios para el interés general, dispuso en el Decreto 1467 de 2012 Por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012, la participación de fondos de pensiones en los fondos de capital privado que presenten propuestas.

(…) Por lo tanto, es claro para esta Corporación que la protección del ahorro, y en especial el ahorro pensional, es una cuestión que, según las normas de la Carta Política, está ligado al interés público y exige del Estado las acciones de vigilancia, control y protección destinadas a evitar impactos negativos sobre el bienestar social y los derechos de los asociados.

[31] Esto se reitera en el parágrafo 2 de la norma en cuestión, en el que se establece la sanción pecuniaria a cargo del concesionario en caso de declaratoria de nulidad absoluta del contrato por objeto o causa ilícitos que sea imputable a su conducta o a la de sus integrantes, norma en la cual se establece que esa suma *"se descontará de los remanentes de la liquidación a favor del concesionario responsable de la conducta que dio lugar a la causal de nulidad o de los integrantes del concesionario responsables de la conducta que dio lugar a la causal de nulidad, según corresponda, una vez se haya pagado a los terceros cuya prestación se haya reconocido de conformidad con el parágrafo 1° (…). // Para el caso señalado en el inciso anterior, los remanentes de la liquidación a favor del concesionario responsable de la conducta que dio lugar a la causal de nulidad o de, integrante o integrantes del concesionario que dieron lugar a la causal de nulidad, después del pago de acreencias a la totalidad de los terceros, quedarán como garantía de pago para atender las posibles reclamaciones por el término de cinco (5) años. (…)".*

(…) en el régimen de la contratación estatal el artículo 48 de la ley 80 de 1993 establece que la declaración de nulidad no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria, haciendo especial énfasis que en los casos de nulidad por objeto o causa ilícita solo será procedente cuando se pruebe un beneficio para la entidad contratante.

(…) Justamente, el sentido de las restituciones mutuas como efecto de la nulidad de un contrato estatal es retribuir los beneficios recibidos por la ejecución del contrato.

(…) La jurisprudencia del Consejo de Estado sostiene que el fundamento de la procedencia de dichos reconocimientos tras la declaración de nulidad absoluta por causa u objeto ilícitos en el contrato estatal (condicionado al beneficio de la entidad), tiene como límite la prohibición constitucional del enriquecimiento sin causa y los principios de equidad y buena fe.

(…) la declaratoria judicial de nulidad del contrato es procedente tanto frente a los contratos de ejecución inmediata como aquellos de tracto sucesivo, y en ambos casos tiene el mismo efecto de eliminar de la vida jurídica al contrato y proceder únicamente al reconocimiento de las restituciones a que haya lugar.

*(…) d**el texto de la disposición resulta suficientemente claro que la intención del legislador es regular la liquidación administrativa que surge de la terminación unilateral del contrato por nulidad absoluta, e igualmente la declaratoria judicial o arbitral del contrato por nulidad absoluta de forma que para estos últimos casos, le corresponde al juez del contrato realizar los reconocimientos por restituciones a que haya lugar teniendo en consideración lo dispuesto en los parágrafos 1 y 2 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018**.* (Las negrillas son del texto original).

(…) Así, ante todo, los reconocimientos en un contrato estatal declarado absolutamente nulo por objeto o causa ilícita en que se establezca que el concesionario, o sus socios o integrantes tuvieron conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad del contrato requiere del análisis de diferentes variables que, a la luz del sustento fáctico concreto, deben condicionar las posibles restituciones a que haya lugar. La gravedad de la ilicitud, en particular si se trata de un hecho punible y si el mismo constituye un acto de corrupción, el respeto por el principio de buena fe, así como las relaciones que existan entre la parte contratista y aquellos que intervienen como terceros en el contrato, son cuestiones que deben ser analizadas en cada caso, cuando esté demostrado que el contratista tenía conocimiento de la ilicitud en el momento en que se celebró el contrato de APP.

Por otra parte, es necesario tener en cuenta que los contratos de APP (como una especie de los contratos del tipo de proyecto financiado (Project Finance) para construcción de infraestructura) tienen unas características específicas que generan que el ahorro captado del público pueda ser el principal afectado por las decisiones respecto de restituciones en los casos de nulidad absoluta. En efecto, parte importante del diseño de estas asociaciones está en el apalancamiento financiero de los proyectos y en el traslado de riesgos y beneficios a particulares. Eso implica que el capital con que se cubren los gastos e inversiones del proyecto está apalancado principalmente en el sector financiero,[32] de tal forma que el capital en riesgo de los contratistas resulta

[32] [122] *"Según indica Asobancaria en su intervención: "(...) debe tenerse en cuenta que los proyectos de infraestructura en Colombia y en el mundo siempre están fuertemente apalancados. Esto significa que siempre es muchísimo más grande la deuda que se contrae con el sector financiero que el equity*

significativamente menor que el capital en riesgo del sector financiero. Además, la normatividad al respecto establece que los fondos de capital privado que participen deben incluir entre sus inversionistas a fondos de pensiones,[33] de tal manera que la decisión sobre las restituciones en contratos de APP declarados con nulidad absoluta tiene repercusiones en una parte sensible del ahorro captado del público que, para el caso de los fondos de pensiones, tiene una especial trascendencia para el interés general, por su relación con el derecho a la seguridad social. Este punto debe ser observado con mucho detenimiento en cada caso para que no sean los terceros de buena fe y especialmente el ahorro pensional, quienes terminen siendo afectados por la conducta ilícita de los contratistas y la consecuente declaratoria de nulidad absoluta del contrato de APP.

(…) En conclusión, los principios constitucionales de moral pública, buena fe y prevalencia del interés público, que se desprenden de los artículos 1, 4, 34, 58 y 83 de la Carta Política impiden obtener provecho de las actuaciones ilícitas y de mala fe, y por otro lado la regla general aplicable a todos los contratistas, tanto en la legislación civil, comercial como administrativa, implica que, en caso de actuar a sabiendas de la ilicitud que genera la nulidad absoluta de un contrato, no se puede ser beneficiario de restituciones.

Por lo tanto, para la Corte Constitucional dadas las características propias de los contratos de APP y de concesión de obras de infraestructura vial, en que la mayor parte del capital en riesgo pertenece a terceros de buena fe y en particular al ahorro captado del público, las restituciones a que haya lugar en los casos en que se declare la nulidad absoluta de uno de estos contratos se regirán bajo la regla general de la protección de la buena fe, y por lo tanto, deben dirigirse primordialmente a satisfacer el pago de las deudas que el proyecto haya adquirido con terceros de buena fe. A contrario sensu, cuando esté demostrado que el contratista, así como sus miembros y socios, o terceros aparentes (para lo cual la autoridad competente podrá recurrir al levantamiento del velo corporativo) hayan actuado dolosamente, de mala fe o con conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad absoluta del contrato, ellos no podrán ser objeto de reconocimientos a título de restituciones.

De acuerdo con lo anterior, en el análisis de constitucionalidad de la norma, la Corte estimó que, si bien resultan procedentes las restituciones derivadas de la

---

o los aportes de capitalización que ponen los socios del concesionario para desarrollar el proyecto. De hecho, suele ser el caso que por cada peso que ponen los socios de una concesión existen 5 pesos de deuda de la concesión misma, lo que denota el apalancamiento antes descrito. Esto, pues se trata siempre de proyectos de gran tamaño donde no es posible realizarlos únicamente a partir de aportes de capital de los socios de una sociedad concesionaria. Luego, cuando se termina un contrato de concesión abruptamente, es cierto que los socios de una concesión pueden perder sus recursos de equity pero no es menos cierto que quienes tienen más en juego son las entidades financieras y los demás acreedores de la concesión, Como se dijo, los recursos de deuda corrientemente representan 5 veces los aportes de los socios a la sociedad concesionaria".

[33] [123] *"Decreto 1467 de 2012 Por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012. "Artículo 3. Oferentes en proyectos de Asociación Público Privada. Pueden presentar propuestas para ejecutar proyectos de Asociación Público Privada con las entidades estatales competentes, las personas naturales y jurídicas. Parágrafo: Las personas jurídicas podrán presentar propuestas respaldadas en compromisos de inversión irrevocables de Fondos de Capital Privado. Los Fondos de Capital Privado a los que se refiere el inciso anterior deberán contar entre sus inversionistas con Fondos de Pensiones. En el caso de Fondos extranjeros de Capital Privado deberán cumplir los requisitos de admisibilidad de inversiones establecidos por la Superintendencia Financiera para los Fondos de Pensiones." (Subrayado fuera del original)".*

declaratoria de nulidad absoluta de un contrato de asociación público privada o de concesión de obras de infraestructura de transporte, las mismas deben dirigirse, primordialmente, a satisfacer el pago de las deudas que el proyecto haya adquirido con terceros de buena fe, como lo serían los bancos que concurrieron a la financiación del mismo.

No obstante, considera la Sala que, el hecho de que en cumplimiento de esta disposición, el Tribunal de Arbitramento haya establecido lo concerniente a las restituciones derivadas de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001 de 2010, teniendo en cuenta, precisamente, lo que les corresponde a los terceros de buena fe, no se traduce en una decisión que afecte los derechos de estos últimos frente al contrato de crédito y a los títulos valores y garantías correspondientes, ni que haga tránsito a cosa juzgada como lo sostuvo el Banco Davivienda S.A., pues en el Laudo impugnado no se resolvió controversia alguna entre la Concesionaria y cada uno de los bancos coadyuvantes o la fiduciaria, sino la controversia existente entre aquella y la Agencia Nacional de Infraestructura, mediante la declaratoria de nulidad absoluta del contrato origen de las pretensiones y la disposición de las respectivas restituciones, en los numerales 9 a 11 del Laudo:

> ***NOVENA:*** *Como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, sus Otrosíes y demás acuerdos contractuales, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y en estricto cumplimiento de la Sentencia C-207 de 2019 proferida por la Corte Constitucional, fijar en la suma de* ***DOSCIENTOS ONCE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS CINCO MIL QUINIENTOS SESENTA Y UN PESOS ($211.273.405.561),*** *el valor de los reconocimientos que la* ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI*** *debe efectuar a favor de la* ***CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.***
>
> ***DÉCIMA:*** *Para ejecutar la decisión* ***NOVENA*** *anterior, ordenar a la* ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI*** *disponga de los recursos que se encuentran en el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2, administrado por la Fiduciaria Corficolombiana S.A., en la cuantía de* ***CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL CINCUENTA Y SEIS MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL TRESCIENTOS VEINTICINCO PESOS CON SETENTA Y DOS CENTAVOS ($187.056.125.325,72),*** *junto con los rendimientos que pueda producir hasta el momento del retiro, los cuales serán utilizados para pagar las deudas con terceros de buena fe, en los términos expuestos y en el estricto orden fijado en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***DÉCIMA PRIMERA:*** *Para ejecutar la decisión* ***NOVENA*** *anterior, ordenar complementariamente a la* ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI realizar el pago de la suma de VEINTICUATRO MIL DOSCIENTOS DIECISIETE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON VEINTIOCHO CENTAVOS ($24.217.280.235,28)*** *o el saldo faltante*

que resulte luego de utilizados los recursos a los que se refiere la decisión Décima anterior, en los términos del numeral ii) del Parágrafo Primero del Artículo 20 de la Ley 1882 de 2018. Para ello, deberá igualmente direccionar los recursos hacia terceros de buena fe, en los precisos términos expuestos y en el orden estrictamente fijado en la parte motiva de esta providencia.

Lo anterior no significa que el Tribunal de Arbitramento haya decidido que los únicos reconocimientos a los que tiene derecho Davivienda S.A., o los otros bancos acreedores de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., sean exclusivamente los resultantes de la aplicación de lo decidido en el Laudo Arbitral impugnado; tan sólo se determinó el monto, así como la distribución de los recursos destinados a las restituciones derivadas de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001 de 2010, celebrado entre la Agencia Nacional de Infraestructura y su contratista, Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.; y se advirtió que la Agencia Nacional de Infraestructura no podía hacer otros reconocimientos por cuenta de los asuntos sometidos a la controversia arbitral.

Es precisamente esta última circunstancia, es decir el hecho de que los bancos pueden ejercer las acciones judiciales que a bien tengan con el fin de hacer exigibles las obligaciones de su deudor, surgidas de los respectivos contratos de crédito, lo que impide afirmar que el Laudo Arbitral haya producido efectos de cosa juzgada respecto de esas relaciones contractuales y, por lo tanto, sostener que debieron ser citados como parte al proceso, en calidad de litisconsortes necesarios, para que manifestaran si adherían o no al pacto arbitral, y que, de esta manera, el mismo les fuera oponible.

Del Laudo Arbitral, para el Banco Davivienda S.A., así como para los demás bancos, no surgió obligación alguna, sólo el derecho a percibir, de las restituciones ordenadas como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001 de 2010, celebrado entre la ANI y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., unos recursos que, así cubran en parte las acreencias que ellos tengan frente a la Concesionaria, son los que dispuso el Tribunal de Arbitramento, a partir de los montos disponibles para tales restituciones mutuas entre las partes del Contrato de Concesión. Lo que de manera alguna significa que haya resuelto que, las acreencias de tales instituciones financieras, ascendieran o no a los montos obtenidos a partir de la aplicación del fallo arbitral.

Por las razones expuestas, esta causal no tiene vocación de prosperidad y, en consecuencia, será desestimada.

2) Numeral 2º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012: La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.

En relación con este numeral, se observa que son tres las circunstancias consagradas como causales de anulación del laudo arbitral, por lo que se analizará cada una de ellas, alegadas en los distintos recursos.

2.1. Caducidad de la acción:

Esta causal fue propuesta por **Banco de Bogotá S.A., Banco Popular S.A., Banco de Occidente S.A. y Banco AV Villas S.A., Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.:**

2.1.1. Banco de Bogotá S.A., Banco Popular S.A., Banco de Occidente S.A. y Banco AV Villas S.A.:

A través de un mismo apoderado, estas entidades financieras interpusieron recurso de anulación en contra del Laudo Arbitral, en el cual alegaron como causales la caducidad de la acción y la falta de jurisdicción y competencia, previstas en el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, con fundamento en las cuales, pidió que se declare la nulidad del laudo impugnado, en los términos y con el alcance fijado en el artículo 43 de la referida ley (f. 81 a 155, c. Recursos).

En relación con dichas causales, explicó que, si bien es requisito para su alegación en el recurso de anulación de laudos arbitrales que las mismas hubieran sido aducidas en el proceso arbitral, mediante la impugnación del auto en el que el Tribunal de Arbitramento haya decidido sobre su propia competencia, es decir, en el curso de la primera audiencia de trámite, este requisito en casos como el presente debía analizarse con mayor detenimiento, pues esa condición, a juicio de los recurrentes, *"(…) sólo será exigible para quienes hicieron parte del proceso, esto es, los sujetos vinculados al pacto arbitral, quienes están llamados a trabar la relación jurídico procesal, y que estando presentes en juicio desde la época de los*

actos de apertura del proceso, están legitimados para discutir la competencia del Tribunal. En sentido contrario, no podrá valorarse en aquellas hipótesis en las que en el proceso intervienen posteriormente otras personas, o en caso de que el vicio por incompetencia o falta de jurisdicción -que incluye la caducidad-, se configura en época posterior a la audiencia inicial, en especial, al momento de dictar el laudo, como sucede en la hipótesis en que — a manera de ejemplo- el Tribunal, obrando de manera oficiosa, adopta una determinación de tal talante en el laudo".

Anotó que, en todo caso, frente a la admisión de la demanda de reconvención reformada, en la que la ANI pidió la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión, la convocada en reconvención -Concesionaria Ruta del Sol- opuso la caducidad de la acción mediante la interposición del correspondiente recurso -como se advierte en el resumen que se hizo en el laudo sobre las posiciones presentadas por el recurrente, la demandante en reconvención, la ANDJE y el Ministerio Público- por lo que en ese momento, el Tribunal debió analizar el adecuado ejercicio en tiempo de la referida pretensión.

En tales condiciones, para las recurrentes, el requerimiento legal, para quien pretenda recurrir el laudo, basado en cualquiera de los motivos de anulación a que se refiere el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, está cumplido, pues la Concesionaria debatió en tiempo y a través de la herramienta procesal adecuada, la caducidad de la pretensión de nulidad, por lo que se debe entender cumplido para quienes intervinieron en el proceso con posterioridad, tomando el proceso en el estado en que se encontraba, como litisconsortes o coadyuvando el interés de la parte, como fue el caso de los bancos financiadores del proyecto, que ahora impugnan el laudo. En cuanto a la sustentación de los cargos, expuso:

Se afirmó en el recurso que el término de caducidad de la acción contractual para efectos de pedir la nulidad absoluta del contrato, empezó a regir en la fecha de su celebración, que lo fue en enero de 2010, momento para el cual la norma vigente era el numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., que establecía que la nulidad absoluta del contrato podría ser alegada dentro de los 2 años siguientes a su perfeccionamiento; pero si el término de vigencia del contrato fuera superior a 2 años, el término de caducidad sería igual al de su vigencia, sin que en ningún caso pudiera exceder de 5 años, contados a partir de su perfeccionamiento.

Y por tanto, se equivocó el Tribunal de Arbitramento al afirmar que la caducidad de la acción, para tal caso, debía contabilizarse con aplicación de lo dispuesto por el literal j) del artículo 164-2 de la Ley 1437 de 2011, por ser la que estaba vigente cuando se presentó la demanda arbitral, ya que, asegura el recurrente, el referido término ya había empezado a correr bajo la ley anterior, antes de entrar en vigencia el CPACA., de conformidad con lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que gobierna la regla de definición de las leyes en el tiempo, norma al tenor de la cual, los términos que hubieren empezado a correr se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

Como consecuencia de lo anterior, en el presente caso, había operado la caducidad de la acción para pedir la nulidad absoluta del contrato, pues este fue celebrado en enero de 2010, teniendo en cuenta el límite de los 5 años contemplados en la norma aplicable, ya que dicha pretensión se elevó en la demanda de reconvención reformada, que fue presentada el 18 de enero de 2017. No obstante, el Laudo Arbitral modificó el término de caducidad de la acción de nulidad del contrato estatal iniciado en 2010, *"para aplicar sin nexo legal ni soporte constitucional, las normas del CPACA cuya vigencia es de 2012",* lo cual tiene por efecto la aplicación retroactiva de la ley, lo que se traduce en el desconocimiento del principio constitucional de irretroactividad de las normas, salvo los casos de favorabilidad.

Aducen las recurrentes, que también erró el Tribunal de Arbitramento al sostener que el Ministerio Público no estaba sujeto al término de caducidad de la acción para pedir la nulidad absoluta del contrato, pues si obra como demandante en un proceso judicial, sólo puede hacerlo bajo el cauce de la acción contractual respectiva, y si lo ejecuta como interviniente en el proceso (agente especial), *"se someterá a la acreditación de los presupuestos procesales de la acción ejercitada por las partes del contrato o el tercero con interés directo, pero en ambos casos, sujetos a un término, que corresponde al mismo de caducidad de la acción contractual que se ejerce o que da origen al proceso".* Y, por tanto, las peticiones que en el presente caso hizo el Ministerio Público para que se declarara la nulidad del contrato, del 8 de febrero y el 4 de abril de 2017, también debieron ser negadas en el laudo, *"por estar afectas al término de caducidad de la acción vicio que se proyectó sobre la competencia del Tribunal".*

2.1.2. Constructora Norberto Odebrecht S.A.:

Este recurrente planteó similares argumentos a los ya expuestos. Aseguró que, en el presente caso, al haberse suscrito el Contrato de Concesión objeto de la controversia el 14 de enero de 2010, es decir en vigencia del C.C.A., en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el término de caducidad de la acción para pedir su nulidad absoluta, empezó a correr en la referida fecha y, teniendo en cuenta el término de vigencia del contrato, el término de caducidad de la acción para solicitar su nulidad era de 5 años, los cuales se cumplieron el 14 de enero de 2015, fecha a partir de la cual operó el fenómeno de la caducidad de la acción para la pretensión de nulidad del negocio jurídico.

La CRS, en calidad de convocante, presentó dos demandas ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá en contra de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI los días 6 y 19 de agosto de 2015 -expedientes 4190 y 4209, respectivamente-, lo que demuestra que dichas demandas fueron interpuestas después de fenecido el término de caducidad de nulidad del contrato.

De acuerdo con lo dispuesto y la demanda arbitral que dio inicio al proceso, ya había operado el fenómeno de la caducidad, lo que impedía, ya fuera a petición del Ministerio Público o por ejercicio oficioso del Tribunal, aniquilar el negocio jurídico controvertido.

Por su parte, la pretensión de nulidad absoluta del contrato fue elevada en la reforma de la demanda de reconvención presentada por la ANI, el 18 de enero de 2017, es decir en fecha muy posterior al fenecimiento del término de caducidad de la acción y/o pretensión de nulidad contractual, lo cual le fue advertido al Tribunal de Arbitramento en varias oportunidades, como en el recurso de reposición interpuesto en contra del Auto No. 35 del 19 de enero de 2017, mediante el cual fue admitida la demanda de reconvención, decisión que fue confirmada mediante Auto No. 42 del 8 de febrero del mismo año, por considerar el Tribunal que la norma de caducidad aplicable era la Ley 1437 de 2011, norma en vigencia de la cual se presentó la demanda que dio inicio al trámite arbitral, y que en su artículo 164 establece que, en todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

Así mismo, las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest S.A.S., en sus alegatos de conclusión nuevamente advirtieron al Tribunal sobre este punto, reiterando que debía aplicarse el CCA y no el CPACA y que, estando caducada la acción, no podría el Tribunal, ni siquiera de manera oficiosa, declarar la nulidad absoluta del contrato, lo cual hicieron en ese momento procesal por cuanto al haber sido vinculadas como litisconsortes mediante Auto No. 66 del 7 de noviembre de 2017, no podía exigírseles haber impugnado la providencia en la que el Tribunal avocó la competencia para resolver la controversia, que fue anterior a dicha fecha.

Adujo que el Tribunal de Arbitramento, aunque dijo declarar la nulidad absoluta de manera oficiosa, en realidad la misma fue consecuencia directa del derecho dispositivo *"-dado en razón de una pretensión elevada por una de las partes en el proceso, quien pidió la nulidad del negocio y la cual fue declarada próspera-, mas no en razón del poder inquisidor del Juez para decidir asuntos que no fueron puestos sobre la mesa por las partes pero que por ministerio de la Ley puede decidir"* (las subrayas son del texto original) .

Y concluyó que *"Al haber operado el fenómeno de caducidad de la solicitud de nulidad del contrato, y no obstante ello, decidir declarar la nulidad del negocio jurídico objeto de controversia, el Laudo Arbitral del 6 de agosto de 2019 y su providencia aclaratoria, incurre, de manera grosera, en la causal de nulidad dispuesta en el Numeral Segundo del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012".*

A continuación, el recurrente enunció las que consideró falacias del Laudo Arbitral:

1. El aparente ejercicio de facultades oficiosas: Que la declaratoria de nulidad absoluta del contrato fue oficiosa, cuando en el mismo numeral cuarto de la parte resolutiva del Laudo se dijo que tuvo fundamento en la pretensión primera de la reforma de la demanda de reconvención presentada por la ANI y en las solicitudes de la Procuraduría General de la Nación y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, con lo cual le dio prosperidad a una pretensión que, conforme a la ley que la regulaba, ya estaba caducada.

2. Imposibilidad de declarar la nulidad del contrato, incluso de manera oficiosa, cuando ha operado el fenómeno de la caducidad de la pretensión: Reiteró que así se admitiera que la declaratoria de nulidad fue en ejercicio de una facultad oficiosa del juez, en todo caso estaba caducada la acción, lo que hace nula la decisión. Adujo la sentencia del 3 de diciembre de 2018, expediente 60716, de esta Sección, en la cual se sentó un precedente que el Tribunal de Arbitramento desconoció, respecto de la imposibilidad de los árbitros de declarar la nulidad absoluta del contrato cuando la acción está caducada, aduciendo que los supuestos de hecho del caso que fue resuelto en esa ocasión, eran distintos al que se analizaba en el presente litigio, cuando no lo son.

3. Interpretación de la causal de nulidad de la caducidad, cuando ello no es competencia del Tribunal de Arbitramento: El recurrente consideró que era el Consejo de Estado el llamado a definir el alcance e interpretación que se le debe dar a las causales de anulación de los laudos arbitrales, como lo es la caducidad de la acción, pero el Tribunal de Arbitramento, sin tener competencia para ello, procedió a definir la manera como deben aplicarse las normas procesales de la caducidad, para decir que no había operado.

4. Denegación de la caducidad de la acción a partir de la imposición de criterios formalistas inexistentes: Se refirió el recurrente al argumento esgrimido por el Tribunal para denegar la solicitud de caducidad de la acción y/o pretensión de nulidad absoluta del contrato, consistente en que el Auto por el cual el Tribunal avocó competencia, no fue objeto de recurso, ni la CRS formuló excepción expresa en tal sentido, lo cual es inadmisible, pues i) la caducidad opera *ipso jure,* por lo que ii) si el Tribunal encuentra que se configuró, debe declararla; iii) en todo caso, no es cierto que las partes hayan guardado silencio al respecto, y iv) tanto la recurrente como Odebrecht Latinvest S.A.S., tenían la imposibilidad jurídica de hacer un pronunciamiento expreso en contra de la competencia del Tribunal, pues fueron aceptadas como litisconsortes en el proceso cuando ya aquel había decidido sobre la admisión de la demanda y su competencia para resolver el asunto, y por disposición del artículo 62 del CGP, los litisconsortes tienen que respetar el estado en que se encuentre el proceso al momento en que son admitidos, y al ser sujetos procesales que actuaron independientemente del Concesionario, no los puede

afectar el silencio que tuvo la CRS respecto del auto que avocó competencia, como tampoco inhabilitan a la recurrente para alegar la causal de anulación invocada.

5. Utilización indebida del precedente jurisprudencial para denegar la caducidad: El recurrente sostuvo que el Tribunal de Arbitramento defendió la tesis de que la ley aplicable en materia de contabilización de la caducidad de la pretensión de nulidad absoluta del contrato es la vigente al momento de la interposición de la demanda, porque los presupuestos incorporados en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, solo son aplicables a procesos que estén en curso, criterio que no es el sostenido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, para el cual, los términos que hubieren empezado a correr en vigencia de una ley, se sujetan a la misma y no a la norma vigente a la fecha de presentación de la demanda.

Así mismo, el recurrente consideró equivocada la interpretación que el Tribunal de Arbitramento hizo de la Sentencia C-709 de 2001, al considerar que *"(…) en la medida en que exista una modificación al contrato a través de un otrosí u otro instrumento, el término de caducidad también se modifica, por lo que, según su perversa lógica, el término de caducidad se deberá contar, para todos los efectos, dese el momento de la suscripción de estos instrumentos, incluso para solicitar la nulidad absoluta del contrato modificado",* lo cual es ajeno a lo dicho en la referida sentencia, que se refirió a la caducidad para demandar la nulidad de esas adiciones o modificaciones, y a lo que en sana lógica se desprende de la naturaleza jurídica de la figura de la caducidad.

2.1.3. Sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.:

El recurrente consideró que las pretensiones de la demanda de reconvención, tendientes a que se declarara la nulidad absoluta del Contrato de Concesión y sus otrosíes, debieron ser desestimadas por el Tribunal de Arbitramento, puesto que sobre ellas operó la caducidad de la acción, no obstante lo cual el Laudo Arbitral accedió a las mismas, y por esta razón debe ser declarado nulo.

En relación con el requisito de procedibilidad de esta causal, adujo que, si bien no se recurrió el Auto No. 63, en el cual el Tribunal asumió la competencia para conocer de la controversia, sí fue objeto de recurso el Auto No. 35, que admitió la reforma

de la demanda de reconvención, y que una interpretación garantista de la norma, y respetuosa del derecho de acceso a la administración de justicia, conlleva a afirmar *"que tan solo se requiere manifestar la caducidad dentro del proceso arbitral para agotar el requisito de procedibilidad. (…) Afirmar que se requiere de manera imperativa, recurrir el auto en que se declara competente, no sería más que una exigencia ciega e irreflexiva",* debiéndose tener en cuenta el momento de vinculación de los litisconsortes, que les impidió recurrir el Auto No. 63, por lo que no puede exigírseles dicho requisito, máxime teniendo en cuenta que el Tribunal incumplió con el deber que le imponía el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012, sobre la citación y notificación personal de personas que no estipularon el pacto arbitral pero que pueden quedar cobijadas por los efectos de cosa juzgada del laudo, para que manifestaran si adherían al mismo o no, norma que no distinguió entre litisconsortes necesarios y litisconsortes cuasinecesarios, pues se refiere a toda persona frente a la cual la sentencia tenga efectos de cosa juzgada.

En la sustentación de la causal, manifestó que la norma aplicable para efectos de la caducidad de la acción de la pretensión de nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001 de 2010, era el artículo 136, numeral 10, literal e) del C.C.A., y no el literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, como lo sostuvo el Tribunal de Arbitramento, dado que en virtud de lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, los términos que hubieren empezado a correr, se regirán por las leyes vigentes cuando empezaron a correr.

El artículo 136, numeral 10, literal e) del C.C.A., establece que la nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los 2 años siguientes a su perfeccionamiento, y si el término de vigencia del contrato fuere superior a 2 años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de 5 años, contados a partir de su perfeccionamiento. De acuerdo con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y dicho acuerdo se eleve a escrito, hecho que, en relación con el Contrato de Concesión 001 de 2010, ocurrió el 14 de enero de 2010, fecha a partir de la cual empezó a correr el término de caducidad de la acción para pedir su nulidad absoluta, el cual venció el 14 de enero de 2015 y,

sin embargo, la ANI elevó dicha pretensión dos años y tres días después de esa fecha, el 18 de enero de 2017.

Para el recurrente, el Tribunal Arbitral erró al considerar que la acción no había caducado, solo porque se hubieran celebrado otrosíes al contrato, pues la caducidad para la impugnación de estos últimos, se cuenta a partir de su suscripción, pero no así la del contrato principal, pues el término de caducidad para pedir su nulidad absoluta, no se extiende porque se hayan hecho modificaciones al contrato y corre desde su suscripción.

También se equivocó el Tribunal al considerar que, para tales efectos, eran aplicables las normas del CPACA, porque al momento de presentarse la demanda ya estaban vigentes y que, por lo tanto, no hubo conflicto de leyes procesales en el tiempo que hubiera debido resolverse con aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, pues según el recurrente, esta norma en parte alguna se refiere a procesos judiciales en curso, como lo manifestó el Tribunal de Arbitramento, sino que regula todo tránsito legislativo de normas procesales.

Por lo anterior, el Tribunal de Arbitramento debió declarar probada la excepción de caducidad de la acción y negar la prosperidad de las pretensiones principales de la reforma de la demanda de reconvención y, en consecuencia, como fue expedido acogiendo tales pretensiones, se debe anular el Laudo Arbitral.

2.1.4. Oposición de la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI[34]:

2.1.4.1. Frente al recurso formulado por la Constructora Norberto Odebrecht[35]:

Sostuvo la ANI que, en primer lugar, el recurrente no cumplió con el requisito de procedibilidad necesario e indispensable para alegar esta causal, consistente en haber interpuesto recurso de reposición contra el auto mediante el cual el Tribunal de Arbitramento asumió la competencia para decidir de fondo la controversia sometida a su conocimiento, según lo exigido por el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, norma

[34] Sobre los recursos interpuestos por los coadyuvantes, ver pie de página 13. No hizo pronunciamiento concreto sobre la presente causal, alegada por las entidades financieras Banco de Bogotá S.A., Banco Popular S.A., Banco de Occidente S.A. y Banco AV Villas S.A.
[35] F. 613, c. Recursos.

que *"(…) es clara, contundente y no hace distinción ni excepción alguna, por lo que corresponde su aplicación estricta".*

En el presente caso, la intervención de la recurrente como litisconsorte cuasinecesario de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. se dio por su propia voluntad, antes de que el Tribunal asumiera competencia para conocer de este proceso, a pesar de lo cual no interpuso recurso en contra de la respectiva providencia, razón por la cual se debe rechazar por improcedente este cargo.

Agregó que, en todo caso, la caducidad no se configuró, pues la norma aplicable es el artículo 164 del CPACA *-norma que dispone que se podrá demandar la nulidad absoluta de un contrato mientras el mismo esté vigente-*, ya que la demanda de reconvención en su versión reformada se presentó en vigencia de dicho Código. Además, no hay un conflicto de leyes en el tiempo que requiera de la aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, por lo que en cumplimiento de lo establecido en el artículo 308 del CPACA, es este el estatuto procesal a aplicar, pues dispuso que todas las demandas presentadas con posterioridad al 2 de julio de 2012, se rigen por sus normas, con independencia de la fecha en que se haya celebrado el contrato estatal objeto de la controversia.

Aclaró que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, se refiere a los términos que, dentro de un proceso judicial hubieren empezado a correr y que estuvieren corriendo cuando entra a regir la nueva norma procesal, caso en el cual aquellos se contabilizarán de acuerdo con la disposición vigente cuando empezaron a correr. Y el CPACA, *-art. 308-* para evitar un conflicto de leyes procesales en el tiempo, previó un sistema de entrada en vigencia que los impide, al establecer su aplicación, sin excepción alguna, a los procesos promovidos con posterioridad al 2 de julio de 2012, incluyendo, desde luego, los términos de caducidad establecidos para la pretensión de nulidad absoluta de un contrato estatal.

En adición a lo anterior, la ANI manifestó que los casos de corrupción que dieron origen a la celebración del Contrato de Concesión 001 de 2010, solo se conocieron a finales de 2016, por lo que no se puede castigar la no presentación de la demanda de nulidad absoluta en fecha anterior y, además, que al abordar el estudio de las pretensiones de la demanda de la convocante, Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., el

Tribunal debía verificar, en primer lugar, la validez del contrato del que se desprendían las mismas, por lo que carece de sentido la afirmación del recurrente según la cual para decidir sobre el equilibrio económico del contrato y los incumplimientos contractuales la acción no está caducada, pero para resolver sobre su validez y si está afectado o no de nulidad absoluta por objeto o causa ilícita, sí lo está, incluso para el ejercicio del poder oficioso del juez.

2.1.4.2. Frente al recurso de anulación de Odebrecht Latinvest Colombia[36]:

Alegó la caducidad de la acción, en términos similares a los del recurso de la otra sociedad Odebrecht, por lo que la ANI reiteró los argumentos allí expuestos, agregando que *"(…) no se puede premiar la grave omisión en que incurrieron los intervinientes procesales que ahora en sede de anulación están sacando a relucir la supuesta operancia de la caducidad, cuando estando presentes en la primera audiencia de trámite fueron notificados del auto mediante el cual el Tribunal de arbitraje se declaró competente para estudiar y decidir la pretensión de nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001 de 2010, formulada por la ANI en la demanda de reconvención reformada y nada dijeron en ese momento respecto de una posible caducidad. La Ley no tolera que una parte guarde silencio cuando un Tribunal asume competencia para resolver un litigio a pesar de que esa parte considera que operó la caducidad y luego, cuando el laudo resulta contrario a sus aspiraciones económicas, venga ahora sí a quejarse de la operancia de dicho fenómeno extintivo, pues semejante conducta se aleja bastante de los mandatos y postulados de la buena fe que debe observar todo interviniente en un proceso judicial".*

2.1.5. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado:

2.1.5.1. Sobre la solicitud de anulación interpuesta por los bancos del "Grupo Aval"[37]:

En cuanto a la causal de anulación derivada de la caducidad de la acción, la Agencia sostuvo que, en su planteamiento, los recurrentes cuentan el término desde la firma del Contrato 001 de 2010, pero no desde los otrosíes que con posterioridad se

[36] F. 618, c. Recursos.
[37] F. 499, c. Recursos.

suscribieron, desconociendo la sentencia C-709 de 2001, que declaró exequible el artículo 44, numeral 10, literal d) de la Ley 446 de 1998, *"bajo el entendido de que si se produce modificación o adición del contrato inicialmente celebrado, la caducidad se contará, en cuanto a ellas, a partir de la fecha de las mismas".* Y que además resulta sorprendente que ahora aleguen esta causal, que no adujeron durante el trámite arbitral, a pesar de que tuvieron conocimiento de su existencia desde el principio, aunque hicieron su intervención en forma tardía, aprobando todos los actos de saneamiento del proceso que dispuso el Tribunal.

Observó cómo todos los bancos dirigieron sus esfuerzos durante su intervención en el proceso arbitral a que se determinaran las restituciones a favor del Concesionario, con ocasión de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, en cantidad suficiente para proteger los intereses económicos de aquellos, pero ninguno advirtió sobre la caducidad de la acción anulatoria, argumento que aducen ahora, cuando están inconformes con el monto de los reconocimientos ordenados en el Laudo Arbitral, fundándose en las normas del CCA y no en las del CPACA.

2.1.5.2. En cuanto al recurso de anulación presentado por la sociedad Constructora Norberto Odebrecht S.A.[38]:

Respecto de la caducidad de la acción para anular el contrato de concesión, la Agencia consideró que *"(…) habiendo sido presentadas las demandas de CRDS el 6 y el 19 de agosto de 2015 y la reconvención el 19 de febrero de 2017 y su reforma el 17 de enero de 2017* (sic), *ya en vigencia del CPACA; la caducidad está regida por este estatuto procedimental y no por el anterior como pretende la sociedad CNODB; máxime cuando dicho actor jamás presentó esta excepción, ni lo hizo su coadyuvada la demandante en este proceso".* Y Agregó que, en realidad, lo que pretende la recurrente es la total impunidad de las conductas ilícitas de que se valió para la obtención del contrato cuya nulidad absoluta se declaró en el laudo arbitral impugnado.

[38] F. 520, c. Recursos.

2.1.5.3. Sobre el recurso de anulación presentado por la sociedad Odebrecht Latinvest S.A.S[39]:

Por ser similar la sustentación de la causal en estudio a la planteada por la anterior recurrente, la Agencia reiteró los argumentos allí expuestos.

2.1.6. Concepto del Ministerio Público[40]:

En relación con la causal segunda, caducidad de la acción contractual para invocar la nulidad absoluta del contrato 01 del 14 de enero de 2010, el agente del Ministerio Público, luego de resumir los argumentos expuestos en los distintos recursos de anulación que incluyeron esta causal de impugnación del Laudo Arbitral, manifestó:

En primer lugar, que no se cumplió el agotamiento forzoso del presupuesto legal previo, que hace procedente la impugnación del Laudo por esta causal, consistente en la interposición del recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia, con base en las motivaciones que sustentan la causal de caducidad de la acción, conforme al penúltimo inciso del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, presupuesto procesal que no se exige solo a las partes, sino que *"(…) se predica de quien pretenda ejercer el recurso de anulación puesto que se está frente a un mecanismo de naturaleza restrictiva y extraordinaria (…)",* y cuya inobservancia conduce a la pérdida de oportunidad para alegar la causal que exige tal requisito previo.

Anotó el agente del Ministerio Público que, en el presente caso, en el que se adelantó el arbitraje que acumuló los procesos 4190 y 4209, según consta en el Acta No. 49 del 3 de octubre de 2017, el Tribunal, al celebrar la primera audiencia de trámite emitió el Auto No. 63, en virtud del cual resolvió declararse competente para decidir las pretensiones formuladas por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S en sus demandas arbitrales y sobre las súplicas elevadas por la Agencia Nacional de Infraestructura ANI en su demanda de reconvención, providencia que fue

[39] F. 524, c. Recursos.
[40] F. 546, c. Recursos.

notificada por estrados y se dejó constancia de la no presentación de recursos contra la misma, y por lo tanto de su firmeza. En tal diligencia intervinieron los representantes judiciales de las partes, de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del Ministerio Público, pero, además, a esa primera audiencia de trámite, en la que se profirió el auto de asunción de la competencia, también asistieron, entre otros, el presidente de EPISOL, el gerente general de EPISOL, la secretaria general de Corficolombiana, el gerente jurídico del Grupo Aval, el director jurídico de OLCSAL (Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo Ltda.), el asesor legal de OLCSAL, la representante legal de Constructora Norberto Odebrecht y el director de Odebrecht Latinvest.

Por otra parte anotó que, con anterioridad a la expedición del Auto No. 63 del 3 de octubre de 2017, fue proferido el Auto No. 48 del 6 de abril del mismo año, contenido en el Acta No. 37 de la misma fecha, que en los ordinales 3, 4, 5 y 6, dispuso, en su orden, la citación de la Compañía Mundial de Seguros S.A., Seguros Confianza S.A., las sociedades integrantes de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S (Episol S.A.S., CSS Constructores S.A., Constructora Norberto Odebrecht de Colombia S.A.S., y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.) y del Consorcio Constructor Ruta del Sol, para que dentro de los 10 días hábiles siguientes a su notificación manifestaran si era su interés intervenir en el proceso, señalando respecto de las socias de la convocante, que lo serían en la condición de litisconsortes cuasinecesarios, pero luego de su citación, respondieron *"(…) con la manifestación expresa de abstenerse de intervenir en forma activa en el proceso arbitral".*

Y concluyó que *"[l]a ausencia de recurso que se registra en la primera audiencia de trámite respecto de quienes asistieron en representación de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la Agencia Nacional de Infraestructura, Episol S.A.S., la Constructora Norberto Odebrecht de Colombia S.A.S., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., Corficolombiana, el Grupo Aval, la Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo Ltda., la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público, en relación con el auto No. 63 de octubre de 2017, prueba que la asunción de competencia del Tribunal Arbitral en relación con los expedientes 4190 y 4209 no fue objeto de recurso de reposición"*. Y que tal omisión no se

subsanó en las posteriores intervenciones de dichos sujetos procesales, concluyendo que:

> *El despliegue procesal de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., sus litisconsortes cuasinecesarios y terceros coadyuvantes, muestra el desinterés que les asistió en la primera audiencia para recurrir el auto que declaró la competencia del Tribunal de Arbitramento, quienes conocían del proceso arbitral con anterioridad a la realización de esta diligencia y a sabiendas de estar ante el único momento procesal para alegar el supuesto vicio de caducidad de la acción con el propósito de invocarlo más adelante a través del recurso de anulación; sin embargo, eligieron guardar silencio, lo que necesariamente les acarrea el rechazo de la impugnación …".*

No obstante, a continuación se refirió a los argumentos en los que se sustentó la causal alegada, para concluir que tampoco tenían vocación de prosperidad, puesto que, a su juicio, la norma aplicable para contar el término de caducidad de la acción, en el presente caso, era el artículo 164 del CPACA, en virtud de lo dispuesto por el artículo 308 del mismo Código, que consagró una norma de transición legislativa al disponer su aplicación a las demandas y procesos que se instauraran con posterioridad a la fecha de su entrada en vigencia, por lo que no resulta aplicable el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, pues prima la norma especial *"(…) y lo que estipuló respecto del régimen de transición y la vigencia el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con el propósito de asegurar su cobertura para toda demanda y proceso que se instauren con posterioridad al 2 de julio de 2012, lo que incluye el término de caducidad para el ejercicio del medio de control de controversias contractuales, con la modificación o especificación que en su potestad legislativa haya previsto para la pretensión de nulidad absoluta del contrato mientras éste se halle vigente, como se constata en el artículo 164, numeral 2, literal j), inciso final".*

Y, en el presente caso, las demandas que dieron lugar al proceso arbitral, en los expedientes 4190 y 4209, así como la demanda de reconvención que invocó la pretensión de nulidad absoluta del Contrato de Concesión 01 de 2010 y sus demás actos negociales, fueron presentadas el 6 y 19 de agosto de 2015, las primeras, y el 18 de enero de 2017, la segunda, es decir que el estatuto que las regía era el contenido en la Ley 1437 de 2011, en lo atinente a las remisiones a que hubiere lugar con base en el Estatuto Arbitral, como lo es la determinación de la

presentación de la demanda en tiempo, *"(…) debido a que la Ley 1563 de 2012 para el año 2015 ya estaba vigente y los reenvíos en materia procesal -caducidad de los medios de control-, por asuntos que podrían ser de conocimiento de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, los suplía con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo",* el cual, en su artículo 164 dispuso expresamente que cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato el término para demandar será de 2 años, que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento, pero que, *"En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras se encuentre vigente".* Y dado que, para la fecha de presentación de la demanda de reconvención el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 estaba vigente, no se configuró el fenómeno de la caducidad.

Agregó el Ministerio Público que, aún si en gracia de discusión se aplicaran las normas del Código Contencioso Administrativo, de acuerdo con el literal e) del numeral 10 del artículo 44 de la Ley 446 de 1998, si se produce modificación o adición al contrato inicialmente celebrado, la caducidad se contará, en cuanto a ellas, a partir de la fecha de las mismas y, en el presente caso, el Contrato de Concesión fue objeto de varias adiciones, como los otrosíes No. 3 del 15 de julio de 2013 y 6 del 14 de marzo de 2014, relativos a la vía Ocaña-Gamarra, la cual es una vía transversal al trazado del sector 2 de la denominada ruta del sol, siendo el último de los otrosíes mencionados, modificado *"(…) mediante el Acta complementaria de 10 de noviembre de 2014 y como lo manifiesta el laudo de 6 de agosto de 2019, a través de dicha adición, se pactó la modificación de obligaciones esenciales del contrato primigenio relacionadas con su objeto, los precios, los plazos y el flujo de caja, lo que generó la novación de las inicialmente acordadas".*

Adujo que los graves hechos de corrupción que sustentan la nulidad absoluta del contrato y que se plasman en el Laudo Arbitral *"(…) revelan el nexo inescindible en la actividad criminal que desde el año 2009 se desplegó y se mantuvo para lograr la adjudicación de la licitación, conservar dádivas indebidas y recuperar las coimas que había realizado en forma fraudulenta, habiéndose prolongado por lo menos hasta la suscripción del otrosí No. 6 del 14 de marzo de 2014",* por lo que, en este contexto, y acorde con la Sentencia C-709 de 2001, no resulta admisible aceptar

que la pretensión de nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001 de 2010 esté sometida al término de 5 años desde su perfeccionamiento.

El Ministerio Público sostuvo que, además de las razones expuestas para sustentar la no caducidad de la acción, se debía tener en consideración que, independientemente de la normatividad que se aplique -CCA o CPACA-, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado, el conteo del término de caducidad, debe tener en cuenta el momento en el cual el titular de la acción o medio de control tuvo conocimiento del perjuicio y, en el caso de las pretensiones de naturaleza contractual, que *"(…) haya tenido la posibilidad de conocer los hechos que sustentan el pedimento de nulidad"* del contrato. Explicó, respecto del caso concreto, que:

> *"(…) en el cómputo del término de caducidad de la acción que pretende la nulidad absoluta de un contrato derivado de un acto de corrupción, debe considerarse que los hechos que configuran los defectos del contrato negocio jurídico cuya nulidad se pretende fueron soterrados, secretos, antecedidos y precedidos de un ardid para engañar y ocultar a las autoridades públicas de control y, por lo mismo, ajenos y alejados, totalmente, de la luz pública, lo cual deviene de su misma mesmedad. No podría, en consecuencia, aplicarse la regla general de la caducidad que hace referencia a la ocurrencia del hecho y, en consecuencia, resulta necesario aplicar las reglas exceptivas aceptadas por la jurisprudencia que permiten computar el término a partir del conocimiento del hecho, lo que supone imponer al interesado una carga posible de cumplir y no lo contrario, lo imposible, pues ello se aleja de una solución justa, motivación principal de un Estado de Derechos. Esta interpretación estaría acorde, en cualquier caso, con los principios* pro homine, pro damnato *y* pro actione *prohijados todos, por la jurisprudencia contencioso administrativa para garantizar la justicia material en el caso concreto y ofrecer a las normas impeditivas del derecho de acción una interpretación amplia en cuya virtud se privilegia la hermenéutica que garantiza el acceso a la administrativo* (sic) *de justicia sobre aquella que lo impida.*

Y finalmente, sostuvo que el juez tiene la facultad de declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato, sin tener en cuenta para ello la oportunidad en la presentación de la demanda, pues lo único que la ley le exige para ello, es observar que la invalidez se encuentra demostrada de manera manifiesta, que los sujetos que intervinieron en la celebración del contrato se hallan vinculados al trámite y que el contrato haya sido aducido al juicio por alguna de las partes para obtener un efecto jurídico del mismo, *"(…) pues a él le corresponde estimar, en primer momento, si el negocio jurídico de que se trate es eficaz en términos amplios y, por lo mismo, deberá examinar los requisitos de existencia, validez y oponibilidad del*

referido contrato entre las partes intervinientes, al margen de que estas últimas cuenten o no con la legitimación o, en general, la posibilidad de solicitar la declaratoria de existencia, validez y oponibilidad del negocio".

Concluyó entonces el agente del Ministerio Público que, en el presente caso, el término de caducidad debía contarse a partir del conocimiento que se tuvo de los actos de corrupción que viciaron el Contrato de Concesión 001 de 2010, el cual se produjo con la suscripción del acuerdo de cooperación que Norberto Odebrecht firmó, en nombre de su empresa, con el Tribunal del Distrito Este de Nueva York, el 21 de diciembre de 2016, o a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia penal en la que se condenó al señor Gabriel Ignacio García Morales, ex viceministro de Transporte y ex director del INCO, como autor responsable de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos, en concurso heterogéneo con cohecho impropio, en relación con el Contrato de Concesión objeto de la controversia, pues *"No antes, pero posiblemente después, la opinión pública, en general, y el Ministerio Público, la ANI y el Tribunal Arbitral, en particular, tuvieron la posibilidad de conocer, aún parcialmente, el acto de corrupción que vició el contrato de concesión No. 001 de 2010 y, en consecuencia, el cómputo del término de caducidad para solicitar la nulidad del contrato debe principiar a partir de la ejecutoria de dicha providencia".* En cualquiera de los dos casos, el término de caducidad de la acción debe someterse a los dictados de la Ley 1437 de 2011, la cual se encontraba vigente para tal momento.

2.1.7. Consideraciones de la Sala:

2.1.7.1. El requisito de procedibilidad de la causal

El numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, contempla como causal de anulación del laudo arbitral la caducidad de la acción, la cual, según el penúltimo inciso de la norma, sólo podrá invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de la misma mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.

En relación con este requisito de procedibilidad, la Sala se remite a lo expuesto al resolver la causal primera de inoponibilidad del pacto, en cuanto allí se sostuvo que

este requisito sólo resulta predicable de quienes estuvieran formalmente vinculados al proceso para el momento en el que el Tribunal de Arbitramento profirió la providencia por medio de la cual asumió su competencia, pues no es de recibo que, habiendo tenido la oportunidad de controvertir tal decisión mediante la interposición del respectivo recurso, hayan dejado pasar tal ocasión para venir, posteriormente, a alegar un defecto o vicio que en su momento no evidenciaron en el trámite arbitral; y por cuanto lo contrario, es decir reclamar el cumplimiento del requisito de haber interpuesto el recurso en contra del auto de competencia a quienes se vincularon con posterioridad al proceso arbitral, equivale a una exigencia de imposible cumplimiento, lo cual resulta jurídicamente inadmisible.

Ahora bien, se observa que mediante auto No. 48 del 6 de abril de 2017 (Acta No. 37) -confirmado mediante Auto No. 49 del 24 de abril siguiente (Acta No. 38)-, el Tribunal Arbitral dispuso citar, entre otros, a las sociedades socias de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., para que, en su condición de litisconsortes cuasinecesarios de la sociedad convocante, manifestaran si era de su interés intervenir en el proceso; las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., respondieron manifestando no tener interés en participar en este proceso arbitral, en comunicación del 17 de mayo de 2017.

No obstante, el 23 de octubre de 2017, solicitaron que se admitiera su intervención en el proceso arbitral corno litisconsortes cuasinecesarios de la Convocante Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y fueron admitidas como tales mediante el Auto No. 66 del 7 de noviembre de 2017 (Acta No. 50), modificado por el Auto No. 67 del 28 de noviembre de 2017 (Acta No. 51).

Por su parte, las entidades financieras Banco de Bogotá S.A., Banco Popular S.A., Banco de Occidente S.A. y Banco AV Villas S.A., el 24 de mayo de 2018 solicitaron ser vinculadas al proceso en calidad de terceros coadyuvantes de la convocante Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., vinculación que fue admitida mediante Auto No. 99 del 31 de mayo de 2018 (Acta No. 83).

La providencia por medio de la cual el Tribunal Arbitral asumió su competencia fue el Auto No. 63, proferido durante la primera audiencia de trámite, el 3 de octubre de 2017, contra el cual no se interpuso recurso alguno.

De acuerdo con lo expuesto es claro que, para la fecha en la que el Tribunal de Arbitramento asumió competencia para conocer de la controversia derivada de la demanda arbitral y de la demanda de reconvención reformada, ninguna de estas tres recurrentes estaba formalmente vinculada al proceso, en calidad de litisconsortes necesarios o coadyuvantes de la convocante, circunstancia que se dio con posterioridad a ese momento procesal y, por disposición legal[41], tomaron el proceso en el estado en que se encontraba, razón por la cual, a juicio de la Sala, no se les podría exigir un requisito consistente en haber impugnado una providencia que se profirió con anterioridad a su vinculación.

En consecuencia, resulta procedente el análisis de la causal segunda de anulación, derivada de la caducidad de la acción, interpuesta por varios de los recurrentes.

2.1.7.2. El término de caducidad de la acción

Visto lo anterior, pasa la Sala a analizar el cargo aducido en contra del Laudo Arbitral:

Los recurrentes, en resumen, aducen que el Laudo Arbitral debe ser anulado, por cuanto a pesar de estar caducada la acción para pedir la nulidad absoluta del contrato, para la fecha de presentación de la demanda de reconvención reformada en la que se elevó tal pretensión, el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre la misma y accedió a declarar la nulidad absoluta alegada por la Agencia Nacional de Infraestructura y el Ministerio Público, de manera extemporánea. Y agregaron que, en tales condiciones, el Tribunal no podía tampoco declarar dicha nulidad de manera oficiosa.

La discusión gira en torno al régimen procesal que resultaba aplicable para efectos de determinar la oportunidad de presentación de la demanda en la que se pidió la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, pues mientras los recurrentes alegan que se debe acudir al C.C.A., esto es, el Decreto 01 de 1984 con las reformas introducidas por la Ley 446 de 1998 -*normas conforme a las cuales la acción estaría caducada*-, el Tribunal de Arbitramento, así como los oponentes Ministerio Público

[41] Artículos 62 y 71, C.G.P.

y Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, consideran que la norma aplicable es el CPACA, por ser la vigente para la fecha de presentación tanto de la demanda arbitral, como de la demanda de reconvención reformada, Código que, en su artículo 164, establece que podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras éste se encuentre vigente[42].

Al respecto, se observa que para la fecha de celebración del Contrato de Concesión 001 objeto de la controversia, esto es, el 14 de enero de 2010, se encontraba vigente el C.C.A., el cual, en relación con el término de caducidad de la acción contractual para demandar la nulidad absoluta del contrato, establecía, en el literal e) del numeral 10 del artículo 136: *"e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento".*

Si bien la regla general es que los contratos se rigen por las normas vigentes a la fecha de su celebración, se excluyen de ella, entre otras, las normas procesales, al tenor de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887:

> ***ART 38.*** *En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.*
>
> *Exceptúanse de esta disposición:*
>
> *1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y*
>
> *2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.*

---

[42] *"**ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA.** La demanda deberá ser presentada: // (…) j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. // Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente (…)".*

Lo dispuesto en el numeral primero anterior, obedece al hecho de que las normas procesales son de aplicación inmediata, una vez entran a regir, regla general que también tiene sus excepciones, tal y como lo dispone el artículo 40[43] de la referida ley:

> ***Artículo 40.*** *Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.*
>
> *Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.*
>
> *La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad.*

Como se lee en la norma, los términos que hubieren comenzado a correr, se regirán por las leyes vigentes cuando empezaron a correr.

Y aquí vale la pena advertir que la norma no se refirió a los términos que hubieren empezado a correr **dentro** de un proceso judicial ya en curso, simplemente se refirió a los términos procesales que -de conformidad con la ley, y en la forma dispuesta por ésta- hubieren iniciado su contabilización, como lo son los plazos de caducidad de las acciones, que, lógicamente, a pesar de constar en normas procesales, no corren dentro de un proceso, sino con anterioridad al mismo, y como presupuesto para su nacimiento válido, mediante la interposición oportuna de la respectiva demanda.

Si el artículo 136 del C.C.A disponía que el término de caducidad de la acción contractual para pedir la nulidad absoluta del contrato empezaba a correr una vez celebrado el contrato, no cabe duda de que, en relación con el Contrato de Concesión 001 de 2010, dicho término empezó a correr el día de su perfeccionamiento, es decir el 14 de enero de 2010, lo que significa que, para la fecha en que entró a regir el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA -Ley 1437 de 2011-, 2 de julio de 2012, ya se

[43] Modificado por el artículo 624 del C.G.P.

encontraba corriendo el término de caducidad de la acción establecido en el C.C.A. y, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el mismo seguía sujeto a las normas vigentes cuando comenzó a correr, es decir, el artículo 136, numeral 10, literal e) del C.C.A.

Dado que el plazo total estimado del contrato fue de 20 años, de conformidad con lo establecido en el literal e) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., el término de caducidad de la acción para demandar la nulidad absoluta del contrato era de 5 años, contados a partir de su perfeccionamiento. En consecuencia, dicho término se cumplió el 14 de enero de 2015.

Para la Sala, esta es la interpretación correcta que corresponde efectuar frente al tránsito de legislación de las normas procesales que se produjo en el presente caso, y que induce a la aplicación de lo dispuesto por el referido artículo 40 de la Ley 153 de 1887, sin que para los efectos, haya sido sustituida por el mismo CPACA, puesto que no es lo que se desprende de su artículo 308, en el que simplemente se indica su aplicación a futuro: a los procedimientos administrativos y procesos judiciales iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia, pero sin aludir a los términos que hubieren empezado a correr en vigencia del anterior estatuto procesal, razón por la cual resulta aplicable la regla general consagrada en la referida Ley 153. El artículo 308 dispone:

> *Art. 308. El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.*
>
> *Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.*
>
> *Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.*

Es claro entonces, que la norma no definió nada en relación con los recursos interpuestos, los términos que hubieren empezado a correr y la notificaciones y citaciones que se estuvieren surtiendo cuando entró a regir la Ley 1437 de 2011, circunstancia que, sin duda alguna, hace necesario acudir a las normas de

transición por conflicto de la ley procesal en el tiempo ya referidas, en relación con las cuales, la jurisprudencia ha dicho:

> *La Sala sostiene que las normas "concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios" son las disposiciones procesales y, por lo tanto, son de aplicación inmediata[44]; adicionalmente, señala que en los casos en que se configura el tránsito de legislación respecto de la regulación de términos de caducidad, salvo expresa disposición legal en contrario, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 40 antes transcrito el cual consagra y ordena, como regla general, la aplicación inmediata de las disposiciones de orden procesal, aún de procesos en curso, de manera que las actuaciones correspondientes deberán regirse por la ley nueva, con dos excepciones, respecto de las cuales la misma ley determina la aplicación de las normas anteriores, dándole un efecto ultractivo. Sucede cuando: i) los términos ya hubieren empezado a correr, y ii) las actuaciones y diligencias ya estuvieren iniciadas.*
>
> *Esta norma, contenida en el aludido artículo 40 de la Ley 153 de 1887, también debe ser acatada cuando se pretende reclamar en juicio los derechos emanados de un contrato, según lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, norma que consagró este supuesto como excepción a la mencionada regla general, de que "en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración", en consecuencia, tales reclamaciones deberán regirse, entonces, por las leyes nuevas.*
>
> *Destaca la Sala que la interpretación de los referidos artículos 38 y 40 de la Ley 153 de 1887 debe hacerse de manera armónica y sistemática, por tratarse de normas de contenido material que coinciden entre sí, como quiera que el numeral 1. del citado artículo 38, ordena la aplicación inmediata de las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio (leyes procesales) los derechos que resultaren del contrato, cuestión que por igual y en sentido idéntico regula el mencionado artículo 40.*
>
> *Por esa razón, las excepciones que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 consagra en relación con la regla que ordena la aplicación inmediata de las normas procesales, excepciones referidas a i) los términos que hubieren empezado a correr y, ii) las actuaciones y diligencias ya iniciadas, también deben aplicarse cuando se trata del tránsito de regulaciones procesales relacionadas con el modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, puesto que en esa específica materia las normas en estudio resultan perfectamente complementarias.*
>
> *La Sala ha precisado que aunque el numeral 1. del artículo 38 de la Ley 153 de 1887 no incluyó la referencia específica a los aspectos relacionados con i) los términos que hubieren empezado a correr y con ii) las actuaciones y diligencias ya iniciadas, ello encuentra explicación en cuanto a que, el propósito general del artículo 38 es regular la aplicación de las normas sustanciales en materia contractual ante el tránsito de legislación y sólo por excepción se ocupó de los asuntos procesales respectivos, mientras que, por el contrario, el propósito general del artículo 40 sí es, precisamente, el de ocuparse de señalar las reglas aplicables en asuntos procesales en caso de conflicto de leyes en el tiempo y al mismo se debe acudir cuando se trata de entender en su integridad el alcance de la excepción consagrada en el numeral 1. del citado artículo 38 cuyo contenido, en modo alguno pretendió consagrar reglas diferentes, especiales u*

[44] [24] *"Al respecto se pronunció la Corte Constitucional, en Sentencia C-619 de 2001".*

opuestas a las del aludido artículo 40 para los casos de reclamar en juicio derechos derivados de los contratos[45]*.* (Las subrayas son del texto original)[46].

En el presente caso, se observa que el Laudo Arbitral se profirió en un proceso en el que fueron acumulados a su vez, los procesos arbitrales 4190 y 4209, iniciados por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. en contra de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI mediante demandas presentadas el 6 de agosto y el 19 de agosto de 2015, respectivamente, y que fueron acumulados el 5 de septiembre de 2016 mediante el Auto No. 25 de esa fecha; la reforma de la demanda de reconvención presentada por la ANI -*en la cual se elevó la pretensión de declaratoria de nulidad absoluta del contrato*- fue presentada ante el Tribunal de Arbitramento el 18 de enero de 2017 y fue admitida mediante Auto No. 35 del 19 de enero del mismo año, confirmado mediante Auto No. 42 del 8 de febrero siguiente (Actas No. 30 y 35).

En relación con la demanda de reconvención -*cuya procedencia en el proceso arbitral admite el artículo 21 de la Ley 1563 de 2012*-, se observa que la misma constituye una de las actuaciones procesales que puede adelantar la parte demandada en el término de traslado de la demanda, y consiste en la formulación o presentación de un nuevo litigio entre las partes; se diferencia de la excepción, por cuanto esta va encaminada a cuestionar o atacar las pretensiones del demandante, mientras que aquella desencadena una controversia diferente, en la cual el demandante en reconvención propone sus propias pretensiones frente a la parte actora -*que pasa a asumir la posición de demandada en reconvención*-, y con su existencia lo que se busca es que la demanda principal y la de reconvención se tramiten y se decidan en el mismo proceso, razón por la cual esta es una figura en la que se da aplicación al principio de economía procesal, dado que permite la acumulación de demandas para que sean resueltas en el mismo proceso mediante una misma sentencia. *"La reconvención es un acto procesal de petición mediante el cual el demandado deduce oportunamente contra el actor una acción propia, independiente o conexa con la acción que es materia de la demanda, a fin de que ambas sean sustanciadas y decididas simultáneamente en el mismo proceso"*[47]*.*

---

[45] [25] *"Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de marzo de 2010, Exp. 36489"*.
[46] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2011, expediente 14827, C.P. Gladys Agudelo Ordóñez.
[47] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del 25 de octubre de 2019, expediente 62581, C.P. Marta Nubia Velásquez.

La demanda de reconvención *"(…) debe cumplir ciertos requisitos para su admisión, entre los cuales, se resaltan: (i) presentación dentro del término de fijación en lista; (ii) cumplir los requisitos de toda demanda y, (iii) formularse dentro del término de caducidad de la acción, -so pena de ser rechazada-*"[48].

Es claro entonces para la Sala, que la demanda de reconvención, si bien puede formularse dentro del término de traslado de la demanda principal, debe cumplir con todos los requisitos legales exigidos para cualquier demanda, entre los cuales se halla el de la oportunidad de su presentación, pues no se encuentra exenta de la aplicación de las normas sobre caducidad de la acción.

> *La doctrina autorizada ha sostenido que la reconvención es una demanda y por tanto debe reunir todos los requisitos de fondo y de forma de ese acto procesal, además de los requisitos específicos que establezca el legislador para su trámite.*
>
> *De allí que, a diferencia de lo sostenido por el a quo, para la admisión de la demanda de reconvención no solo es preciso verificar el cumplimiento de los requisitos del artículo 177 del CPACA, sino, de igual forma, las exigencias contenidas en los artículos 161 y siguientes de la misma codificación, salvo la conciliación prejudicial (…). Por consiguiente, para la admisión de la demanda de reconvención será preciso verificar los siguientes requisitos formales: (i) que haya sido propuesta dentro del término de traslado de la demanda o de su reforma, (ii) que el juez sea competente para tramitar la demanda principal y la reconvención, (iii) que el procedimiento sea idéntico, es decir, que la reconvención no se tenga que surtir mediante un procedimiento especial o diferente al proceso primigenio, y (iv) que se haya interpuesto dentro del término de caducidad*[49].

En otra ocasión, la jurisprudencia, refiriéndose a los plazos legales de caducidad de la acción, puntualizó:

> *19. Estos plazos resultan también aplicables para la demanda de reconvención. Por lo mismo, no le asiste razón al recurrente único cuando asegura que su demanda de reconvención fue presentada en tiempo, toda vez que a su juicio el término que se debe tener en cuenta es el de fijación en lista. Recientemente la Sala recordó que* "la demanda de reconvención no constituye un simple mecanismo de defensa, en cuanto da lugar a que el demandado formule pretensiones contra el actor, que por economía procesal pueden acumularse, tramitarse y resolverse dentro del mismo proceso"*[50]. Se trata, pues, de una*

[48] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 20 de febrero de 2020, expediente 43086.
[49] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del 29 de noviembre de 2016, expediente No. 58.318, C.P. Hernán Andrade Rincón.
[50] [10] *"Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de agosto de 2012, rad. 199409672-01 (23830), CP Stella Conto Díaz del Castillo".*

> *acción propia e independiente que, en desarrollo del principio de economía procesal, busca evitar la duplicidad de procesos permitiendo que las partes revistan simultáneamente el rol de demandantes y demandados*[51]*.*
>
> *20. De ahí que si bien es cierto que el artículo 217 del CCA faculta al demandado para presentar demanda de reconvención dentro del término de fijación en lista, no es menos cierto que* "el ejercicio de tal derecho solo es posible si se hace antes de que se haya configurado la caducidad de la acción. No podría ser de otra manera, porque la demanda de reconvención es una acción autónoma, que no pretende enervar las pretensiones de la demanda inicial, sino que está encaminada a obtener el reconocimiento de pretensiones diferentes"*[52]*.*[53]

De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta lo dicho en relación con la oportunidad para impugnar la validez del Contrato de Concesión 001 de 2010, que, como ya se dijo, iba hasta el 14 de enero de 2015, es claro que la reforma de la demanda de reconvención, en la que se incluyó por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI la pretensión de declaratoria de nulidad absoluta del contrato y que fue presentada el 18 de enero de 2017, lo fue cuando ya había caducado la acción para elevar dicha pretensión.

2.1.7.3. Las adiciones al contrato y el término de caducidad de la acción:

Otro aspecto que cable aclarar, es el relacionado con la afirmación según la cual si el contrato fue objeto de adiciones, el plazo de caducidad debe contabilizarse a partir de las mismas cuando se va a impetrar la nulidad absoluta del contrato, por lo que, en el presente caso, al haber sido objeto de tales adiciones el Contrato de Concesión 001 de 2010, la acción no estaría caducada.

Al respecto, se observa que lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia aducida para sustentar tal argumento, fue que si el contrato había sido objeto de adiciones y la nulidad se predica de estas últimas, la caducidad de la acción debe empezar a contabilizarse a partir de su suscripción. Pero esto no significa que, si lo

---

[51] [11] *"Cfr. López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo II, Bogotá, 1999, Dupré Editores, p. 23".*
[52] [12] *"Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de mayo 27 de 2004, rad. 25000-23-26-000-2001-0870-02(26275), CP Alier Eduardo Hernández Enriquez".*
[53] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de abril de 2013, expediente 24215, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

que se pretende es la nulidad del contrato principal, el término de caducidad también se pueda contar a partir de tales adiciones. Expresamente sostuvo:

> *Con todo, en virtud de que el contrato inicialmente celebrado puede ser objeto de adiciones o modificaciones posteriores convenidas por las partes, en esa hipótesis resultaría inaceptable que si se incurre en una nulidad absoluta en esa adición o modificación, pudiera luego aducirse para impedir el nacimiento del proceso en el que se impetre su declaración, que ya transcurrió el término de caducidad contado a partir del perfeccionamiento del contrato primigenio. Semejante conclusión desprotegería los intereses de la sociedad y del Estado en la transparencia de la gestión administrativa y de la observancia rigurosa del principio de legalidad. Por esa razón, la constitucionalidad de la norma objeto de la acusación habrá de condicionarse en el sentido de que si se produce modificación o adición del contrato por las partes, la caducidad se contará, en cuanto a ellas, a partir de la fecha de las mismas* (La Sala subraya)[54]*.*

De acuerdo con lo anterior, una cosa es la nulidad absoluta del contrato estatal y otra cosa, la nulidad de las adiciones o modificaciones que sobre el mismo hayan suscrito las partes, pues si bien la nulidad del contrato principal conlleva la nulidad de estas últimas, en virtud del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, no sucede lo contrario: Puede acontecer que, siendo válido el contrato principal, sus adiciones o modificaciones estén viciadas de nulidad, por lo que resulta perfectamente factible su impugnación independiente del contrato, y es a estos casos en particular, que se refirió la sentencia de la Corte Constitucional, al establecer que en tales circunstancias no resulta posible contabilizar el término de caducidad a partir de la suscripción del contrato principal, sino a partir de la celebración de la adición o modificación ilegal cuya nulidad se pretenda.

Por lo tanto, en el presente caso, no puede sostenerse que, al haber sido objeto de adiciones el contrato principal, el término de caducidad debe contabilizarse a partir de las mismas y que, por lo tanto, fue oportuna la demanda de reconvención en la que se pidió la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, puesto que si lo pretendido es la invalidación del negocio jurídico principal -*lo que conlleva la de los otrosíes, adiciones, etc. del mismo*-, es a partir de su suscripción que se cuenta el plazo de caducidad de la acción.

[54] Corte Constitucional, Sentencia C-709 del 5 de julio de 2001, en la cual se pronunció sobre la exequibilidad del literal e) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A.

2.1.7.4. El conocimiento de la ilegalidad como punto de partida para contabilizar el término de caducidad:

Ahora bien, en relación con el criterio según el cual el término de caducidad de la acción para pedir la nulidad absoluta del contrato debe contabilizarse a partir del conocimiento real que se tuvo sobre la ocurrencia de los hechos de corrupción que configuraron el objeto ilícito del negocio jurídico, observa la Sala que la regla general en materia de términos de caducidad de las acciones es que ellos son perentorios e improrrogables, corren de manera objetiva e ininterrumpida por lo que, a diferencia de los términos de prescripción, en su contabilización no se tienen en cuenta las condiciones particulares que puedan afectar la presentación oportuna de la demanda y, en consecuencia, no se suspenden ni se interrumpen, salvo en el caso del trámite de la conciliación prejudicial, en el que por expresa disposición legal se da dicha suspensión del término de caducidad de la acción mientras aquel se surte. Es decir que, al tratarse de un término que corre de manera objetiva, la caducidad opera de pleno derecho, por la sola omisión en el deber de presentar la demanda, frente a todas las personas y sin tener en cuenta la situación subjetiva de los titulares de la acción.

No se puede olvidar que la finalidad de los términos de caducidad de la acción que fija el legislador es la de generar estabilidad jurídica para las distintas situaciones creadas a partir de las actuaciones y negocios jurídicos celebrados, con lo cual se garantiza el interés general radicado en la seguridad jurídica de la estabilidad y firmeza de las actuaciones estatales, creadoras de situaciones jurídicas de carácter particular y concreto.

No obstante lo anterior, cabe resaltar que, en el caso concreto del control de legalidad de los contratos celebrados por las entidades estatales, cuya validez corresponde juzgar a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el legislador ha consagrado términos amplios para la presentación de la respectiva demanda, y fue así como el artículo 136 del C.C.A., -*en su versión vigente para la época en que empezó a correr el término*- dispuso que la caducidad de la acción para pedir la nulidad absoluta de un contrato sería igual a su duración, con un límite de 5 años para aquellos negocios jurídicos con una vigencia superior, plazo que se consideró suficiente para evidenciar los vicios que pudieran afectarlo, por lo que, transcurrido

dicho lapso, estaría caducada la acción para elevar la pretensión anulatoria del contrato.

Ese plazo establecido por el legislador, *"(…) no significa, en manera alguna que el Estado abandone el principio de legalidad sino que, en aras de su propio interés, que es el interés público, señala un momento a partir del cual en beneficio de la seguridad jurídica clausura la posibilidad de la tramitación de un proceso para deducir judicialmente la pretensión aludida",* pues *"Lo que ocurre en este caso es que frente a dos valores caros al Estado constitucional y democrático de Derecho, el legislador los concilia mediante el establecimiento de un término preclusivo para que dentro de él se ejerza la acción pertinente en defensa del principio de legalidad*[55]*.*

Por lo anterior, no resulta de recibo la afirmación según la cual debe tenerse en cuenta el momento en el que se tuvo conocimiento de la ilegalidad ocurrida en la celebración del contrato, para contar, a partir del mismo, el término de caducidad de la acción.

2.1.7.5. La facultad oficiosa del juez

No obstante lo expuesto, la Sala considera que no hay lugar a declarar la nulidad del Laudo Arbitral impugnado con fundamento en la causal de caducidad de la acción, toda vez que la decisión tomada en él no obedeció únicamente a la pretensión elevada por la demandante en reconvención o a la petición del Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, sino que se produjo como resultado del ejercicio de una facultad oficiosa radicada en cabeza del Tribunal de Arbitramento que, contrario a lo afirmado por los recurrentes, no desapareció porque hubiera mediado una pretensión en ese sentido.

Al respecto, se observa que los numerales cuarto, quinto y sexto de la parte resolutiva del Laudo, dispusieron:

> ***CUARTA:*** *Con fundamento en la pretensión primera de la reforma de la demanda de reconvención presentada por la* ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA***

[55] Corte Constitucional, Sentencia C-709 del 5 de julio de 2001.

***ANI,** de las solicitudes de la Procuraduría General de la Nación coadyuvadas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del ejercicio de las potestades oficiosas que le atribuye la ley al Tribunal, declarar la **NULIDAD ABSOLUTA,** por objeto y causa ilícitos y por haber sido celebrado con abuso y desviación de poder, del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre el entonces **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO,** posición que hoy ostenta la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** y la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.,** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

***QUINTA:** Con fundamento en la pretensión segunda de la reforma de la demanda de reconvención presentada por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI,** de las solicitudes de la Procuraduría General de la Nación coadyuvadas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del ejercicio de las potestades oficiosas que le atribuye la ley al Tribunal, declarar la **NULIDAD ABSOLUTA,** por objeto y causa ilícitos, del Otrosí No. 3 suscrito el 15 de julio de 2013, modificado el 13 de marzo de 2014, y el Otrosí No. 6 suscrito el 14 de marzo de 2014, junto con sus actas complementarias, que adicionaron el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrados entre la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** y la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.,** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

***SEXTA:** Con fundamento en la pretensión segunda de la reforma de la demanda de reconvención presentada por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI,** de las solicitudes de la Procuraduría General de la Nación coadyuvadas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del ejercicio de las potestades oficiosas que le atribuye la ley y como consecuencia de la decisión **CUARTA** anterior, declarar la **nulidad absoluta,** de los Otrosíes Nos. 1 del 11 de marzo de 2013, No. 2, del 5 de abril de 2013, No. 4 del 28 de octubre de 2013, No. 5 del 19 de diciembre de 2013, No. 7 del 14 de marzo de 2014, No. 8 del 23 de diciembre de 2014, No. 9 del 4 de diciembre de 2015 y No. 10 del 3 de noviembre de 2016, junto con sus actas y protocolos complementarios, y los demás acuerdos contractuales de ellos derivados, celebrados entre la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** y la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.,** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

Como se observa de la lectura de estas disposiciones del Laudo Arbitral, la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001 de 2010 y sus otrosíes, se produjo no sólo en virtud de las pretensiones de la demanda de reconvención reformada, sino también a petición del Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y, además, en virtud del ejercicio de la facultad oficiosa que le atribuyó la ley al juez del contrato.

En relación con dicha facultad, cuyo origen se halla en lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley 80 de 1993[56] y el artículo 1742 del Código Civil[57], la misma obedece a

[56] "*ARTÍCULO 45. DE LA NULIDAD ABSOLUTA. La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación (…)".*
[57] *"Art. 1742.- Subrogado. Ley 50 de 1936, art. 2º.- La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede*

la necesidad de dotar al juez de la indispensable competencia para controlar la validez del negocio jurídico que le es presentado en el proceso como origen de las reclamaciones contenidas en la demanda, por constituir un presupuesto obligado para el estudio de las mismas, el que su fuente sea legal; de modo que, si el juez advierte la presencia de vicios que lo invalidan, mal puede resolver sobre la procedencia de las pretensiones sin pronunciarse sobre la nulidad absoluta que surge en relación con el acto o contrato que les sirve de fundamento.

La nulidad absoluta de los actos o contratos surge como sanción legal por la presencia de vicios de tal envergadura[58], que el legislador consideró procedente su expulsión del tráfico jurídico en aras de salvaguardar, primordialmente, el interés público -y en segundo lugar el interés privado-, razón por la cual se autoriza que su declaratoria sea pedida no sólo por todo el que tenga interés en ello, sino también por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley, e incluso autoriza al juez para declararla oficiosamente, sin que la misma pueda sanearse por la ratificación de las partes.

Contrario de lo que sucede con las nulidades relativas, que se configuran por vicios de menor entidad y atienden principalmente al interés particular del afectado que, por lo tanto, tendrá que alegarla, aunque puede sanearse por la ratificación de las partes y no procede su declaratoria oficiosa por parte del juez[59].

---

alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moralidad o de la ley (…)".

[58] El artículo 1741 del C.C. establece que surge la nulidad absoluta i) del objeto o causa ilícitos, ii) de la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y iii) en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces; por su parte, los artículos 1519, 1521 y 1523 del mismo Código, establecen que hay un objeto ilícito i) en todo lo que contraviene al derecho público de la nación, ii) en la enajenación de cosas que no están en el comercio, o de derechos o privilegios que puedan transferirse a otra persona, o de las cosas embargadas por decreto judicial, y iii) en todo contrato prohibido por las leyes. El C. de Co., en su artículo 899, establece que será nulo absolutamente el negocio jurídico cuando i) contraríe una norma imperativa, ii) tenga causa u objeto ilícitos y iii) sea celebrado por persona absolutamente incapaz. Aparte de estas causales contenidas en las normas de derecho privado, la Ley 80 de 1993, en su artículo 44 consagró, como causales de nulidad absoluta de los contratos estatales regidos por sus normas, cuando i) se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución o la ley; ii) se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; iii) se celebren con abuso o desviación de poder; iv) se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten y v) se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.

[59] Artículo 1743 del C.C.: *"La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por la ratificación de las partes".*

Dada la finalidad de interés general involucrada en la sanción de nulidad absoluta de los actos y contratos, el hecho de que una de las partes en el litigio eleve tal pretensión de declaratoria de nulidad absoluta del contrato, no se traduce en la desaparición de la facultad atribuida al juez para pronunciarse de oficio sobre su existencia, puesto que la ley sólo exige para ello que la nulidad esté demostrada y que en el proceso estén las partes del contrato. Así lo ha reconocido la jurisprudencia:

> *(…) nuestro ordenamiento jurídico regula un poder excepcional del juez para declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato, que, conforme lo precisó la Sala Plena de la Corporación, es procedente si "la nulidad está plenamente demostrada en el proceso y en el mismo intervienen las partes contratantes o sus causahabientes.*[60]
>
> *Sobre el referido poder, la Sala ha precisado que puede ejercitarse al dictar el fallo, en cualquiera de las instancias, y así la controversia judicial no haya girado en torno a dicha nulidad, mientras en el proceso intervengan las partes contratantes, porque de lo contrario se violaría la garantía constitucional del debido proceso.* [61]
>
> *Esa facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato, no está sometida al término de caducidad de la acción, porque el ejercicio de una potestad difiere sustancialmente del ejercicio del derecho de acción, por virtud del cual se acude a la jurisdicción para pedir la declaración judicial en el sentido que propone el actor*[62]*.*

En otra ocasión, dijo:

> *Las causales de nulidad absoluta están concebidas por el ordenamiento jurídico como una sanción que implica privar de eficacia los actos jurídicos y los contratos que se han erigido en contravía de los intereses superiores, por cuya protección propende el orden jurídico, con el fin de proteger al conglomerado social de los efectos adversos que puedan desprenderse de un acto jurídico o un contrato viciado de tales tipos de ilegalidad*[63]*.*
>
> *La Sala ha precisado en distintas oportunidades que la facultad del juez de declarar de manera oficiosa las nulidades absolutas que sean manifiestas en los actos o contratos no está sometida al régimen de la caducidad, no solo porque resulta evidente que durante el trámite del proceso puede transcurrir el tiempo previsto por el ordenamiento jurídico para que fenezca la oportunidad de alegarlas por la vía de acción, sino porque la facultad oficiosa difiere ostensiblemente del derecho público subjetivo de acción y los términos de caducidad están concebidos como límites temporales para hacer efectivos ante*

---

[60] [5] "*Sentencia del 6 de septiembre de 1999 Expediente No. S-025"*.
[61] [6] *"Sentencias del 7 de octubre de 1999, expediente 12.387 y del 1 de agosto de 2002, exp. 21.041"*.
[62] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005, expediente 12249, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.
[63] [12] *"BRUGI Biagio. Instituciones de Derecho Civil. Págs. 122 y s.s".*

> *la jurisdicción, por la vía de acción, los derechos sustanciales; además, el fenecimiento del término de caducidad carece de la virtualidad de sanear los vicios de que adolezcan los actos o contratos; sin embargo, la facultad del juez no es ilimitada. En efecto, para declarar la nulidad de manera oficiosa, debe observar:*
>
> *i) que no haya transcurrido el término de prescripción extraordinaria a la cual se refiere el artículo 1742 del C.C., pues, ocurrida la prescripción, se produce el saneamiento de los vicios[64] ii) que en el proceso se hallen vinculadas las partes intervinientes en el contrato o sus causahabientes y iii) que el vicio surja de manera ostensible, palmaria o patente[65]. (…)*[66]

Lo expuesto por la jurisprudencia significa que, en relación con la competencia del juez, no puede contabilizarse el término de caducidad de la acción como se hace frente al demandante, puesto que el mismo está instituido en relación con el mecanismo de acceso a la administración de justicia, pero no como una limitación para la actuación del juez dentro del proceso, una vez el mismo ha sido válidamente iniciado.

Además porque, como en reiteradas ocasiones lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, en cuanto a términos, la única limitación legalmente contemplada a la facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato, está dada por la posibilidad de saneamiento por prescripción extraordinaria, consagrada en el artículo 1742 del Código Civil, prescripción que, tal y como lo ha entendido la Corte Constitucional, en estas condiciones, resulta ser extintiva del derecho de acción[67]:

> *El Código Civil define la prescripción de la siguiente manera: "La prescripción* es *un modo de adquirir las cosas ajenas,* o *de extinguir las acciones* o *derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.*
>
> *Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción" (art. 2512 C.C.)*
>
> *La prescripción puede ser adquisitiva, liberatoria* o *extintiva de derechos y acciones. En el presente caso la Corte sólo* se *referirá* a *la extintiva de la acción de nulidad absoluta, por ser ésta la de interés para resolver la demanda. No sin*

[64] [13] "*Corte Constitucional, sentencia C-597 de 1998".*
[65] [14] *"Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 16 de febrero de 2006, exp. 13.414".*
[66] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 3 de octubre de 2012, expediente 26140, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.
[67] Sin perjuicio de la imprescriptibilidad de los bienes de uso público.

antes recordar que "La prescripción que extingue las acciones o derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta ese tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible." (art. 2535 C.C.)

En este orden de ideas, la prescripción contenida en la norma acusada es la extintiva de la acción de nulidad absoluta, es decir, que transcurrido el plazo de 20 años, las personas a quienes el legislador les concedía la facultad para incoarla ya no podrán hacerlo, ni el juez decretarla de oficio, pues ha precluido el término para ello y, por consiguiente, el acto que contenía el vicio queda purgado, esto es, saneado por ese aspecto[68]*.*

De acuerdo con lo anterior, para efectos del ejercicio de la facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato, se requiere que la despliegue dentro de un proceso en el que pueda fallar de fondo, lo que necesariamente implica que la demanda en ejercicio de la respectiva acción haya sido presentada en tiempo; pero, además, que no se haya producido el saneamiento de la nulidad por prescripción.

Ahora bien, en relación con la aplicación, en el presente evento, de lo dispuesto en sentencia del 3 de diciembre de 2018, expediente 60716[69], en la cual se anuló un laudo arbitral que había declarado la nulidad absoluta de un contrato, por considerar el juez del recurso extraordinario que se configuró la alegada causal de caducidad de la acción, debe la Sala precisar que, en efecto, el caso allí resuelto no es igual al que es objeto de la presente controversia.

En aquella ocasión, la demanda que dio origen al proceso arbitral, en la que se adujeron pretensiones de incumplimiento contractual, fue presentada cuando ya había corrido el plazo de caducidad de la acción de controversias contractuales, razón por la cual al juzgador no le quedaba más remedio que reconocer su existencia y abstenerse de efectuar cualquier pronunciamiento de fondo.

En el *sub-lite,* la demanda arbitral fue presentada oportunamente. Esta diferencia conduce a que, en el presente caso, el Tribunal de Arbitramento, quedó habilitado para decidir de fondo la controversia, a diferencia de lo sucedido en el proceso antes citado, en donde la caducidad de la acción, respecto del libelo introductorio que

[68] Corte Constitucional, Sentencia C-597 del 21 de octubre de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
[69] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Guillermo Sánchez Luque.

daba inicio al proceso arbitral, impedía que el juzgador emitiera cualquier decisión de mérito.

Lo anterior no cambia por el hecho de que en relación con las pretensiones de la demanda de reconvención hubiera operado la caducidad de la acción, puesto que, de todos modos, habiendo sido presentada en tiempo la demanda inicial, los árbitros adquirieron competencia para proferir un pronunciamiento de fondo.

Un entendimiento diferente daría lugar a la conclusión, insostenible, de que el Tribunal de Arbitramento estaba habilitado para decidir sobre los posibles incumplimientos contractuales o alteraciones del equilibrio económico del contrato, pero no pudiera pronunciarse sobre la validez del contrato mismo, materia de aquellas pretensiones, dejando de lado la facultad oficiosa que expresamente le ha sido atribuida por la ley en esta materia.

Por las razones expuestas, la Sala considera que no se configuró la causal de anulación consistente en haber operado la caducidad de la acción.

2.2. Falta de competencia y jurisdicción

Esta causal de anulación del Laudo Arbitral, contenida en el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, fue alegada por i) Sociedad Estudios y Proyectos del Sol Episol S.A.S., ii) el apoderado conjunto de las entidades financieras Banco de Bogotá S.A., Banco Popular S.A., Banco de Occidente S.A. y Banco AV Villas S.A., y por iii) La Fiduciaria Corficolombiana S.A., en los siguientes términos:

2.2.1. Episol S.A.S.[70]:

Fundó esta causal en el hecho de que el Tribunal de Arbitramento, al modificar las cifras que fueron validadas por el tercero experto -que en este caso lo fue la firma Forest Partners, Estrada y Asociados S.L. Duff & Phelps Company (“D&P”), designada por el Tribunal-, para efectos de determinar las sumas a reconocer a favor de las partes a título de restituciones mutuas por la declaratoria de nulidad

[70] F. 16, c. Recursos.

absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, actuó sin competencia y con desconocimiento de lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, que establece:

> *Parágrafo 1. En los contratos de Asociación Público Privada suscritos o que se suscriban, cuando una autoridad judicial declare la nulidad absoluta del contrato estatal, o cuando una autoridad administrativa o judicial o la respectiva entidad estatal contratante ordene su terminación originada en una causal de nulidad absoluta, en la liquidación se deberá reconocer el valor actualizado de los costos las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual.*
>
> *Estos factores serán actualizados con el índice de precios al consumidor (IPC) histórico desde el momento de su ocurrencia, hasta el mes inmediatamente anterior a la fecha de la liquidación.*
>
> *Los reconocimientos a que haya lugar deberán cumplir con los siguientes criterios, los cuales serán validados por la interventoría o por un tercero experto: (…).*

Según la recurrente, la confrontación de la anterior disposición con lo realizado por el Tribunal de Arbitramento, es demostrativa de que éste efectuó ajustes al dictamen pericial de Duff & Phelps, para lo cual no tenía competencia.

Luego de transcribir apartes de la carta remitida por el experto al Tribunal el 10 de julio de 2019, en la que resumió la determinación del valor a reconocer a favor de la Concesionaria según la Pregunta 3 que se le había formulado [71], teniendo en cuenta para ello la sentencia de exequibilidad de la Ley 1882 de 2018 expedida por la Corte Constitucional y sus consideraciones sobre las restituciones que proceden en caso de nulidad absoluta de un contrato que desarrolle proyectos de asociación público privada, la recurrente sostuvo que el Tribunal de Arbitramento violó el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 al pretender "sustituir" al tercero experto determinado por la ley

[71] La Pregunta 3 a la que se refiere, fue: *"De manera paralela el perito determinará el valor actualizado de los costos, inversiones y gastos ejecutados por el contratista durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 -incluidos sus anexos y apéndices, otrosíes, actas modificatorias, adicionales y demás documentos contractuales-, incluyendo los intereses, siempre que cumplan con las siguientes condiciones: i) Haber sido ejecutados, total o parcialmente, para satisfacer el interés público; ii) Estar asociados al desarrollo del objeto contractual; iii) Corresponder como máximo a precios o condiciones de mercado al momento de su causación de acuerdo con la modalidad contractual; iv) No corresponder a costos o penalidades, pactadas o no, que terceros hayan aplicado al contratista en razón a la terminación anticipada de las relaciones contractuales no laborales, salvo que se trate de aquellos asociados a los contratos de crédito, leasing financiero o a la terminación de los contratos de derivados de cobertura financiera del proyecto. El perito deberá identificar si existen costos, inversiones y gastos que correspondan a activos que no revirtieron al Estado y su valor actualizado".* Pg. 569 del Laudo Arbitral.

y al hacer los descuentos que consideró procedentes, desestimando la prueba pericial, que, para estos casos, de acuerdo con la referida norma, constituye una "tarifa legal" que debe ser respetada por el juez.

2.2.2. Banco de Bogotá S.A., Banco Popular S.A., Banco de Occidente S.A. y Banco AV Villas S.A.: Alegó la causal de falta de jurisdicción y competencia, fundada en dos circunstancias[72]:

2.2.2.1. Que el Tribunal de Arbitramento no podía ejercer la facultad oficiosa para declarar la nulidad absoluta del contrato, puesto que esa fue una pretensión de la demanda de reconvención, que se presentó en forma extemporánea.

Adujo que el Tribunal, al declarar la nulidad del contrato, lo hizo acogiendo tanto las pretensiones de la ANI, como la solicitud del Ministerio Público, pero también activando su competencia de oficio, como si no hubiera existido petición de parte. Para las recurrentes, cuando no están dados los presupuestos procesales para emitir una decisión de fondo en relación con las pretensiones de la demanda, el Tribunal de Arbitramento no puede activar sus competencias oficiosas. La declaración de nulidad absoluta del Contrato y sus otrosíes, sin estar cumplido el presupuesto procesal de haberse demandado en tiempo, impone al juez de la anulación, que se declare que el Tribunal carecía de competencia.

Agregó que el análisis de oficio de la nulidad absoluta del contrato era improcedente, porque el Tribunal ya había resuelto sobre la acción de nulidad ejercida por los sujetos procesales; y que no podía, como en efecto lo hizo, declarar de oficio la nulidad del contrato, existiendo petición de parte, lo que excluía el ejercicio de potestades jurisdiccionales oficiosas, así el sentido de la decisión fuera el mismo.

Por lo tanto, al haberse declarado la nulidad absoluta del contrato, de oficio, no obstante haber mediado pretensión de parte, las determinaciones así tomadas en el laudo están afectadas de los vicios de falta de competencia y jurisdicción del Tribunal.

[72] F. 137, c. Recursos.

2.2.2.2. Otro cargo esgrimido en el recurso de anulación por estos bancos, fue el de la falta de competencia del Tribunal para resolver sobre asuntos no determinados en la ley que regula la liquidación de las restituciones mutuas.

Explicó que, en virtud de la solicitud de la ANI en la demanda de reconvención de que se declarara la nulidad absoluta del Contrato de Concesión, el Tribunal Arbitral resolvió que era procedente la aplicación del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, en consonancia con los lineamientos de la Sentencia C-207 de 2019 de la Corte Constitucional.

Según la recurrente, dicha sentencia de la Corte *"adoptó una serie de decisiones que buscaban proteger los derechos* ***de quienes financian obras de infraestructura (terceros de buena fe)****. Dicha garantía, de paso, deriva de la protección del mecanismo del contrato de concesión y las APP, pues tal como lo explican los antecedentes de la sentencia, esos modelos contractuales se soportan en la atracción de la inversión privada, mientras el Estado, con sus escasos recursos, atiende las necesidades más imperiosas"* (las negrillas y las subrayas son del texto original). Según esta sentencia, quien debe realizar la evaluación para hacer las restituciones es el juez del contrato, y sin desvirtuar la buena fe, pues se presume, proceden las restituciones. En caso contrario, no proceden. Así mismo, la sentencia dejó en claro que la razón por la cual se declaraba su exequibilidad era, entre otras, para salvaguardar la actividad financiera, por ser ésta de interés público, en los términos del artículo 335 de la Constitución Política.

Es decir que, a juicio de las recurrentes, el sentido del artículo 20 de la Ley 1882 y se la referida sentencia C-207, *"fue evitar que el riesgo y los efectos adversos de declarar la nulidad absoluta de un contrato recayeran en los financiadores (y en últimas, por el ahorro público), y en definitiva, a costa de la viabilidad del mecanismo de contratación estructurado bajo la modalidad de APP o de concesión, que se soporta en la inversión de recursos privados y/o provenientes del ahorro".*

A pesar de lo anterior, el Tribunal de Arbitramento, luego de señalar los reconocimientos pendientes de pago, *"creyendo que de esta forma atendería el deber que le impuso la Corte Constitucional de dirigir los recursos al pago del pasivo externo, estableció, sin competencia, la forma en que dicha suma debía distribuirse":*

(i) las obligaciones laborales, (ii) las obligaciones fiscales y/o impuestos, (iii) las obligaciones con proveedores y finalmente, (iv) las obligaciones con los financiadores del proyecto, y dispuso en el numeral décimo de la parte resolutiva del laudo, que las obligaciones con terceros de buena fe serían cubiertas *"en el estricto orden fijado en la parte motiva de esta providencia",* y complementó ese orden en la providencia que resolvió la solicitud de aclaraciones y complementaciones, estableciendo que los mayores valores de las acreencias, no cubiertas con el valor reconocido al concesionario, no podrán ser pagados, en ningún caso, con recursos públicos.

A juicio de las recurrentes, tales determinaciones no estaban autorizadas por la norma, razón por la cual el Tribunal actuó sin tener competencia para ello. Adujeron que, *"de conformidad con la ley, solamente los* ***jueces de un concurso*** *pueden, con la audiencia de los acreedores, después de evaluar las pruebas sobre los créditos y su exigibilidad, y a través de un procedimiento reglado que tiene plazos y formalidades, establecer una prelación de pagos",* por lo que ni a la luz del pacto arbitral contenido en el Contrato de Concesión 001 de 2010 ni de la ley, los árbitros en Colombia son -ni pueden hacer las veces- de jueces de un concurso, como aquí lo hicieron, faltando al ámbito estricto de su competencia.

Se hizo alusión a los contratos de financiamiento suscritos entre la Concesionaria y las entidades financieras, que tenían registrada a su favor una garantía mobiliaria -en los términos de la ley 1676 del 2013-, por virtud de la cual la totalidad de los recursos que se encuentran en el patrimonio autónomo deben usarse para pagarse única y exclusivamente a los Bancos. Estas entidades desembolsaron a la Concesionaria una suma cercana a los dos billones cuatrocientos mil millones de pesos, y al momento de proferirse el laudo, la deuda era superior a 1,4 billones de pesos, a pesar de lo cual sólo se reconoció en el mismo la suma de $ 211.273'405.561, con el agravante de que dicha suma se destinará, preferentemente, a pagarle a acreedores no financiadores del proyecto.

Y a pesar de que en cumplimiento del Contrato de Concesión se celebró una fiducia mercantil irrevocable de administración de recursos, de la cual eran beneficiarios del fideicomiso los bancos, por lo que pasó a ser *"garantía de la financiación otorgada por los prestamistas",* es decir, garantía a favor de los bancos, el Tribunal,

al fijar una prelación de créditos, e incorporando acreedores no financieros, obró sin competencia para ello y con esto, terminó por desconocer, sin fórmula de juicio, los derechos de los acreedores tutelados por la Ley 1882 de 2018, la Ley 1673 de 2013 y el propio contrato de fiducia.

2.2.3. La Fiduciaria Corficolombiana S.A.[73]:

El recurrente reiteró que el Patrimonio Autónomo ha debido ser citado al proceso y notificado de la demanda arbitral, para que decidiera si adhería o no al pacto arbitral. Y que "[c]*omo el Patrimonio Autónomo no suscribió el pacto arbitral, la única forma en que se podía dictar un Laudo Arbitral que determinara el monto de los Bienes Fideicomitidos era notificando al Patrimonio Autónomo sobre la existencia del proceso arbitral y dándole la oportunidad de adherirse a la cláusula arbitral -y que se adhiriera- y a partir de ello aportar y controvertir las pruebas pertinentes. Y que fruto de este debate, y previa adhesión al pacto arbitral, se ordenara qué hacer con los Bienes Fideicomitidos".*

Pero que el Tribunal de Arbitramento no lo citó ni lo notificó de la existencia del proceso arbitral ni lo llamó para que se hiciera parte del mismo y manifestara si adhería o no al pacto arbitral, *"para que fuera el Tribunal de Arbitramento de marras quien decidiera sobre sus activos".*

Por la anterior razón, el Laudo resultó determinando el monto de los bienes fideicomitidos, sin que el Patrimonio Autónomo hubiera habilitado a los árbitros para tomar esa decisión, pues *"(…) en ningún momento el Patrimonio Autónomo decidió que dichos asuntos fueran decididos por los árbitros, de manera que nunca aceptó anticipadamente sujetarse a lo que se decidiera en el Laudo Arbitral. Pese a ello, el Laudo Arbitral decidió sujetarlo a lo allí resuelto. Con esto, se presentó la causal de anulación a que se refiere el numeral 2º del artículo 41 de la ley 1563 de 2012, esto es,* 'falta de jurisdicción o competencia' *del Tribunal de Arbitramento para decidir lo que decidió en relación con el Patrimonio Autónomo".*

[73] F. 331, c. Recursos.

Lo anterior, por cuanto ninguna habilitación hizo el Patrimonio Autónomo para que el Tribunal de Arbitramento decidiera sobre sus acreencias o sobre un orden de pago y, en general, en relación con nada relacionado con sus derechos, *"con lo cual se pone en evidencia que el Tribunal carecía por completo de competencia para decidir lo que decidió frente al Patrimonio Autónomo y frente a los Bancos".*

Sólo a través del pacto arbitral se otorga competencia a los árbitros para pronunciarse, con efectos de cosa juzgada, sobre un asunto. Y en el presente caso, ni la recurrente ni los Bancos ni en general, los acreedores de la Concesionaria, habilitaron a los árbitros para tomar las decisiones contenidas en los numerales Noveno, Décimo y Décimo Primero de la parte resolutiva del Laudo Arbitral.

En relación con el requisito de procedibilidad de la causal, señaló el recurrente que *"en el presente caso el primer pronunciamiento del Tribunal respecto a los Bienes Fideicomitidos se hizo en el Laudo Arbitral, de manera tal que no era jurídicamente posible haber hecho valer los motivos constitutivos de esta causal de anulación en una oportunidad procesal anterior al presente recurso, menos al momento de que el Tribunal de Arbitramento dictara el auto de asunción de competencia",* por lo que la recurrente se encuentra ante un requisito que era fáctica y jurídicamente imposible de cumplir.

2.2.4. Oposición de la Agencia Nacional de Infraestructura[74]:

En relación con la causal de falta de competencia del Tribunal, por considerar que el artículo 20 de la Ley 1882 excluyó de la competencia de los árbitros la determinación de los reconocimientos que proceden en caso de nulidad absoluta del contrato, ya que la norma le confirió exclusivamente a terceros expertos o al interventor la competencia para determinar el valor de las restituciones o reconocimientos en tal caso, la ANI sostuvo, en primer lugar, que tal aseveración resultaba contradictoria con la conducta observada por el recurrente Episol S.A.S. durante el trámite procesal, en el cual le pidió al Tribunal de Arbitramento que valorara los dictámenes periciales, tal y como lo hizo el Laudo Arbitral, pero ahora, al resultar inconforme con la decisión adoptada, de forma sorpresiva y contrariando los cánones

[74] F. 604, c. Recursos.

de la buena fe, el recurrente afirma que el laudo incurrió en un supuesto yerro de procedimiento, *"(…) al valorar unas pruebas que, bajo una interpretación amañada de la Ley 1882, no podían ser analizadas al tratarse de valoraciones de terceros expertos con 'competencia' preferente y prevalente sobre los Árbitros".*

Para la ANI, tal interpretación llevaría a sostener que la Ley 1882 *"(…) creó un mecanismo alterno de solución de conflictos en donde se le asignó a terceros expertos la determinación de las consecuencias económicas de la nulidad de contratos de APP o de Concesión de Infraestructura de Transporte, sin que medie análisis o intervención del Juez o, lo que es aun más exótico, estando el juez sometido ciegamente a tener como ciertas las valoraciones realizadas por estos terceros".*

Sobre los demás argumentos planteados por las coadyuvantes para sustentar esta causal, la entidad no se pronunció, por considerar que coincidían con lo ya expuesto.

2.2.5. Intervención de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado[75]:

La Agencia consideró, en relación con la causal de falta de competencia en los términos expuestos por las recurrentes, que en realidad lo que pretenden es que se aborde nuevamente el análisis del asunto de fondo y se reviva el debate probatorio, y que se cuestionen los razonamientos jurídicos y/o la valoración probatoria utilizada por el Tribunal Arbitral para emitir el Laudo.

Sostuvo que en la aplicación del parágrafo del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 el Tribunal se limitó a cumplir la norma, que prevé la protección de los terceros ajenos a la causa que da origen a la anulación del contrato, o a la parte que dio lugar a ella, y por lo tanto es claro que *"(…) con apego a la interpretación de protección a los terceros emanada de la Corte Constitucional, resolvió con acierto privar al Contratista de la facultad de disponer a su antojo de los saldos existentes en fiducia",* y llamó la atención sobre el hecho de que los mismos bancos, en sus intervenciones en el proceso arbitral, habían pedido precisamente que se aplicara la prelación en su favor, con fundamento en lo dispuesto en la Sentencia C-207 de 2019.

[75] F. 473 a 528, c. Recursos.

Manifestó que las razones esgrimidas como sustento de este cargo, de falta de jurisdicción o competencia del Tribunal para tomar las decisiones contenidas en los numerales Noveno, Décimo y Décimo Primero del Laudo Arbitral, resultan contradictorias con lo pedido por los bancos en los alegatos de conclusión, en particular con el monto económico de sus aspiraciones de reconocimiento y/o restitución, pues para los bancos el Tribunal era competente para fijar una suma de dinero a su favor, pero como en el Laudo se fijó una suma menor, entonces se perdería la competencia y la jurisdicción.

Consideró que los bancos alegaron que el Tribunal no tenía competencia para fijar órdenes de prelación de pagos de las acreencias, porque ellos no resultaron primeros en ese orden, y ahora ven en riesgo la restitución de las deudas a su favor, pero esa no fue la posición que asumieron a lo largo del proceso arbitral, e ignoran el hecho de que, al actuar en esa forma, el Laudo estaba aplicando la Sentencia C-207 de 2019.

Agregó la Agencia que *"Los bancos, EPISOL y el patrimonio autónomo en este proceso han sido enfáticos en la necesidad de aplicar la sentencia C-207 de 2019; todos pregonan en ello y en la calidad* ***de terceros acreedores de buena fe que ella, y el artículo 20 de la ley 1882 de 2018, les reconoce. Pero cuando son tratados en el laudo como terceros, insisten en que debían ser tratados como parte"*** (negrillas del texto original).

Y sobre el mismo cargo, aducido por la Fiduciaria Corficolombiana S.A., adujo la Agencia que, como los demás bancos, la Fiduciaria intenta establecer que el Tribunal se apartó del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y de la Sentencia C-207 de 2019 al no reconocer a los terceros acreedores la totalidad de las sumas de dinero a que ellos aspiraban, a título de restituciones, y que para ello, ahora alega que el Tribunal no podía decidir sin haber notificado al Patrimonio Autónomo sobre la existencia del proceso, para darle la oportunidad de adherirse al pacto arbitral, argumento que no adujo cuando concurrió al proceso, ni cuando participó en el saneamiento de las nulidades procesales, ni cuando alegó de conclusión. La Fiduciaria, según sus intervenciones en el proceso, aceptaba la jurisdicción y competencia del Tribunal para declarar la nulidad del contrato y para fijar reconocimientos a título de restituciones a favor de los bancos o terceros que determinara, pero luego, inconforme con los

valores fijados en el Laudo, considera que era incompetente o que le faltaba jurisdicción, porque la recurrente no adhirió al pacto arbitral.

2.2.6. Concepto del Ministerio Público[76]**:**

Manifestó el Ministerio Público que esta causal fue alegada por varios de los recurrentes, con fundamento en dos circunstancias: 1) haberse pronunciado oficiosamente los árbitros sobre la nulidad absoluta del contrato, cuando una de las partes expresamente la había pedido y además, dado que el presupuesto temporal no se cumplió para el pedimento de nulidad contractual efectuado por la ANI, no era posible el ejercicio de la facultad oficiosa asignada al juez del contrato para disponer su declaratoria, por la falta de competencia por el factor temporal; y 2) el desbordamiento de las medidas que adoptó el Tribunal de Arbitramento para fijar las restituciones mutuas consecuentes de la nulidad absoluta del contrato, dado que el pronunciamiento de los montos y conceptos, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, únicamente podría efectuarlo el interventor o un tercero experto.

En relación con la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento, el Ministerio Público consideró que debía rechazarse esta causal, porque de un lado, no se cumplió el requisito legal previo para su proposición como causal de anulación de conformidad con lo dispuesto por el penúltimo inciso del artículo 41, de la Ley 1563 de 2012, en cuanto no se interpuso recurso de reposición en contra del auto mediante el cual el Tribunal de Arbitramento se declaró competente para conocer de la controversia.

Y ningún sujeto procesal, cuando acudió o fue vinculado al trámite arbitral, señaló inconformidad con dicha competencia, y así lo ratifica el Auto No. 35, que obra en el Acta No. 109 del 12 de julio de 2019, al efectuar el control de legalidad de la etapa probatoria que culminaba en ese momento -art. 132, C.G.P-, frente al cual los sujetos procesales señalaron que la actuación surtida hasta ese momento se hallaba conforme con las normas constitucionales y procesales y no vislumbraban irregularidades constitutivas de nulidades, situación que se presentó igualmente

[76] F. 538 a 603, c. Recursos

cuando se ejecutó el control de legalidad que estipula el artículo 132 del C.G.P., en lo atinente a la etapa de alegatos de conclusión, luego del recuento de lo actuado hasta esa fase. Y frente a esa aquiescencia de los sujetos procesales sobre la competencia que asumió el Tribunal de Arbitramento para dirimir las controversias contractuales entre la convocante y la convocada, *"es palmario que los recurrentes no agotaron el requisito de procedibilidad que los habilitara para impugnar el laudo acudiendo a este razonamiento".*

Y de otro lado, consideró el Ministerio Público que carece de asidero jurídico la argumentación que sustenta esta causal de anulación del laudo arbitral, por cuanto el Tribunal de Arbitramento sí era competente para resolver sobre la nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001 de 2010 y sus efectos económicos, y los argumentos aducidos en contrario, no entrañan en sentido estricto aspectos de índole procesal sino sustancial, *"(…) debido a que el disentimiento recae directamente sobre las medidas que se adoptaron en lo relativo a las restituciones económicas, derivadas de la nulidad contractual",* en relación con las cuales también se alegaron las otras causales de anulación, a las que aludiría luego.

No obstante, señaló que en lo atinente a los derechos de los terceros coadyuvantes de la parte convocante, que emanan de los contratos de crédito suscritos entre las entidades financieras y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., o el contrato de fiducia mercantil celebrado entre esta y la Fiduciaria Corficolombiana S.A., el laudo y su complementación no tienen efecto de cosa juzgada, debido a que estos actos jurídicos no fueron objeto del proceso arbitral, y por ello, las obligaciones derivadas de los contratos de crédito y fiducia, coligados al Contrato de Concesión 01 de 2010, pueden ser exigidas por sus acreedores a su deudora, a través de los mecanismos jurídicos que tienen a su disposición ante la jurisdicción ordinaria.

Las órdenes dadas por el Tribunal de Arbitramento al respecto, obedecieron a lo establecido por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y las consideraciones de la Sentencia C-207 de 2019 que, junto al artículo 79 de la Ley 1563 de 2012 y las disposiciones legales puntualizadas en el auto que declara la competencia en el trámite arbitral y la cláusula compromisoria del Contrato de Concesión, indican que *"(…) el Tribunal sí tenía competencia para conocer y decidir sobre la nulidad absoluta de este negocio jurídico, los efectos económicos y las restituciones*

económicas si a ellas hubiere lugar, lo que comprendía la determinación de las deudas del proyecto vial frente a los acreedores de buena fe".

El Tribunal de Arbitramento, así mismo, tenía competencia para pronunciarse de oficio sobre la validez del Contrato de Concesión, a pesar de que una de las partes hubiere elevado dicha petición, porque al juez del contrato, *"(…) la ley lo obliga a que la sentencia que profiera atienda los extremos de la litis y/o aquellos aspectos que de conformidad con la ley deban ser objeto de pronunciamiento".*

No hubo falta de competencia temporal, como lo aseguraron los recurrentes frente a la nulidad absoluta del contrato, porque, como ya lo explicó el Ministerio Público, la acción no estaba caducada.

Y la discusión que propuso la sociedad Episol frente a la prueba pericial incorporada al proceso arbitral, de manera improcedente revive en sede de anulación un debate probatorio y de cuestionamiento a la valoración y al análisis que el Tribunal Arbitral plasmó en el Laudo, sin embargo, esta confrontación no constituye un vicio de competencia que anule el laudo.

Por las anteriores razones, el Ministerio Público se opuso a la causal de anulación y pidió que se declare infundada y se deniegue.

2.2.7. Consideraciones de la Sala:

2.2.7.1. La jurisdicción y competencia de los árbitros

Por autorización constitucional -art. 116-, los particulares pueden ser investidos temporalmente de la función de administrar justicia en una causa específica, por voluntad de las partes involucradas en la controversia, siempre que la misma verse sobre asuntos de libre disposición o autorizados por la ley -art. 1º, Ley 1563 de 2012-, razón por la cual tales particulares, en la condición de árbitros, adquieren jurisdicción temporal, para impartir justicia en un determinado litigio, resuelto el cual, habrá de desaparecer dicha jurisdicción.

El ejercicio de jurisdicción por parte de los árbitros, además de estar condicionado por la voluntad de las partes, que acuerdan renunciar a la justicia estatal para encargar a un tribunal arbitral la solución de sus litigios, se enmarca en lo expresamente acordado por estas en el pacto arbitral, que puede revestir la modalidad de cláusula compromisoria de un contrato, para dirimir las controversias que, a futuro, puedan surgir de su celebración, ejecución, terminación y liquidación, o de compromiso, como acuerdo de voluntades suscrito una vez surge la controversia, para someterla a la decisión de árbitros.

En dicho pacto arbitral las partes pueden limitar los asuntos que deberán resolver los árbitros, o someter a su decisión todas las controversias que, con ocasión del negocio jurídico que las une, surjan entre ellas.

Así mismo, la competencia de los árbitros se halla circunscrita a lo que, dentro del marco de lo estipulado en el pacto arbitral, las partes expresamente aduzcan como pretensiones y excepciones en la demanda arbitral y su contestación.

Aparte de los anteriores límites a la actuación de los árbitros, dado que son verdaderos jueces en su causa, de ellos se predican las mismas potestades y prerrogativas de aquellos que hacen parte de la rama judicial, razón por la cual deben ejercerlas en el proceso arbitral en cuanto sea necesario y, por lo tanto, les corresponde resolver sobre todo aquello que, si bien no fue expresamente pedido por las partes, resulta necesario para decidir la controversia o surge de las facultades oficiosas que le corresponde ejercer a todo juez.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala no comparte la interpretación que los recurrentes hacen en relación con la supuesta limitación al ejercicio de la facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato puesto en su conocimiento, consistente en haber sido expresamente pedida por una de las partes, lo que, a su juicio, le impedía al Tribunal de Arbitramento declarar de oficio la nulidad.

Y no la comparte, porque esto no se desprende de lo dispuesto en la misma ley, toda vez que el artículo 1742 del C.C. expresamente dice que la nulidad absoluta puede *y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte,* lo que significa

que prima ese poder-deber del juez sobre lo que al respecto dispongan las partes en sus pretensiones, y es independiente de los términos en que aquellas planteen la controversia, por lo que, con o sin petición de parte, el juez conserva dicha potestad.

Como de tiempo atrás lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia:

> *(…) en el año de 1935, con ponencia del Magistrado Eduardo Zuleta Angel, la misma corporación amplió sus anteriores conceptos: "Cuando la nulidad aparece de manifiesto en el acto o contrato tal nulidad debe ser declarada de oficio por el Juez, haya sido o no alegada por las partes y bien sea que la parte que la alega tuviera o no derecho para hacerlo, pues la sanción de la nulidad absoluta obedece a razones de interés general y tiene por objeto asegurar el respeto de disposiciones de orden público, por lo cual el texto legal que señala las condiciones en que ellas deben ser declaradas deben ser interpretado con la mayor amplitud posible. (…) cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato, el Juez no podría abstenerse de declararla por el hecho de haber sido alegada por quien ejecutó el acto o celebró el contrato (…) (G. J. Tomo XLII, No. 1899, Pág. 372).*[77]

Y el Consejo de Estado, en épocas más recientes, también ha sostenido que "*(…) el juez no sólo tiene la facultad sino el deber de declarar la nulidad absoluta total o parcial de un contrato, aun sin petición de parte, cuando esté demostrada en el proceso la causal prevista en la ley*"[78], afirmando que "[c]*abe recordar que el artículo 1742 del Código Civil autoriza el decreto oficioso de la nulidad absoluta por parte del juez, al tiempo que establece dicha declaración como imperativa*[79] *siempre que se encuentre plenamente demostrada en el proceso, con*

[77] Citadas en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 1º de febrero de 1979, expediente 2199, C.P. Jorge Dangond Flores; reiterada en sentencia del 19 de noviembre de 1981, expediente 3038, C.P. Jorge Valencia Arango.

[78] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2015, expediente 29742, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

[79] [16] *"Señala expresamente la norma: ARTÍCULO 1742. OBLIGACION DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA. Subrogado por el art. 2º, Ley 50 de 1936. El nuevo texto es el siguiente: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria" – se destaca-".*

audiencia de las partes o sus causahabientes, como lo prevé el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, mediante el cual se modificó el artículo 87 del C.C.A.[80][81]*.*

Como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia, los únicos requisitos para el ejercicio de dicha facultad oficiosa, recaen en i) que aparezca probada la nulidad del contrato, ii) que las partes del contrato estén presentes en el proceso y iii) que no haya operado la prescripción extraordinaria que conduce a su saneamiento[82].

Satisfechos dichos requisitos, puede y debe proceder el juez a declarar la nulidad absoluta del contrato, total o parcial, siempre que la halle configurada y con independencia de lo que las partes hayan pedido en sus pretensiones.

Es decir que, contrario a lo afirmado en la impugnación, la competencia del juez para el pronunciamiento de oficio, no está ligada a las actuaciones de las partes en el proceso, pues proviene de la ley y se impone su ejercicio, dirigido en este caso, a la salvaguarda y protección del interés general, que resulta afectado por la existencia, en el tráfico jurídico, de contratos incursos en causales de nulidad absoluta, las cuales se encuentran fundadas en la violación de normas imperativas que rigen su formación, o en la presencia de objeto o causa ilícitos, o de otros defectos que el legislador ha considerado de tal gravedad, que permite su anulación oficiosa.

---

[80] [17] *"Código Contencioso Administrativo, Artículo 87. De las controversias contractuales. Subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. (…) // El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes. // En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil".*

[81] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 7 de febrero de 2018, expediente 36391, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo

[82] Entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 1999, expediente 12387, C.P. Alier Hernández Enríquez; sentencia del 16 de febrero de 2006, expediente 13414, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente 15324, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 8 de marzo de 2007, expediente 15052, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 18 de marzo de 2010, expediente 14390, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Subsección A, sentencia del 3 de octubre de 2012, expediente 26140, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; sentencia del 6 de febrero de 2020, expediente 61720, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

En tales condiciones, considera la Sala que el cargo planteado, de falta de competencia del Tribunal Arbitral para declarar la nulidad absoluta del contrato, no está llamada a prosperar.

2.2.7.2. Falta de competencia del Tribunal para resolver sobre asuntos no determinados en la ley que regula la liquidación de las restituciones mutuas.

Son tres, básicamente, los argumentos que se aducen en los recursos de anulación que alegaron este cargo:

1- Falta de competencia derivada de haber modificado las cifras validadas por el tercero experto Duff & Phelps, al determinar el Tribunal de Arbitramento las sumas a reconocer a título de restituciones mutuas, como resultado de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato. Se sostuvo en la impugnación, que el Tribunal efectuó ajustes al dictamen pericial sin tener competencia para ello, y que pretendió sustituir al tercero experto determinado por la ley.

2- Que el Tribunal de Arbitramento estableció, sin tener competencia para ello, el orden estricto en que debían distribuirse los reconocimientos a favor de terceros de buena fe y al fijar una prelación de créditos e incorporar acreedores no financieros.

3- Que al no haber sido citados y notificados el Patrimonio Autónomo y los bancos para que adhirieran o no al pacto arbitral, el Tribunal de Arbitramento actuó sin tener competencia para decidir sobre las acreencias del Patrimonio Autónomo y un orden de pago y frente a los bancos. Ni éste ni los bancos habilitaron a los árbitros para tomar las decisiones de los numerales 9, 10 y 11 de la parte resolutiva del Laudo.

Sobre estos tres puntos, la Sala estima:

2.2.7.2.1. En relación con el primero de estos cargos, según el cual el Laudo Arbitral está viciado por falta de competencia fundada en que el Tribunal Arbitral modificó el dictamen pericial del tercero experto que debió servir, exclusivamente, para la determinación de los reconocimientos que, a título de restituciones, se debían

efectuar, la Sala considera que el cargo no está llamado a prosperar, por cuanto lo que se está cuestionando, realmente, es la valoración que efectuó el juzgador respecto de las pruebas obrantes en el plenario, y que debían servir de sustento a su decisión, con lo cual se pretende reabrir el debate probatorio, cuestión propia de una segunda instancia, que resulta ajena al recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral.

Esa labor de valoración probatoria halla su sustento legal en lo dispuesto por el artículo 176 del C.G.P., conforme al cual *"Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica",* estableciendo así mismo la norma que *"El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba".*

No puede afirmarse por lo tanto que, al dar cumplimiento el Tribunal de Arbitramento al referido deber, haya obrado sin competencia, puesto que la norma que se cita como fundamento del cargo, esto es, el parágrafo primero del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, en parte alguna restringe la facultad judicial de valorar conjuntamente las pruebas que obren en el proceso, dentro de las cuales se hallará, precisamente, el concepto del interventor o el dictamen pericial que se practique para verificar, como lo dispone la norma, que los reconocimientos a que haya lugar correspondan a los costos, las inversiones y los gastos ejecutados por el contratista, que i) hayan sido ejecutados, total o parcialmente, para contribuir a satisfacer el interés público, ii) estén asociados al desarrollo del objeto del contrato, iii) correspondan máximo a precios o condiciones del mercado al momento de su causación de acuerdo con la modalidad contractual y iv) no correspondan a costos o penalidades, pactadas o no, que terceros hayan aplicado al contratista en razón a la terminación anticipada de las relaciones contractuales no laborales.

La Sala considera que esa validación del interventor o tercero experto que se requiere respecto de los rubros que serán objeto de inclusión en los reconocimientos que surjan a título de restituciones a partir de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, es un elemento de juicio más que deberá tener en cuenta el juez, quien es el único competente para efectuar tal declaratoria y para establecer la existencia y monto de las respectivas restituciones.

Sin que se pueda afirmar, como lo entienden algunos recurrentes, que la ley haya transferido la función judicial a esos terceros expertos -interventor o perito- de manera tal, que la única decisión válida en cuanto a la clase y monto de los reconocimientos sea la que coincida exactamente con los montos que aquellos hayan calculado y determinado en sus dictámenes. Ni la ley ni la Corte Constitucional en su providencia de constitucionalidad, establecieron una tarifa legal respecto del dictamen del tercero experto, ni determinaron que el mismo no pueda ser aceptado parcialmente por el juez o árbitros en el proceso en el que se determinan los reconocimientos previstos en la Ley 1882 de 2018.

De acuerdo con lo expuesto, se reitera que, el cargo aducido de falta de competencia por la referida circunstancia no se configuró y, por lo tanto, no está llamado a prosperar.

2.2.7.2.2. Sobre la falta de competencia para establecer un orden de pago:

Como ya se dijo en párrafos anteriores, la competencia de los árbitros se halla circunscrita a lo que, dentro del marco de lo estipulado en el pacto arbitral -que, a su vez, está limitado por lo que constitucional y legalmente puede ser objeto de arbitramento-, las partes expresamente aduzcan como pretensiones y excepciones en la demanda arbitral y su contestación, pero también contempla el ejercicio de todas las potestades y prerrogativas propias de cualquier juez al administrar justicia, razón por la cual les corresponde resolver sobre todo aquello que, si bien no fue expresamente pedido por las partes, resulta necesario para decidir la controversia.

En concordancia con lo anterior, no se puede dejar de lado lo dispuesto por el artículo 230 constitucional, conforme al cual *"los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley",* y el artículo 7º del C.G.P., que reitera que *"los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley",* pero agrega que *"Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina".*

El artículo 42 del C.G.P., complementando el artículo 153 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, regula los deberes del juez -que son igualmente predicables de los árbitros-, respecto de los cuales, como lo sostuvo el maestro

Devis Echandía, *"(…) es un deber usar esas facultades, cuando con ellas puedan llegar a la justicia y a la verdad, y que, por consiguiente, estarán faltando a sus deberes, cuando dejen de utilizarlas por pereza o por descuido, pues no creo que sea el caso de decir por ignorancia."*[83]

Dentro de esos deberes que le son impuestos al juez, se halla el de decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquélla sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes y, en su defecto, la doctrina constitucional, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho sustancial y procesal (numeral 6, art. 42, C.G.P.).

Este deber hace parte de los que la doctrina denomina de decisión, y le *"(…) impide al juez abstenerse de proveer alegando inexistencia de norma aplicable al caso controvertido (…). Como el funcionario debe resolver la petición que se le formula, este deber es una de las bases para erradicar definitivamente las sentencias inhibitorias que tanto daño causan a la administración de justicia, pues el fallo inhibitorio no resuelve la controversia"*[84].

En el presente caso, dado que el Tribunal Arbitral concluyó que el contrato de concesión objeto de la controversia estaba viciado de nulidad absoluta y por lo tanto procedería a declararla, resultaba aplicable el parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, a pesar de ser norma posterior a su celebración, en virtud de lo dispuesto en el último inciso del parágrafo primero[85].

Dicha norma establece que cuando se declare la nulidad absoluta del contrato de concesión, *"(…) en la liquidación se deberá reconocer el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual",* aunque debe entenderse que, tratándose de

---

[83] Devis Echandía, Hernando, *"Nuevo Procedimiento Civil Colombiano",* Conferencias dictadas en el Colegio Mayor del Rosario, Bogotá, Edic. Rosaristas, 1970, t. I, p. 61.
[84] López Blanco, Hernán Fabio; *"Código General del Proceso"*, Parte General, 2ª ed., Dupré Editores, 2019, p. 222.
[85] *"Lo dispuesto en el presente parágrafo también será aplicable a la liquidación de los contratos de concesión de infraestructura de transporte celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012"*.

la declaratoria judicial de nulidad absoluta del contrato, lo que procede son las restituciones mutuas y no la liquidación[86].

Más adelante, la norma dispone los criterios que deben cumplir los reconocimientos que se hagan: i) que hayan sido ejecutados, total o parcialmente, para contribuir a satisfacer el interés público; ii) que estén asociados al desarrollo del objeto del contrato; iii) que correspondan máximo a precios o condiciones del mercado al momento de su causación de acuerdo con la modalidad contractual; y que iv) no correspondan a costos o penalidades, pactadas o no, que terceros hayan aplicado al contratista en razón a la terminación anticipada de las relaciones contractuales no laborales[87].

Y así mismo, establece cómo se atenderá el reconocimiento en cuestión:

> *El reconocimiento de los valores que deba hacer la entidad estatal al contratista en el marco de la liquidación se atenderá así:*
>
> *(i) Con los saldos disponibles a favor de la entidad contratante en las cuentas y subcuentas del patrimonio autónomo del respectivo contrato.*
>
> *(ii) Si los recursos a los que se refiere el numeral (i) no fueren suficientes, la suma restante deberá ser consignada por la entidad estatal hasta en cinco (5) pagos anuales iguales, cuyo primer pago se efectuará a más tardar 540 días después de la fecha de liquidación.*
>
> *Los pagos diferidos de que trata el presente numeral tendrán reconocimiento de los intereses conforme al reglamento que para tal efecto emita el Gobierno nacional. Lo anterior, sin perjuicio de que las partes acuerden un plazo de pago menor.*

---

[86] Como lo reconoció la Corte Constitucional: *"(…) la disposición se propone regular dos hipótesis diferentes, que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha distinguido claramente en su origen y efectos: de un lado, la* ***nulidad absoluta del contrato*** *que debe ser declarada por el juez (o el tribunal arbitral) del contrato, por determinadas causales, evento en el cual se plantea una controversia judicial o arbitral que concluye con una providencia que tiene efectos retroactivos y en las cuales, según las circunstancias del caso, pueden hacerse* ***reconocimientos de restituciones mutuas;*** *y de otra parte,* ***la terminación unilateral del contrato*** *que se produce por medio de acto de la administración en ejercicio de sus potestades excepcionales y de forma obligatoria (artículo 45, inciso segundo Ley 80 de 1993), ante la ocurrencia de ciertas causales de nulidad absoluta (1, 2 y 4 del artículo 44, Ley 80 de 1993), evento en el cual la entidad deberá proceder a realizar la* ***liquidación del contrato".*** Sentencia C-207 de 2019.

[87] La norma establecía, enseguida de esta disposición, la siguiente excepción: *"salvo que se trate de aquellos asociados a los contratos de crédito, leasing financiero o a la terminación de los contratos de derivados de cobertura financiera del proyecto",* la cual fue declarada inexequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-207 de 2019.

Como se advierte, la norma dispuso qué reconocimientos había lugar a hacer en favor del contratista en caso de declaratoria de nulidad absoluta del contrato, aunque no estableció nada en relación con el destino de tales reconocimientos que se efectuaran, lo cual sí hizo la Corte Constitucional en la sentencia en la que revisó la constitucionalidad de la norma, C-207 de 2019, en la que decidió, en su parte resolutiva, declarar exequible el inciso primero de la norma demandada, en forma condicionada a la interpretación que allí se dio:

> ***PRIMERO. -*** *Declarar* ***EXEQUIBLE,*** *por los cargos analizados en la presente sentencia, el parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, salvo:*
>
> *a) El inciso primero, que se declara* ***EXEQUIBLE,*** *en el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud.*

Es decir que, de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional en dicha providencia, los reconocimientos que se hagan en la sentencia que declara la nulidad absoluta del contrato de concesión, deben estar dirigidos *"(…) al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe".*

Se advierte fácilmente que, ni la norma legal en cuestión, ni lo decidido por la Corte Constitucional, estableció la forma como tales reconocimientos debían efectuarse, frente a la presencia de varios acreedores terceros de buena fe.

Ahora bien, en el Laudo Arbitral[88], una vez se concluyó que el Contrato de Concesión objeto de la controversia estaba viciado de nulidad absoluta, se procedió a estudiar lo concerniente a las consecuencias de su declaratoria, específicamente a sus efectos económicos, partiendo de reconocer que, en materia de contratos estatales como éste, las normas aplicables para tales efectos eran: i) el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, conforme al cual procede el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta la declaratoria de nulidad, y hasta el monto del beneficio que hubiere obtenido la entidad; y ii) más específicamente, tratándose de

[88] F. 372 y sgtes., Laudo Arbitral

un contrato de infraestructura vial, el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-207 de 2019.

Así, dispuso que "[d]*e acuerdo con lo anterior, dentro de los parámetros que dicha Ley señala y en los precisos términos que la Corte determinó en la Sentencia C-207 de 2019, el Tribunal procederá en el capítulo siguiente a estudiar y decidir sobre el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas en beneficio del interés público y pendientes de pago*"[89] y estableció que, según las consideraciones del referido fallo de constitucionalidad:

> *(…) la Corte Constitucional, en su sentencia, estableció los siguientes lineamientos:*
>
> *1. El juez o el árbitro deben definir los reconocimientos "a que pueda haber lugar".*
> *2. El monto de los reconocimientos debe tener relación directa con el grado de satisfacción del interés público.*
> *3. Los reconocimientos deben ser dirigidos por el propio Tribunal al pago de terceros de buena fe.*
> *4. Los reconocimientos dependen del conocimiento de la ilicitud. Para tales efectos, el juez puede levantar el velo a fin de establecer el grado de relación de los terceros con el contratista y el conocimiento que tengan de la conducta. También debe evaluarse si los terceros actuaron con buena fe exenta de culpa.*
> *5. Las entidades financieras, en cuanto manejan recursos del público, deben ser tratados como terceros de buena fe exenta de culpa.*
> *6. Solo si luego del pago de las deudas del proyecto frente a los acreedores de buena fe quedan recursos disponibles, procederá la apropiación de las mismas a título de restitución del capital invertido por el contratista o socio que haya actuado sin dolo, mala fe o conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad.*
> *7. Todas las sumas, sin excepción, deben ser indexadas, incluidos los intereses.*
> *8. La disposición debe ser aplicada retroactivamente*[90].

Luego de analizar las pruebas obrantes en el proceso con miras a establecer el monto de las restituciones a que había lugar, se detuvo en el estudio de las consideraciones de la Corte sobre el destino que se debía dar a los recursos que se reconocieran por tal concepto, y concluyó:

> ***2.9. Aplicación de la Sentencia C-207-18 de la Corte Constitucional para el direccionamiento de los pagos a terceros de buena fe***[91]

[89] F. 374, Laudo Arbitral
[90] F. 449 del Laudo Arbitral
[91] F. 470 del laudo arbitral.

La suma a reconocer a la Concesionaria en cuantía de $211.273.405.561, será distribuida de la manera siguiente, de acuerdo con los lineamientos establecidos por la Corte Constitucional en su Sentencia C-207-19.

De acuerdo con la más reciente información suministrada por la Concesionaria Ruta del Sol a D&P mediante comunicación del 16 de julio de 2019, a 30 de Junio de 2019 su pasivo externo está discriminado así:

2.9.1. Obligaciones fiscales y/o impuestos: $ 282.544.600
2.9.2. Obligaciones laborales: $ 1.448.707.380
2.9.3. Obligaciones financieras: $ 1.479.130.767.364, distribuidos así: (i) capital: $1.250.069.037.331; e (ii) intereses: $229.061.730.391
2.9.4. Obligaciones de la Concesionaria con vinculadas: $ 5.500.633.260
2.9.5. Obligaciones con proveedores de la Concesionaria $ 6.208.639.238
2.9.10. Obligaciones con proveedores de CONSOL: $ 7.513.509.046, tramitadas por la Concesionaria para la autorización de la ANI.
2.10. Obligaciones de CONSOL con vinculadas: $ 13.016.601.915, tramitadas por la Concesionaria para la autorización de la ANI.
2.11. Obligaciones reveladas a la fecha de la Concesionaria con CONSOL: $ 330.626.062.660, por concepto de liquidación del contrato EPC.

Al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 20 de la ley 1882 de 2018, la Corte Constitucional en la citada sentencia afirmó:

> *Por lo tanto, el reconocimiento de las restituciones a que haya lugar no es un simple pago al contratista, sino que la autoridad competente de la declaratoria de nulidad del contrato debe dirigir los recursos para garantizar el pago de las obligaciones con los acreedores de buena fe, incluyendo la protección del ahorro captado del público. Solo si luego de pagar todas las deudas del proyecto frente a los acreedores de buena fe quedan recursos disponibles, procede la apropiación de las mismas a título de restitución del capital invertido por el contratista o socio que haga parte de la persona contratista, que haya actuado sin dolo, mala fe o conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad (Se subraya).*
>
> *En ese sentido, la Corte Constitucional considera que el primer inciso del parágrafo 1º demandado debe ser declarado exequible de forma condicionada, en el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud.*

En otro aparte de la sentencia, sostuvo la Corte:

> *En conclusión, los principios constitucionales de moral pública, buena fe y prevalencia del interés público, que se desprenden de los artículos 1, 4, 34, 58 y 83 de la Carta Política impiden obtener provecho de las actuaciones ilícitas y de mala fe, y por otro lado la regla general aplicable a todos los contratistas, tanto en la legislación civil, comercial como administrativa, implica que, en caso de actuar a sabiendas de la ilicitud que genera la nulidad absoluta de un contrato, no se puede ser beneficiario de restituciones.*

> *Por lo tanto, para la Corte Constitucional dadas las características propias de los contratos de APP y de concesión de obras de infraestructura vial, en que la mayor parte del capital en riesgo pertenece a terceros de buena fe y en particular al ahorro captado del público, las restituciones a que haya lugar en los casos en que se declare la nulidad absoluta de uno de estos contratos se regirán bajo la regla general de la protección de la buena fe, y por lo tanto, deben dirigirse primordialmente a satisfacer el pago de las deudas que el proyecto haya adquirido con terceros de buena fe. A contrario sensu, cuando esté demostrado que el contratista, así como sus miembros y socios, o terceros aparentes (para lo cual la autoridad competente podrá recurrir al levantamiento del velo corporativo) hayan actuado dolosamente, de mala fe o con conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad absoluta del contrato, ellos no podrán ser objeto de reconocimientos a título de restituciones.*

Y más adelante concluyó:

> *7.2.3. Conclusiones sobre el primer inciso del parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018*
>
> *Atendiendo a los criterios antes descritos, la Corte Constitucional encuentra que el inciso primero del parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 se ajusta a lo dispuesto por los artículos 1, 4, 58 y 83, bajo el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud.*
>
> *Por lo tanto, la Corte Constitucional considera que, frente a los cargos examinados, el tercer inciso y los literales (i) e (ii) del parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 resultan acordes con la Carta Política.*

Para el Tribunal es entonces claro que, de acuerdo con lo expresado por la Corte y en aras de la protección de terceros de buena fe, debe indicar la forma en que deben imputarse los pagos que deban realizarse por efecto de los reconocimientos a que de conformidad con la ley resulten.

Como quiera que el Tribunal declaró probadas unas sumas económicas que la ANI debe asumir, procederá a indicar el orden al cual debe atenerse la entidad oficial para satisfacer la prestación a su cargo, así:

Con los saldos de la Fiducia disponible a favor de la ANI en las cuentas y subcuentas del patrimonio autónomo creado por virtud del Contrato de Fiducia:

1. *Obligaciones laborales*
2. *Obligaciones fiscales y/o impuestos*
3. *Obligaciones con proveedores de la Concesionaria Ruta del Sol, con excepción de sus vinculados Económicos y de Consol, según el cuadro anexo*[92]*.*
4. *Obligaciones financieras, a cada banco, en la proporción que a cada uno le corresponda sobre el total de las acreencias.*

[92] En la providencia que resolvió las solicitudes de aclaración, corrección, adición y complementación del Laudo Arbitral, se aclaró que la mención de este cuadro anexo fue un error de transcripción (numeral tercero, f. 662, c. del Laudo Arbitral).

> *Dado que los recursos en dichas cuentas no alcanzan para atender las obligaciones financieras, para cubrir el pago de la totalidad de la suma que deba restituirse se deberá dar aplicación a lo dispuesto en el literal (ii) del parágrafo 1 del artículo 20 de la ley 1882 de 2018, de acuerdo con el cual: (ii) Si los recursos a los que se refiere el numeral (i) no fueren suficientes, la suma restante deberá ser consignada por la entidad estatal hasta en cinco (5) pagos anuales iguales, cuyo primer pago se efectuará a más tardar 540 días después de la fecha de liquidación. Los pagos diferidos de que trata el presente numeral tendrán reconocimiento de los intereses conforme al reglamento que para tal efecto emita el Gobierno Nacional. Lo anterior, sin perjuicio de que las partes acuerden un plazo de pago menor*[93]*.*

De acuerdo con lo anterior, advierte la Sala que el Tribunal de Arbitramento procedió a dar cumplimiento a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, en los términos ordenados por la sentencia de constitucionalidad de la norma, para lo cual fue necesario establecer la forma como los reconocimientos a terceros de buena fe debían llevarse a cabo, detalle que ni la norma ni la Sentencia C-207 de 2019 establecieron.

Dicha circunstancia no relevaba al juez de la causa de su obligación de proferir un fallo que permitiera la aplicación de lo decidido en él ni era procedente ordenar unas restituciones a favor de la parte convocante, dejando en sus manos la determinación

[93] En la providencia que resolvió las solicitudes de aclaración, corrección, adición y complementación del Laudo Arbitral, se aclaró que (numeral segundo): *"(…) cuando el Tribunal decidió en la resolución novena del Laudo proferido el 6 de agosto de 2019 que la ANI debe realizar el pago de $24.217.280.235,28 'en los términos del numeral ii) del Parágrafo Primero del Artículo 20 de la Ley 1882 de 2018' se refiere al procedimiento previsto en dicho numeral para completar los recursos de la Fiducia que no alcancen para pagar los reconocimientos hechos por el Tribunal, de manera que no puede haber ningún desembolso de la ANI o de la Nación en su nombre en exceso de los $24.217.280.235,28 mencionados. // De esta manera, la frase citada entre comillas lo único que pretende es armonizar esta cifra de $24.217.280.235,28 con el hecho cierto de que el Tribunal no tiene clara la fecha o fechas en las cuales se realizarán los respectivos desembolsos por $187.056.125.325,72 con cargo a los recursos existentes en el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2, razón por la que no puede desconocer que esta última suma, que se encuentra en la Fiducia, se mantendrá generando rendimientos financieros hasta su retiro definitivo. // En consecuencia, la suma de $24.217.280.235,28 que en principio tendría que ser dispuesta por la ANI para completar la suma de $211.273.405.561 objeto del laudo, es apenas un referente calculado hasta la fecha en que se profirió el mismo, pues seguramente va a tener un monto inferior dados los respectivos rendimientos financieros de la Fiducia causados con posterioridad al 6 de agosto de 2019. Es así como el Tribunal determinó que debería cumplirse su determinación en el sentido de que los reconocimientos tienen una cuantía total de $211.273.405.561, ni un peso más, ni un peso menos. // En definitiva, la suma de $211.273.405.561 fue el único reconocimiento que se hizo en el Laudo de acuerdo con la Ley 1882 de 2018 a favor de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y con base en lo previsto en dicha Ley y en la Sentencia C-207 de 2019 de la Corte Constitucional, dicha suma debe direccionarse para el pago de las obligaciones de terceros de buena fe. // Obligaciones a favor de terceros de buena fe o de otros acreedores que no se alcancen a cubrir con tales recursos y hasta el límite de los $211.273.405.561, deben ser cubiertas o satisfechas por sus deudores -sea la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. o el Consorcio CONSOL- o por sus avalistas o garantes y en ningún caso por la ANI o la Nación con recursos públicos y por ello, para satisfacer tales obligaciones ya no es aplicable la Ley 1882 de 2018".*

de la forma como tales recursos serían destinados al pago de los terceros de buena fe, puesto que, tal y como lo anunció la Corte Constitucional, es al juez a quien le corresponde direccionar las restituciones al cumplimiento de dicha finalidad. Razón por la cual no puede predicarse que el Tribunal Arbitral hubiera actuado sin competencia, pues se reitera, la competencia, en este caso, para decidir sobre la nulidad absoluta del contrato y las restituciones a que la misma daba lugar, proviene de la ley.

Precisamente sobre la labor del juez en casos como el presente, sostuvo la Corte Constitucional en la referida sentencia:

> *Para esta Corte, una regla general y absoluta que excluya la discrecionalidad del órgano jurisdiccional o administrativo para evaluar las características de cada caso, en cuanto al conocimiento y la actuación de buena o mala fe de las partes o de supuestos terceros sobre la ilicitud del acto, así como sobre las posibles afectaciones a terceros de buena fe, al interés público y a otros principios constitucionales, a fin de determinar la viabilidad de las restituciones que surjan de un contrato de APP declarado nulo absoluto por objeto y causa ilícita, sería contraria a la Carta Política por cuanto resulta irrazonable y desproporcionada.*

Con lo cual, sin duda alguna, se defiende por parte de la Corte Constitucional, la discrecionalidad del juez que debe juzgar sobre la validez del contrato estatal, los vicios que lo aquejan, la procedencia o no de declarar su nulidad absoluta y, en caso afirmativo, todo lo correspondiente a las restituciones mutuas que, como consecuencia de tal declaratoria, se derivan a favor de las partes, materia de la cual hace parte, como lo dice la providencia, la determinación de las posibles afectaciones a terceros de buena fe.

Se recuerda, por otra parte, que la controversia sometida a la decisión de los árbitros y sobre la cual recayó lo resuelto en el Laudo Arbitral, fue la surgida entre las partes del Contrato de Concesión 001 de 2010: Agencia Nacional de Infraestructura, como entidad concedente, y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, como contratista.

Lo que se decidió finalmente, y que es objeto de cuestionamiento en el presente cargo, fueron las restituciones entre las partes de ese negocio jurídico, a que había lugar como resultado de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, de lo cual resultó un monto a favor de la Concesionaria que, por disposición legal, con su

correspondiente interpretación constitucional, debía estar dirigido al cubrimiento de las acreencias que ésta tuviera con terceros de buena fe.

Razón por la cual le correspondía al Tribunal de Arbitramento tener en cuenta a todos los acreedores de buena fe y disponer la forma más adecuada de aplicar el monto de la condena que se profirió en contra de la ANI y a favor de la Concesionaria para tales efectos, hasta donde fuera posible, con los recursos a los que se limitó el valor de dicho reconocimiento.

Quiere decir lo anterior, que la labor del Tribunal debía seguir un derrotero: En primer lugar, establecer la existencia de la nulidad absoluta del contrato; en segundo término, decidir si había lugar o no a reconocer restituciones mutuas o, en su caso, el pago de prestaciones ejecutadas (obra adelantada) al amparo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, en este caso, a favor del concesionario; y en tercer lugar, una vez establecida la procedencia de tales reconocimientos y el monto al que ascendían los mismos, con fundamento en los parámetros establecidos en la misma Ley 1882, le correspondía definir la distribución de los recursos de la cuentas del patrimonio autónomo creado para la administración de los mismos entre los distintos terceros de buena fe, a cuya protección apunta, según la sentencia de la Corte Constitucional, la aceptación de la procedencia de las restituciones mutuas, aún en los casos de nulidad absoluta por objeto ilícito.

Es claro entonces, que mediante el Laudo arbitral impugnado no se resolvió controversia respecto de las operaciones de crédito entre las entidades financieras y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, o entre aquellas y la Agencia Nacional de Infraestructura, y su participación en el proceso arbitral fue a título de coadyuvantes, por el interés que les asistía en las resultas del proceso, que culminó con un Laudo Arbitral que, se reitera, declaró la nulidad absoluta del Contrato de Concesión entre la ANI y la Concesionaria y ordenó unas restituciones a favor de esta última, por un valor determinado y únicamente hasta su monto, que debían estar orientadas al pago de los terceros de buena fe, entre los que se hallaban, precisamente, dichas entidades financieras.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la sentencia de la Corte Constitucional, lo que estaba resolviendo era la constitucionalidad de la norma que dispone la

procedencia de restituciones mutuas aún en los contratos viciados de nulidad absoluta por objeto ilícito, pues era esto último lo que se cuestionaba en la demanda contra la norma legal. Y fue en ese ámbito de decisión en el que resolvió que, inclusive en tales eventos, los derechos de terceros de buena fe merecían ser respetados y, en consecuencia, la procedencia de esas restituciones apuntaba a tal finalidad. Pero el hecho de que haya hecho mención, específicamente, a las entidades financieras involucradas en la financiación de estos proyectos -y sin restar importancia a dicha actividad para su realización-, no significa que se deba entender que la finalidad de la ley era exclusivamente la protección de sus intereses y derechos, y no los de los demás terceros de buena fe, como se reconoció en el Laudo Arbitral impugnado.

Por las razones expuestas, la Sala considera que este cargo no está llamado a prosperar.

2.2.7.2.3. En relación con el cargo fundado en que el Tribunal de Arbitramento no tenía competencia para decidir sobre las acreencias del Patrimonio Autónomo, o sobre un orden de pago ni frente a las acreencias de los bancos, por lo que no podía decidir como lo hizo en los numerales 9, 10 y 11 de la parte resolutiva del Laudo:

La Sala no comparte el criterio expuesto, toda vez que, como ya se dijo, la controversia decidida por el Tribunal de Arbitramento fue la surgida entre las partes del Contrato de Concesión 001 de 2010, cuya nulidad absoluta encontró configurada, razón por la cual, en cumplimiento de los mandatos legales, le correspondía decidir sobre las restituciones mutuas derivadas de dicha decisión. Se entiende, claramente, que son las restituciones entre las partes del contrato.

En el proceso arbitral no se estaban resolviendo conflictos derivados de los contratos de crédito que pudieran existir entre la Concesionaria y sus bancos prestamistas, razón por la cual ni éstos ni el Patrimonio Autónomo eran parte en el proceso ni litisconsortes necesarios, razón por la cual no era indispensable citarlos para que adhirieran al pacto arbitral ni se requería su presencia para decidir de fondo la controversia.

Como ya se advirtió, su participación en el proceso fue voluntaria, como coadyuvantes de la parte convocante, en la medida en que las resultas del mismo podían incidir en sus propios intereses, en virtud de las relaciones negociales que los vinculaban con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., sobre quien sí se iba a decidir, a favor o en contra de sus propias pretensiones, derivadas del Contrato de Concesión materia de la controversia sometida a la decisión de los árbitros.

El proceso arbitral no versó, pues, sobre el incumplimiento de las obligaciones contraídas por la Concesionaria con las distintas entidades financieras que acudieron como coadyuvantes, sino sobre el resultado económico del Contrato de Concesión.

El alcance de la cosa juzgada ha sido expuesto en esta providencia.

Por ello, contrario a lo afirmado por los recurrentes, no resultaba aplicable el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012[94] en cuanto al deber del Tribunal de Arbitramento de citarlos para que manifestaran si adherían o no al pacto arbitral, pues el Laudo no habría de producir, respecto de las entidades financieras, efectos de cosa juzgada; ni se puede afirmar, por lo tanto, que al no hacerlo y decidir sobre las restituciones en la forma en que lo hizo en el Laudo Arbitral, el Tribunal hubiera actuado sin competencia.

En Consecuencia, este cargo no está llamado a prosperar.

---

94 *"**Artículo 36. Integración del contradictorio**. Cuando por la naturaleza de la relación jurídica debatida en el proceso, el laudo haya de generar efectos de cosa juzgada para personas que no estipularon el pacto arbitral, el tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que manifiesten si adhieren o no al pacto. La notificación personal de la providencia que así lo ordene, se llevará a cabo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su decreto. // Los citados manifestarán expresamente su decisión de adherir al pacto arbitral dentro de los cinco (5) días siguientes. De no hacerlo, el tribunal declarará extinguidos los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria para dicha controversia. Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los citados. En la misma providencia en la que se declaren extinguidos los efectos del pacto arbitral, los árbitros ordenarán el reintegro a las partes de la totalidad de los honorarios. En estos eventos, no se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad, salvo que se promueva el respectivo proceso ante el juez dentro de los veinte días (20) hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia referida en este inciso. // si todos los citados adhieren al pacto arbitral, el tribunal fijará la contribución que a ellos corresponda en los honorarios y gastos generales. // cuando se trate de integración del contradictorio con quien haya suscrito el pacto arbitral, se ordenará su notificación personal, surtida la cual, el citado tendrá veinte (20) días para pronunciarse, según corresponda a su condición de parte activa o pasiva. Vencido este término, el proceso continuará su trámite".*

3) Causal 4ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012: Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad.

Esta causal fue alegada por los siguientes recurrentes:

3.1. Itaú Corpbanca Colombia S.A.[95]:

Adujo que la causal se configuró porque el Banco Itaú Corpbanca Colombia S.A. no fue citado y notificado como parte en el arbitraje, a pesar de lo cual el Tribunal Arbitral lo incluyó en el laudo, con efectos negativos en su contra, como si hubiere participado en calidad de parte o litisconsorte necesario en el arbitraje, y no simplemente como tercero coadyuvante, lo que resulta contrario a los más básicos preceptos de relatividad de los contratos, el principio constitucional de habilitación y los efectos inter-partes de los fallos judiciales.

Dicha omisión tuvo efectos determinantes en la parte resolutiva del laudo -numeral décimo-, pues sin haber citado a Itaú como parte, el Tribunal Arbitral resolvió ordenar el direccionamiento de los montos a favor de terceros de buena fe en el orden allí fijado, incluyendo y perjudicando en forma ostensible a la recurrente.

Explicó que, a su juicio, en relación con lo dispuesto en el parágrafo primero del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, la interpretación correcta de lo allí dispuesto, es que *"(…) los efectos del proceso en el cual un juez o tribunal arbitral resuelva sobre la nulidad absoluta de un contrato de concesión de infraestructura de transporte no son extensibles ni cobijan a los terceros acreedores de buena fe de la Concesionaria, cuyas pretensiones subsisten y deben ser ventiladas y resueltas en otro foro competente",* por tres razones: i) en virtud del principio de la relatividad de los contratos -art. 1602 del C.C.-, el Contrato de Concesión 001 de 2010 sólo tiene efectos entre la Concesionaria y la ANI y cualquier interpretación diferente iría en contra de la autonomía de la voluntad de Itaú; ii) por el principio constitucional de habilitación en materia arbitral -art. 116-, en armonía con lo dispuesto en el artículo 36 del Estatuto Arbitral, Itaú no podría ser cobijada por los efectos de este proceso,

[95] f. 54 a 72, c. ppl. Recursos.

como si hubiere intervenido como parte o litisconsorte, a menos que prestase su consentimiento al arbitraje y por tanto su consentimiento para ser parte en el proceso, no coadyuvante dentro del mismo, como de hecho ocurrió; iii) bajo la regla según la cual las sentencias proferidas en procesos judiciales tienen efectos "inter-partes" -art. 303, C.G.P.-, la decisión dictada en un proceso entre la ANI y la Concesionaria, únicamente tiene efectos de cosa juzgada entre ellas y no le es oponible a terceros, como sería Itaú.

A pesar de su intervención en el proceso arbitral como tercero coadyuvante -por haberlo solicitado así, el 24 de mayo de 2018, es decir después de la entrada en vigencia de la Ley 1882 de 2018, pues a pesar de que los efectos del laudo no le eran ni podían ser extensibles, ostentaba un interés indirecto en el proceso-, según aceptó inicialmente el Tribunal de Arbitramento -que no la citó al proceso para integrar el contradictorio-, este modificó su decisión inicial en el laudo, al pretender extender los efectos del mismo a Itaú, como si hubiere actuado como parte o litisconsorte y varió radicalmente el entendimiento del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, al decidir:

1. La forma en la que la suma a ser reconocida a la Concesionaria le iba a ser repartida a Itaú, sin considerar que dicha decisión implicaba la resolución de fondo de una cuestión en la cual la recurrente tenía y tiene derecho de contradicción. A su juicio, lo dispuesto por el laudo *"(…) fue un ejercicio de interpretación legal y valoración probatoria al cabo del cual dejó en último lugar a mi representada en el orden de prelación de pagos de las acreencias de la Concesionaria, creado por el Tribunal sin respeto al derecho de contradicción, sin fundamento legal y excediendo el ámbito de su competencia",* al disponer:

> *"Para el Tribunal es entonces claro que,* ***de acuerdo con lo expresado por la Corte y en aras de la protección de terceros de buena fe, debe indicar la forma en que deben imputarse los pagos que deban realizarse por efecto de los reconocimientos a que de conformidad con la ley resulten****.*
>
> *Como quiera que* ***el Tribunal declaró probadas unas sumas económicas que la ANI debe asumir, procederá a indicar el orden al cual debe atenerse la entidad oficial para satisfacer la prestación a su cargo, así****:*
>
> *Con los saldos de la Fiducia disponible a favor de la ANI en las cuentas y subcuentas del patrimonio autónomo creado por virtud del Contrato de Fiducia:*
>
> *(…)*

4. Obligaciones financieras, a cada banco, en la proporción que a cada uno le corresponda sobre el total de las acreencias. " (Se subraya y se resalta).

2. El Tribunal de Arbitramento resolvió el ámbito de su competencia con respecto a cuestiones que afectaban a Itaú, como si esta hubiera dado su consentimiento al arbitraje e intervenido en el mismo como parte, sin haberle dado el derecho de pronunciarse en forma previa al laudo sobre dicho alcance, específicamente i) cuando resolvió el orden de pagos del pasivo externo de la Concesionaria a los terceros de buena fe, sin haber citado a la recurrente como parte para ejercer sus derechos constitucionales antes de la emisión de esa decisión; ii) al desechar, por una supuesta falta de competencia para ello, la solicitud de aclaración y complementación del laudo, en el sentido de disponer que la ANI debía cubrir el excedente entre el monto reconocido al contratista en el laudo y el monto total de la acreencia a favor de Itaú y los otros establecimientos bancarios, como lo establece la Ley 1882 de 2018. Lo que significa que consideró que era competente para establecer la forma en que debía pagársele a Itaú su acreencia como tercero de buena fe, pero que no tenía competencia para resolver qué pasaba si el monto reconocido a la Concesionaria no era suficiente para pagar su acreencia con aquella.

Es decir que el Laudo Arbitral contiene disposiciones que afectan y resuelven de fondo situaciones jurídicas que exigían previamente la vinculación de Itaú como parte, en aras de la efectividad del derecho de defensa y contradicción, porque tal y como entendió sus competencias el Tribunal, surgía un litisconsorcio necesario, *"(…) por cuanto el Tribunal Arbitral no puede resolver los efectos de la nulidad del Contrato de Concesión -como lo entendió en el Laudo-, sin que participen todos y cada uno de los terceros de buena fe (…)",* incluyendo a Itaú, cuyas acreencias serían pagadas con los montos decretados a favor de la Concesionaria.

En consecuencia, debió citarlos a todos, de oficio o a petición de parte, antes de proferir el laudo, pues de lo contrario, como ocurrió en este caso, el laudo estaría viciado de nulidad, que la recurrente no ha saneado ni expresa ni tácitamente, y esa omisión del Tribunal, privó a Itaú de ejercer su derecho de contradicción como parte en el arbitraje, e inclusive, de acción en contra de las otras partes en el proceso, así como su derecho de solicitar los medios de prueba encaminados a probar su

derecho a recibir en forma plena, ya sea de la parte convocante o convocada, la totalidad de su acreencia.

3.2. Banco Davivienda S.A.[96]:

La entidad financiera manifestó que se encuentra en el caso de una falta de notificación que no se saneó a lo largo del proceso arbitral. Afirmó la recurrente que por no haberse surtido el trámite dispuesto por el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012, se configuró esta causal de nulidad –correspondiente al numeral cuarto del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012: Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad-, sin que se pueda utilizar su participación como tercero coadyuvante en el proceso arbitral para considerar que la falta de notificación fue saneada, pues el Banco Davivienda nunca recibió una citación del Tribunal para invitarlo a adherirse al pacto arbitral, en consideración a que el laudo habría de producir efectos de cosa juzgada sobre ella.

Agregó que su participación como tercero coadyuvante no subsana la falta de citación a adherir al pacto arbitral. Explicó que su participación se dio como tercero coadyuvante, condición que no le extendió la aplicación de la cláusula arbitral de manera forzosa, por lo que el Tribunal debió citarlo en los términos del artículo 36 de la Ley 1563 de 2012, como litisconsorte necesario, con todas las potestades de una parte del proceso. Al no hacerlo, se desconoce el principio de habilitación consagrado en el artículo 116 de la Constitución Política y se le impone a una persona una vía jurisdiccional que exige la expresión de su voluntad.

Por otra parte, adujo que no se le podría exigir al Banco Davivienda el requisito contenido en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, de hacer valer estos argumentos en un recurso de reposición en contra del auto de asunción de competencia, pues su intervención no se produjo por citación que le fuera hecha por el Tribunal, sino a solicitud suya, como coadyuvante, y se dio en una etapa muy posterior del proceso. Y concluyó que:

> *El Tribunal, teniendo al BANCO DAVIVIENDA como coadyuvante en el proceso arbitral, y a sabiendas de que la decisión que tomaría habría de afectar sus derechos, en ningún momento lo citó para que manifestara su voluntad de que*

[96] F. 240, c. Recursos.

el Tribunal decidiera sobre esos derechos. Esta circunstancia no solo revela que el pacto arbitral del Contrato no le es oponible al BANCO DAVIVIENDA y por ende el laudo debe ser anulado en virtud de la causal primera del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, sino que el Tribunal carecía de jurisdicción para continuar el trámite.

3.3. Fiduciaria Corficolombiana S.A.[97]:

El recurrente afirmó que hubo una indebida integración del contradictorio, falta de notificación al Patrimonio Autónomo y una nulidad no saneada.

Se refirió al artículo 36 de la Ley 1563 de 2012 relativo a la integración del contradictorio, conforme al cual, cuando por la naturaleza de la relación jurídica debatida en el proceso el laudo haya de generar efectos de cosa juzgada para personas que no estipularon el pacto arbitral, el tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que manifiesten si se adhieren o no al pacto.

En el presente caso, al tenor de lo dispuesto en el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración de recursos celebrado por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. con la Fiduciaria Corficolombiana S.A., vocera del Patrimonio Autónomo creado, hacen parte de los bienes fideicomitidos y por tanto son de propiedad del Patrimonio Autónomo, entre otros, los pagos que en favor del Concesionario se efectúen por razón de la terminación anticipada del Contrato de Concesión, así como los provenientes de cualquier indemnización a que dicha sociedad tenga derecho en virtud del mismo contrato, por lo cual, teniendo en cuenta la demanda de reconvención presentada por la ANI, en la que pidió declarar la nulidad absoluta del contrato y las restituciones consecuenciales en los términos del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, de acoger sus pretensiones el Tribunal de Arbitramento, el Patrimonio Autónomo se vería afectado, no obstante lo cual, no fue citado al proceso ni se le dio la oportunidad de que defendiera los bienes fideicomitidos.

La Fiduciaria Corficolombiana S.A., vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2, no fue notificada personalmente de la citación para manifestar si adhería o no al pacto arbitral, con lo cual se incumplió lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 1563 y, por lo tanto, la recurrente se halla ante un caso de falta de

[97] F. 327, c. Recursos.

notificación, con lo cual se configuró la causal de anulación del laudo arbitral alegada.

Aseguró la recurrente que con esa falta de notificación se desconoció al Patrimonio Autónomo su derecho de contradicción, en clara afectación de los bienes fideicomitidos, sobre los cuales versó buena parte del proceso arbitral.

3.4. Oposición de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI:

En relación con la causal cuarta del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, de indebida notificación, alegada por el Banco Davivienda S.A., la ANI sostuvo que toda la argumentación se dirige a que se aplique al tercero coadyuvante el régimen de adhesión al pacto arbitral -expresa y exclusivamente previsto para los litisconsortes-, alegando que en aplicación de la Ley 1882 de 2018, el Tribunal debió tener a Davivienda como parte. Y que al no notificarlo e invitarlo para adherir al pacto arbitral, se incurrió en un vicio de procedimiento que le hace inoponible el pacto y conduce a la nulidad del Laudo.

Al respecto, la ANI sostuvo que la recurrente actuó en el proceso arbitral como coadyuvante de la convocante sin manifestar en momento alguno la supuesta inoponibilidad del pacto arbitral o sostener que su condición era la de parte o litisconsorte y que como tal se le debió invitar a adherir al pacto. Aparte de adjudicarse una calidad de sujeto procesal que no le corresponde, el cargo tampoco es procedente porque no se cumplió el requisito de procedibilidad de la causal, al no haber sido alegado en la debida oportunidad.

En relación con los recursos de anulación interpuestos por los coadyuvantes, como ya se dijo, la ANI pidió que fueran rechazados de plano[98].

3.5. Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado[99]:

En relación con la causal de falta de notificación, esta entidad manifestó, frente a cada uno de los recurrentes, lo siguiente:

[98] Ver pie de página 13.
[99] f. 473 a 528, c. Recursos.

3.5.1. Al recurso de Davivienda S.A.:

- Al argumento de que el laudo generó efectos de cosa juzgada para el Banco Davivienda y que el Tribunal debió identificar esa situación desde la entrada en vigencia de la Ley 1882 de 2018: Sostuvo la Agencia que todos los argumentos esgrimidos en este cargo, tendientes a sostener que tanto la nulidad del contrato como su liquidación generaron efectos de cosa juzgada sobre las obligaciones que tiene la Concesionaria con el Banco Davivienda en virtud del crédito celebrado entre ellos, lo que permiten advertir, teniendo en cuenta cuál fue la posición procesal y argumentativa de los bancos, en su conjunto, durante el trámite arbitral, es la inconformidad de los mismos al no haber obtenido una decisión judicial acorde con sus intereses en el proceso, a lo que agregó que *"(…) ni DAVIVIENDA S.A., ni los demás bancos recurrentes en la presente anulación, tenían, ni pueden tener, la calidad de litisconsortes necesarios en la medida en que no suscribieron el Contrato de Concesión 001 de 2010".*

- En cuanto a que el Tribunal no surtió el proceso de adhesión al pacto arbitral de conformidad con el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012: La Agencia manifestó que si bien esto fue cierto, tal trámite no era necesario, en la medida en que Davivienda S.A. no era parte en el proceso, *"(…) y en conjunto con los demás bancos y el patrimonio autónomo* ***solicitó expresamente ser admitido como coadyuvante de las pretensiones de la demandante*** *(…)",* condición en la que actuó y se manifestó a favor del saneamiento de nulidades que se produjo dentro del proceso al culminar cada una de sus etapas. Recordó que la intervención de Davivienda se dio a partir del 24 de mayo de 2018, en vigencia de la Ley 1882 de 2018, y en su actuar conjunto con los demás bancos, nunca planteó la necesidad de adherir al pacto arbitral, pero sí ejerció, en su calidad de coadyuvante, todos sus derechos y facultades, con el ánimo de obtener en el Laudo reconocimientos y/o restituciones.

- Que la participación de Davivienda como tercero coadyuvante no subsana la falta de citación para adherir al pacto arbitral: La Agencia insistió, frente a este argumento, en que la Ley 1882 de 2018 (del 15 de enero) no fue expedida después de que los bancos comparecieran tardíamente al trámite, sino que fueron éstos quienes desde el 24 de mayo de 2018, en conjunto, solicitaron su admisión expresamente como terceros coadyuvantes del demandante, y en esa condición actuaron hasta el 6 de

agosto de 2019, y que en su condición de terceros aprobaron el saneamiento procesal de nulidades y aspiraron a obtener de la anulación del contrato por objeto o causa ilícitos, que se les reconociera la condición de terceros y se efectuaran las restituciones económicas a su favor.

- Que el Banco Davivienda se halla en caso de una falta de notificación que no se saneó a lo largo del proceso arbitral: A lo dicho anteriormente, la Agencia agregó que Davivienda nunca le solicitó al Tribunal que le notificara expresamente para adherir al pacto arbitral y actuó conjuntamente con los demás bancos hasta el momento de solicitar las aclaraciones y/o complementaciones al Laudo Arbitral, pero ahora, inconforme con las resultas del proceso, pretende su anulación, no obstante que cualquier nulidad fue saneada por el entonces apoderado de todos los bancos.

3.5.2. Frente al recurso de anulación de Fiduciaria Corficolombiana S.A.:

La Agencia consideró que la tardía comparecencia al proceso arbitral de la Fiduciaria Corficolombiana S.A., planteando nulidades por no haberse citado al patrimonio autónomo al trámite arbitral -que fueron despachadas desfavorablemente-, sólo tuvo como finalidad retrotraer el trámite para "*alterar el discurrir de la prueba técnica que no era -a esa fecha- del total agrado del grupo de bancos en este proceso".*

Pero que, como sus compañeros, -miembros del Grupo Aval-, examina *"(…) causales de anulación del laudo que no satisface el monto de las restituciones a las que aspiraban, olvidando que con sus actuaciones y aportes probatorios sanearon la nulidad eventual derivada de falta de citación, o notificación del proceso".*

3.6. Concepto del Ministerio Público[100]:

Luego de resumir los argumentos de los recursos que la alegaron, el Ministerio Público consideró que la causal 4ª se refiere a dos defectos sustanciales en el trámite de la actuación, como son i) la indebida representación y/o ii) la falta de notificación o emplazamiento, y tiene como condición para fundamentarse que no se hubiere saneado la nulidad.

[100] F. 564 vto., c. Recursos

En el presente caso, sería la de la falta de debida notificación o emplazamiento la alegada por las recurrentes, para lo cual, según el Ministerio Público, no se refieren al auto admisorio de la demanda o de alguna otra providencia proferida en el curso de la actuación, sino que acuden *"(…) en forma equivocada a quejarse de la 'ausencia' de una providencia, que en su criterio se ha debido proferir por parte del Tribunal Arbitral, la cual si es de aquellas que deben ser notificadas personalmente".*

A lo que se refieren los recurrentes, en estricto sentido, es a la indebida integración del contradictorio, prevista en el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012, providencia que no se profirió por el Tribunal Arbitral y que, de haberlo sido, debió disponer la citación personal de las recurrentes para que manifestaran si deseaban adherir o no al pacto arbitral, decisión que debía ser notificada dentro de los 10 días siguientes a la fecha de su decreto. *"En ese hipotético caso, se presentaría la falta de debida notificación de una providencia, si y solo si el Tribunal hubiese dispuesto u ordenado la citación de estas personas jurídicas que ahora recurren, al tenor de lo dispuesto en el referido artículo 36 del Estatuto Arbitral, lo cual nunca sucedió, por lo tanto, en estricto sentido mal podemos plantear la indebida notificación o emplazamiento de una providencia que nunca se profirió, razón por la cual se consideran improcedentes los planteamientos en este sentido".*

El Ministerio Público trajo a colación las consideraciones del Tribunal de Arbitramento para negar la condición de litisconsortes necesarios al Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2, la Nación-Ministerio de Transporte, los bancos prestamistas o financiadores, el Consorcio Consol contratista EPC y sus subcontratistas, la Fiduciaria Corficolombiana S.A., el interventor, los socios de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, entre otros, por ausencia de una relación jurídica sustancial derivada del Contrato de Concesión 001 de 2010, a cuya celebración y firma no concurrieron, que hiciera necesaria su comparecencia para resolver de mérito la controversia entre las partes contratantes de dicho negocio jurídico, que siendo terceros de buena fe estarían legitimados para actuar, si así lo deciden, en los términos establecidos por la ley procesal, como coadyuvantes de la convocante.

Insistió en la inexistencia de un litisconsorcio necesario en relación con la Fiduciaria Corficolombiana, por cuanto el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración de recursos, si bien es cierto tiene como contrato marco el negocio

jurídico de Concesión 001 de 2010, el arbitraje recae únicamente sobre la relación jurídica derivada de este último acuerdo de voluntades celebrado entre la Agencia Nacional de Infraestructura (antes INCO) y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y el fideicomiso Ruta del Sol Sector 2, no fue parte en ese contrato, surgió con posterioridad como fruto del contrato de fiducia mercantil del 5 de mayo de 2010, que tiene objeto propio, características específicas y no fue celebrado por las mismas partes que firmaron el Contrato de Concesión.

Estimó que el interés de las entidades financieras derivado de los contratos de crédito con la Concesionaria, en su condición de acreedora, se satisfizo mediante la admisión de su vinculación como terceros coadyuvantes de la Concesionaria, a través del Auto No. 99 del 31 de mayo de 2018, y que al no haber entre el contrato de fiducia mercantil y el Contrato de Concesión una unidad material indivisible que definiera como obligatoria la presencia en el proceso arbitral del Fideicomiso a través de su vocera la Fiduciaria Corficolombiana S.A., era posible decidir de mérito, como efectivamente se hizo sin su comparecencia como litisconsorte necesario de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y las nulidades invocadas por este motivo, ni el recurso de anulación ahora planteado, resultan de recibo.

3.7. Consideraciones de la Sala:

La causal en estudio fue fundada por los recurrentes en el evento de la falta de notificación o emplazamiento, pues alegaron que, debiendo ser citados para que manifestaran si adherían o no al pacto arbitral, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012, no lo fueron.

Al respecto, se observa que tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia, *"(…) en lo que tiene que ver con la indebida notificación o emplazamiento se entiende que al trámite arbitral le son aplicables las disposiciones previstas para ello en el Código de Procedimiento Civil y el Nuevo Código General del proceso, en cuanto al auto que admite la demanda arbitral, su corrección o adición"*[101]

[101] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de abril de 2015, expediente 52556, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; en el mismo sentido, sentencia del 14 de diciembre de 2018, expediente 62219, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

El numeral 8º del artículo 133 del C.G.P., establece entre las causales de nulidad del proceso *"Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquéllas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado".*

La anterior disposición obedece a la importancia que reviste la debida integración del contradictorio y el respeto del debido proceso, mediante la correcta vinculación de la parte demandada, para que se puedan adelantar válidamente todas las actuaciones procesales posteriores y ejercer todos los derechos que las normas reconocen a las partes dentro del proceso.

Se destaca que dicha notificación del auto admisorio, procede respecto de aquella persona contra la cual se dirige la demanda y de quienes aún sin haber sido mencionadas en la misma, deban ser vinculadas en condición de parte, como sucede con los litisconsortes necesarios, tal y como lo dispone el artículo 61 del C.G.P.:

> ***Artículo 61. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio.*** *Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.*
> *En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.*
> *Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.*
> *Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.*
> *Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio* (La Sala subraya).

Como lo dice la norma, el litisconsorcio necesario surge solamente cuando no se puede decidir de fondo y de manera uniforme sin la comparecencia de las personas que son sujetos de las relaciones o que intervinieron en los actos jurídicos sobre los cuales versa el proceso.

En las controversias surgidas de un contrato, cuando se acude al arbitramento para dirimirlas, serán parte en dicho proceso, las que lo fueron en el negocio jurídico materia del litigio, por cuanto el mismo versará, ineludiblemente, sobre la celebración, ejecución, terminación, liquidación, cumplimiento o validez de dicho contrato, cuestión que atañe directamente a quienes fungieron como contratante y contratista de esa relación jurídica. Así mismo, por disposición legal -parágrafo primero del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012-, el garante del cumplimiento del contrato también quedará cobijado por el pacto arbitral y vinculado a sus efectos[102].

En el presente caso, lo primero que cabe advertir es que las entidades financieras recurrentes decidieron coadyuvar a una de las partes en el proceso arbitral, lo que no involucraba sus propias relaciones contractuales, puesto que la calidad de parte sólo la ostentaban la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., contratista en el Contrato de Concesión 001 de 2010, que concurrió en calidad de convocante al proceso arbitral, y la Agencia Nacional de Infraestructura, que lo hizo en su calidad de entidad contratante, como convocada en dicho proceso, iniciado en virtud de la cláusula compromisoria contenida en el referido contrato, para decidir sobre las pretensiones que, con fundamento en ese negocio jurídico, elevó la convocante frente a la entidad estatal.

Por otra parte, las entidades financieras tampoco ostentaban la calidad de litisconsortes necesarios, por cuanto su comparecencia no era indispensable para proferir una decisión de fondo en la controversia que se sometió a la decisión de los árbitros, en la medida en que ni los bancos acreedores de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. ni la fiduciaria vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2, fueron sujetos de la relación contractual materia del proceso y lo que

[102] *"Artículo 37. Intervención de otras partes y terceros. (…) Parágrafo 1º. Cuando se llame en garantía a una persona que ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que contiene pacto arbitral, aquella quedará vinculada a los efectos del mismo".*

se decidiría en el mismo eran las pretensiones de la convocante frente a la convocada, derivadas del Contrato de Concesión 001 de 2010.

De otro lado, no resultaba aplicable lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012, puesto que, contrario a lo afirmado por las recurrentes, no se puede predicar que, una vez trabada la litis, o cuando se profirió la Ley 1882 de 2018, los árbitros debieran haber previsto que el Laudo Arbitral podría contener decisiones que las afectaran a ellas directamente y que hicieran tránsito a cosa juzgada, y por lo tanto, debió citarlas para que adhirieran al pacto arbitral, ya que esa circunstancia no era previsible y, de hecho, no se concretó, pues el Laudo no decidió, con fuerza de cosa juzgada, controversias en las que se hallaran involucradas en los contratos de financiación de las entidades financieras celebrados con la entidad estatal o con la Concesionaria.

Al respecto, debe la Sala reiterar que la controversia resuelta por los árbitros fue la derivada del Contrato de Concesión 001 de 2010, del que fueron parte la Agencia Nacional de Infraestructura ANI y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y que la decisión contenida en el Laudo Arbitral impugnado fue declarar la nulidad absoluta del contrato y, como consecuencia de la misma, disponer lo concerniente a las restituciones mutuas entre las partes contractuales, en los términos ordenados por la ley.

Eso fue lo que hizo el Tribunal de Arbitramento: ordenar restituciones a favor de la Concesionaria, correspondientes al valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos ejecutados por el contratista que, entre otras cosas, hubieren sido destinados a satisfacer el interés público y estuvieren asociados al desarrollo del objeto del contrato, y que el Tribunal encontró acreditados en el proceso. Para lo cual, además, tuvo en cuenta las directrices de la Corte Constitucional, en cuanto a la destinación de los reconocimientos que se hicieran a favor del concesionario, que no podía ser otra que el cubrimiento de las acreencias de los terceros de buena fe.

Y fue en este punto, precisamente, en donde adquirió relevancia para las entidades financieras la controversia sometida al Tribunal Arbitral, en tanto ellas, a la luz de lo analizado en el fallo constitucional, frente a esa controversia ostentan la calidad de terceros de buena fe.

En las condiciones expuestas, es claro para la Sala que no se incumplió por parte del Tribunal Arbitral el deber de citar y notificar a las entidades financieras para que manifestaran si adherían o no al pacto arbitral, puesto que ese deber, en el presente caso, no existió, en tanto no se configuraron los presupuestos indicados por el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012.

En consecuencia, el cargo aducido en contra del Laudo Arbitral con fundamento en el numeral 4º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 no tiene vocación de prosperidad y debe ser denegado.

4) Causal 7ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012: Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

Esta causal fue alegada por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., Sociedad Estudios y Proyectos del Sol EPISOL S.A.S., - Itaú Corpbanca S.A., Banco Davivienda S.A., Bancolombia S.A., Fiduciaria Corficolombiana S.A., Sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. y Constructora Norberto Odebrecht S.A., quienes expusieron, en resumen, los siguientes argumentos

4.1. Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.[103]:

Para la recurrente el Laudo Arbitral impugnado fue proferido en conciencia, porque se apartó totalmente e inaplicó el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, a pesar de anunciar que ordenaría las restituciones derivadas de la anulación del Contrato de Concesión, con fundamento en dicha norma; y omitió de manera deliberada, los criterios de interpretación definidos por la Corte Constitucional en la Sentencia C-207 de 2019.

Explicó que conforme al artículo 30 de la Constitución Política, los jueces están sometidos al imperio de la ley, lo cual implica así mismo, el acatamiento de las sentencias de constitucionalidad de las normas y la forma de interpretación que de las mismas se haga en aquellas.

[103] F. 200 vto., c. Recursos

En el presente caso, el artículo 20 de la Ley 1882 era la norma imperativa aplicable al caso sometido a la decisión de los árbitros, en cuanto a la forma como debían calcularse las restituciones y prestaciones recíprocas, pues el último inciso del parágrafo primero de la norma indica que lo dispuesto en el mismo *"también será aplicable a la liquidación de los contratos de concesión de infraestructura de transporte celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012".*

No obstante lo anterior, el Laudo Arbitral se apartó totalmente de la disposición legal en cuestión, *"al desconocer, de manera arbitraria, la exigencia de que los reconocimientos fueran 'validados por la interventoría o por un tercero experto'",* lo cual constituía un deber para el juez y no solo una facultad.

Si bien los árbitros dijeron que la decisión sobre los reconocimientos se sustentaría en el dictamen de Duff & Phelps, *"no solo dejó de lado el dictamen, sino que, pretendiendo fungir ilegalmente como un 'tercero experto', trastocó todas las cifras que determinó dicho dictamen",* razón por la cual, a juicio de la recurrente, todas las motivaciones y decisiones sobre reconocimientos que profirió el Tribunal, constituyen un laudo en conciencia o en equidad. Por cuanto *"si el Tribunal tenía sus propios cálculos, análisis o métodos para determinar las restituciones, el artículo 20 de la Ley 1882 le exigía que tales cálculos, análisis o métodos, fueran 'validados' por un 'tercero experto'. Es decir, por imperativo legal, la decisión del Tribunal sobre restituciones tenía que estar sustentada y validada en la prueba del 'interventor' o de un 'tercero experto'.".*

Esos ajustes, según la recurrente, verdaderas alteraciones del dictamen de Duff & Phelps, significaron una reducción de más del 90% del valor neto que aquel reconoció a favor de la Concesionaria, aunque estuvieron carentes de sustentación y de validación, en la forma legalmente exigida, y *"se hicieron, como sacados de la 'manga' o del 'sombrero', con base en el simple entendimiento del Tribunal"*, lo que evidencia un fallo en conciencia o en equidad. Agregó que:

> *(…) varias de las alteraciones que el Tribunal hizo a las cifras, sin ofrecer ningún sustento ni explicación que permita definir su sincronía con el marco legal y constitucional, consisten en sustracciones correspondientes a la valoración de la obra ejecutada (puentes, variantes y obras adicionales), a la remuneración del contratista, y a los pagos efectuados por la ANI a la Concesionaria. Y otra decisión que tomó el Tribunal, sin ningún sustento jurídico, fue determinar quiénes eran o no terceros de buena fe, y determinar, como si se tratara de la*

> *prelación de créditos con ocasión de la ejecución de un deudor (¿?), un orden estricto en el cual deberían pagarse las acreencias.*
>
> *Ni la "sana crítica", ni el CGP ni la Ley 1563 de 2012, ni el artículo 20 de la Ley 1882, autorizaban al Tribunal a desfigurar las pruebas. Por el contrario, el artículo 20 contiene una "tarifa legal" en materia probatoria, pues exige que las decisiones sobre restituciones se sustenten en una prueba de un "tercero experto", es decir, en un dictamen pericial o experticia. Y, como es obvio, cuando el artículo 20 dice que un "tercero experto" debe validar las cifras, ello significa que debe ser un dictamen pericial,* ***tomado como un medio probatorio único e integral****, el que debe sustentar tales cifras.*
>
> *No se trata, como hizo el Tribunal en el laudo, de alterar o tomar las cifras del dictamen que en su leal saber y entender le parecían correctas, y crear una especie de dictamen "frankesteniano", construido con base en la simple conciencia o equidad, para sustentar las decisiones sobre restituciones.*
>
> *(…) En ese sentido, la norma es clarísima y no admite discusiones. La validación de las restituciones las debe hacer un "tercero experto", no el propio Tribunal so pretexto de que es quien imparte justicia.*
>
> *(…) en tanto las sustracciones y alteraciones que hizo el Tribunal a las cifras del dictamen de Duff & Phelps, no están "validadas" por un "tercero experto", es claro que el laudo se produjo, en este asunto sobre restituciones, sin prueba alguna. Se trata de un laudo proferido* ***con prescindencia de toda prueba*** *que, en los términos del numeral 7 del artículo 41 de la Ley 1563, y de la jurisprudencia del Consejo de Estado, constituye un laudo en "conciencia" o en "equidad" que debe ser anulado* (las negrillas y subrayas son del texto original).

La recurrente sostuvo que el Laudo desconoció la interpretación normativa efectuada por la Corte Constitucional respecto del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y decidió trasladar el riesgo de la nulidad a los acreedores financieros de buena fe, pues desconoció dentro de las restituciones a pagar todos los activos que estimó que había construido el Constructor EPC, sin analizar los efectos que ello tendría frente a aquellos, que era precisamente lo que la Corte exigía en la sentencia, y les trasladó una labor de vigilancia de los destinos de los recursos aportados a título de préstamo al proyecto, que no les correspondía asumir.

4.2. Sociedad Estudios y Proyectos del Sol – EPISOL S.A.S.-[104]:

La recurrente fundó la causal de fallo en conciencia en el hecho de que el Tribunal de Arbitramento modificó las cifras que fueron validadas por el tercero experto -que en este caso lo fue la firma Forest Partners, Estrada y Asociados S.L. a Duff & Phelps Company ("D&P"), designada por el Tribunal-, para efectos de determinar

[104] F. 28, c. Recursos.

las sumas a reconocer a favor de las partes a título de restituciones mutuas por la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, *"(…) haciendo razonamientos que se separan de toda valoración y fundamentación legal, y desconociendo el derecho positivo vigente en cuanto a la aplicación del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018".*

La anterior afirmación, la hizo en torno a consideraciones del laudo, como las siguientes:

> ***"2.4. El límite de las inversiones, costos y gastos que pueden ser reconocidos a la Concesionaria de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018***
>
> *Aparte de que el Tribunal tiene pruebas suficientes para sostener que los recursos de la Concesionaria* ***atendieron a los más variados fines*** *y no únicamente los que comporta la satisfacción del interés público, también llama la atención sobre el hecho de que la fórmula del parágrafo del artículo 20 de la Ley 1882 no puede ser interpretada en el sentido de exigir que la ANI atienda la totalidad de las erogaciones hechas por el Contratista y su Epecista[105] Consol." -Resalto y negrilla fuera de texto-.*

Adujo la recurrente que, a pesar de la afirmación, el Tribunal no dijo cuáles eran las pruebas a las que aludió y que justificaron los descuentos que realizó y, por ende, *"… el desconocimiento a los derechos de los socios de 'buena fe' de la CRDS a percibir el retorno de su inversión, así como a los demás terceros de buena fe (…)".*

> *"Por ello, el Tribunal considera* ***que no puede aceptar una fórmula*** *que, en la práctica,* ***se traduzca en cohonestar que la ANI*** *pague por la corrupción de Odebrecht y los sobrecostos de la Concesionaria y de Consol". -Resalto y negrilla fuera de texto –*

Sobre la anterior afirmación del Tribunal, la recurrente afirmó que el juez del contrato no podía, por cuenta de su opinión personal y del cuestionamiento íntimo en contra de un contratista del Estado, apartarse de lo establecido por la Ley 1882 de 2018 en su artículo 20, pues en su afán de "castigar al corrupto" -que lo fueron el socio mayoritario de la concesionaria y el representante legal de la entidad convocada-, terminó afectando los intereses legítimos de terceros de buena fe exenta de culpa y de los demás accionistas de CRDS, que *"(…) no incurrieron en conducta reprochable alguna que los ubicara en el único supuesto legal que pudiera habilitar*

[105] Se refiere al "constructor EPC" contratado, llamado así por la sigla en inglés de *"Engineering, Procurement and Construction",* o Ingeniería, Procura y Construcción.

al juez del contrato para privarlo del retorno de la inversión realizada: El 'a sabiendas', en los explícitos términos de la Corte Constitucional (Sentencia C-207 de 2009)". Y agregó que la conclusión del Tribunal se dio, luego de hacer las siguientes afirmaciones, carentes de referencia alguna puntual y concreta al sustento probatorio de las mismas:

> *"Tal como quedó evidenciado a lo largo de este laudo, **existe evidencia suficiente** sobre el hecho de que el contrato EPC, que en últimas determina lo que la Concesionaria pagó por concepto de CAPEX, estuvo sobreestimado. Dicho contrato sirvió como puente para que la Concesionaria trasladara una ingente cantidad de recursos a su Epecista, cuyos destinos no solo estuvieron asociados a la atención de las obras, sino al reparto de excedentes de liquidez a favor de los beneficiarios efectivos de la Concesionaria, al pago de sobornos, y presuntamente al pago o financiación de campañas políticas, entre otros" - Resalto y negrilla fuera de texto-.*

Las anteriores apreciaciones, sostuvo, incidieron en la decisión final del laudo, que se apartó de elaborar un examen de las pruebas y un análisis en derecho de las controversias y situaciones planteadas. Igualmente, se hicieron manifestaciones en las que las apreciaciones personales de los árbitros sobre cómo debe ejecutarse un contrato del Estado, se apartaron de toda valoración legal y estuvieron desprovistas de todo sustento probatorio, como cuando en el laudo se afirmó:

> *"Para el Tribunal, además, **resulta increíble** que una sociedad que había recibido primariamente recursos captados del público, en cuantías millonarias, hubiera designado un Controller que no tenía, siquiera, un equipo a su cargo.*
>
> *Desde esta perspectiva, el Tribunal encuentra que el carácter minoritario de Episol no la eximía de asumir obligaciones basadas, como mínimo, en la prudencia, la buena fe y la confianza depositada en ella por parte de terceros de buena fe, máxime si los acuerdos con sus socios demuestran que sí tenía un papel importante en las actividades de la Concesionaria y su Epecista. Para el Tribunal, que una empresa que pertenece a un Grupo que cotiza en el mercado de valores colombiano y estadounidense, se ampare en su condición de minoritaria **para liberarse de las responsabilidades de este caso, no es aceptable.** Al contrario de ello, la información que reposa en la SEC- Securities and Exchange Commission y que ha sido mencionada a lo largo del laudo, muestra que el Grupo Aval y sus filiales cumplen con las mejores prácticas en materia de controles de toda índole, lo cual no pudo ser evidenciado por el Tribunal para este preciso caso". Resalto y negrilla fuera de texto-.*

Es así como la recurrente concluyó que *"(…) el panel arbitral se apartó del material probatorio que obraba en el expediente, puesto que las conclusiones plasmadas en el Laudo Arbitral se sustentaron en la íntima convicción de los Árbitros al momento de resolver la controversia",* y reiteró, como sustento de esta causal de fallo en

conciencia, que el Tribunal Arbitral desatendió el ordenamiento jurídico positivo, en lo relacionado con la aplicación del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, cuando consideró que la remuneración del concesionario, para tales efectos, estaba representada *"(…) en la utilidad contable no repartida de CRDS por $567.984.102 miles en pesos de marzo de 2019, que descontó el Tribunal sin que exista en el proceso prueba alguna que demuestre que CRDS haya obtenido un pago efectivo por concepto de utilidad que hubiera podido ser descontado, con fundamento en el artículo 20 de la Ley 1882, olvidando que el concepto de 'remuneración del Concesionario', fue objeto de pacto expreso en el Contrato de Concesión, y que por lo mismo, dado su valor probatorio, no podía ser ignorado por el Tribunal".*

4.3. Banco Davivienda S.A.[106]:

La recurrente, en su sustentación, sostuvo que la decisión en derecho debe estar fundada en las pruebas aportadas al proceso, *"(…) y la prescindencia de estas al adoptar una decisión indica que ella refleja, en cambio, la sola certeza moral del juez –que no la jurídica-".* Que tales pruebas deben ser susceptibles de ser valoradas, y deben serlo de conformidad con las reglas de la sana crítica, pero también respetando la legalidad en su valoración, porque de lo contrario, el fallo no será en derecho. Así mismo, habrá fallo en conciencia o equidad cuando dejen de aplicarse las normas jurídicas relevantes.

En el presente caso, la recurrente considera que el Tribunal falló con base en su propio criterio, no en las pruebas decretadas, y además dejó de aplicar normas que eran aplicables a este asunto, en detrimento de los derechos de la recurrente, por lo cual el laudo debe ser anulado.

En cuanto a las pruebas:

Explicó que el Tribunal consideró que los dictámenes periciales obrantes en el proceso, así como el informe de interventoría aportado por la ANI, y la contabilidad de la Concesionaria eran insuficientes, inadecuados, carentes de rigurosidad, conceptualmente errados y parcializados, no obstante lo cual los tuvo en cuenta

[106] F. 241, c. Recursos.

como fundamento de su decisión, para la aplicación del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, lo que demuestra que en realidad el Tribunal falló en conciencia, pero dijo hacerlo con fundamento en las referidas pruebas, para darle una apariencia de legalidad.

A continuación, la recurrente procedió a exponer la forma como el Tribunal Arbitral calculó los reconocimientos a que había lugar por la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de concesión, para lo cual determinó los factores que debían ser tenidos en cuenta (valores actualizados por inflación y que cumplan con los requisitos de la norma, correspondientes a: los costos ejecutados por la concesionaria, las inversiones ejecutadas, los gastos ejecutados, los intereses pagados, las remuneraciones percibidas y los pagos recibidos por la concesionaria), los cuales fueron determinados con base en los datos contenidos en los distintos dictámenes obrantes en el proceso –D&P, BDO y FTI-, en el juramento estimatorio de las demandas y en el contrato de transacción suscrito entre CONSOL y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., de los que extrajo diferentes elementos. Y a pesar de que el Tribunal consideró que lo anterior había supuesto una valoración de las pruebas en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, *"(…) en realidad fue el resultado de alteraciones de los valores consignados en estas pruebas de carácter técnico".*

Acto seguido, en el recurso se exponen los reproches que en el laudo se hacen a los distintos dictámenes periciales, empezando por el rendido por la firma D&P, del que el Tribunal consideró que *"(…) adolecía de un error grave en relación con la determinación del valor del Contrato (…), el Tribunal señaló que este dictamen (i) incluyó análisis poco rigurosos, (ii) partió de un método incorrecto para determinar el valor del CAPEX, (iii) no explicó por qué sus conclusiones estaban sustentadas en valores de mercado, (iv) partió de la contabilidad de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S sin hacer labores de auditoría, y (v), en general, fue preparado con una confianza excesiva en los documentos de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.".*

No obstante lo anterior, y a pesar de que el Tribunal concluyó que el dictamen de D&P tenía serios problemas que afectaban su credibilidad, también manifestó, sin fundamentación alguna, que su decisión estaba basada en esta prueba.

En cuanto al dictamen de BDO –presentado por la Constructora Norberto Odebrecht-, el Tribunal consideró dos razones que le generaban inconformidad con la prueba: i) que estaba basado totalmente en la contabilidad de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y ii) que no era una prueba proveniente de un tercero experto, en los términos del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, calidad que sólo tenía en el proceso la firma D&P -por lo que sería con base en este, que le daría aplicación a la referida norma-, sino que se trataba de un dictamen de parte.

Del dictamen de FTI –también presentado por la Constructora Odebrecht-, el Tribunal manifestó que no era idóneo para resolver la controversia, por sus similitudes con el anterior, y porque tampoco era una prueba proveniente de un tercero experto, en los términos del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, sino un dictamen de parte.

Así mismo, la recurrente sostuvo que el Tribunal de Arbitramento se basó también en los juramentos estimatorios de las demandas, a pesar de que los mismos no eran medios de prueba, ya que habían sido objetados, por lo que no podrían ser los medios de convicción en los que se fundara la decisión.

Y sobre el contrato de transacción celebrado entre la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y CONSOL, el Tribunal consideró que no correspondió a un valor real de precios en condiciones de mercado.

A pesar de los anteriores cuestionamientos, asegura el recurrente que el Tribunal basó su determinación sobre el OPEX en el dictamen de BDO; lo relativo a los intereses, en el dictamen de D&P; en punto a los otros costos, inversiones y gastos, tomó los valores del dictamen de D&P; sobre la remuneración de la ANI al contratista, tuvo en cuenta los estados financieros de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., a pesar de haber criticado los anteriores dictámenes, por haberse basado en dicha información.

De acuerdo con lo expuesto, el recurrente consideró que la verdadera motivación del Laudo no estuvo en las pruebas del proceso, y por ello se configuró un fallo en conciencia.

En cuanto a las normas:

El recurrente sostuvo que el Tribunal dejó de aplicar las que correspondían, pues a pesar de tener claro que lo que se iba a liquidar era un contrato y no una sociedad, y que dicha liquidación, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y la Sentencia C-207 de 2019, suponía dirigir los pagos a que hubiera lugar a la satisfacción de las deudas adquiridas por la Concesionaria con terceros de buena fe, sin que ni la ley ni la sentencia mencionada, hubieran establecido que aquellos debieran ser "ordenados" al momento del pago, el Tribunal Arbitral consideró que tenía tal facultad de establecer un orden entre los acreedores, sin hacerlos parte en el proceso arbitral, y sin tener en cuenta que el Banco Davivienda, por ejemplo, tenía una garantía mobiliaria inscrita sobre *"(…) contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pago con los recursos provenientes del contrato de concesión [Contrato de Concesión 001 de 2010]. Crédito sindicado porcentaje de participación del Banco Davivienda 27.87%".* A pesar de esto, el Tribunal dispuso que los bienes sobre los que estaba constituida y debidamente inscrita dicha garantía mobiliaria fueran empleados para el pago de obligaciones distintas a la garantizada, dejando de lado la Ley 1676 de 2013, en virtud de la cual *"las garantías mobiliarias están prioritariamente afectadas al cumplimiento de las obligaciones garantizadas",* con lo cual es claro que el Tribunal dejó de lado el derecho aplicable en relación con este punto, y su decisión estuvo motivada por la conciencia de los árbitros.

Las razones para decidir como lo hizo el Tribunal, en conciencia, asegura el recurrente que pueden hallarse i) en las críticas que tanto en el laudo como en el trámite arbitral, en especial en la audiencia de aclaraciones y complementaciones al laudo, hicieron los árbitros a la Ley 1882 y a la sentencia de la Corte Constitucional, las cuales, a su juicio, quedaron mal elaboradas; ii) en los reparos del Tribunal a la conducta de la Concesionaria, sus accionistas y CONSOL, en cuanto a las responsabilidades que debieron asumir por los hechos de corrupción que se evidenciaron en la ejecución del contrato, y por haber vulnerado la normas del contrato sobre aportes de capital y haber financiado la totalidad del proyecto con el crédito concedido por las entidades bancarias.

Y se puede corroborar así mismo, en el hecho de que el valor de los costos, inversiones, gastos e intereses reconocido por el Tribunal Arbitral, fue inferior al más bajo de los valores que estaban en las pruebas practicadas, incluso el informe de interventoría de la ANI, y en el hecho de que el Tribunal aplicó lo que denominó *"teoría del grupo empresarial"* y *"beneficios reales",* para contabilizar el valor de los ingresos percibidos por los participantes de CONSOL como remuneraciones del Contrato de Concesión, pero por otro lado, estimó que las obras ejecutadas por CONSOL no podían considerarse *"atribuibles"* a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. *"Es decir que, en contraposición con lo que sostuvieron los dictámenes periciales practicados, incluido el decretado de oficio, y el propio informe del interventor contratado por la ANI, excluyó de la ecuación las obras "atribuibles" a CONSOL, disminuyendo el CAPEX, que es uno de los rubros que incrementa el valor por reconocer, e incluyó en la misma ecuación las remuneraciones recibidas por los participantes del propio CONSOL, incrementando así uno de los rubros que disminuye el valor por reconocer".*

Y finalmente, otra razón que explicaría el porqué del fallo en conciencia, según el recurrente, estaría dada por la premura del tiempo, al haber asumido los árbitros el proceso ya adelantado.

4.4. Bancolombia S.A.[107]

Sobre la causal de fallo en conciencia, este recurrente adujo que los reparos que se plantean tienen que ver con los efectos derivados de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, y no con la declaratoria misma de tal nulidad. Y consideró que el Tribunal, en tal aspecto, actuó con evidente desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, toda vez que fijó las sumas objeto de restitución sin atender al requisito de la validación de un experto, lo que configuró la causal de fallo en conciencia, debiendo ser en derecho, pues dicha estimación, *"(…) terminó cayendo en el terreno de las convicciones íntimas y subjetivas de quienes conformaron el panel arbitral",* pues los árbitros "*(…) optaron por resolver tal aspecto con base en lo que, según su leal saber y entender, constituía una decisión justa que no afectara los derechos e intereses del Estado, pasando por alto que para tal*

[107] F. 277, c. Recursos.

propósito el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 había definido una manera específica de proceder (…)".

Afirmó que, a pesar de lo dispuesto en la referida norma, el Tribunal prefirió valerse de sus propias conjeturas, estimaciones y valoraciones, para adoptar una decisión que, "*en cuanto hace a la determinación de la suma que la ANI debe reconocer para el respeto de los derechos de los terceros de buena fe, se encuentra cobijada tan solo por una apariencia de legalidad, pero tiene como real trasfondo una decisión antojadiza y, por sobre todo, unos cálculos apartados del régimen legal aplicable y del material probatorio obrante en el expediente",* que además adolecen de errores aritméticos.

El Tribunal, so pretexto de realizar unos *ajustes,* desconoció las validaciones efectuadas por el perito Duff & Phelps, a pesar de ser éste el único al que otorgó el carácter de tercero experto, en los términos del artículo 20 de la Ley 1882. Y las nuevas cifras a las que llegó el Tribunal, no fueron validadas por dicho perito ni por ningún otro experto, con lo cual los árbitros terminaron fijando en conciencia y no en derecho las sumas destinadas al reconocimiento de los derechos de los terceros de buena fe afectados por la nulidad del contrato.

De acuerdo con lo anterior, sostuvo el recurrente, no bastaba con que se mencionara la norma legal aplicable para entender que el fallo fue en derecho, pues para ello se requiere que la norma citada en la decisión comporte su *ratio decidendi "y no una mera mención formal destinada a blindar de aparente legalidad la decisión",* que fue lo sucedido en el laudo impugnado, respecto de la determinación de las restituciones.

Lo anterior se advierte, según el recurrente, al comparar los reconocimientos que fueron calculados y validados por el tercero experto, Duff & Phelps, en la suma de $ 2.049.342.829.642 y los que fueron reconocidos en el laudo, que ascendieron a la suma de $ 211.273.405.561, luego de los *ajustes* que realizó sin la validación del experto según lo señalado en la ley y sin contradicción por las partes, con lo cual se configuró el fallo en conciencia.

Así, el Tribunal, pese al alto grado de dificultad técnica que suponía la determinación de los reconocimientos derivados de la nulidad de un contrato de concesión para la infraestructura de transporte, y a pesar de haberse practicado cuatro pruebas periciales en el proceso, encaminadas a satisfacer lo señalado en la Ley 1882, decidió apartarse de todas ellas *"para fundamentar su decisión en sus propias valoraciones",* es decir que prescindió de la prueba necesaria para ello, con lo cual resulta evidente que falló en conciencia.

Como consecuencia de lo anterior, pidió que se declare la nulidad del laudo arbitral y se disponga que no ha operado la caducidad en los términos del artículo 44 de la Ley 1563 de 2012, pudiendo la parte interesada convocar un nuevo tribunal arbitral que continúe con el proceso a partir del decreto de pruebas, en el que conserve validez y eficacia la experticia rendida por Duff & Phelps, según el artículo 43 de la misma ley.

4.5. Fiduciaria Corficolombiana S.A.[108]:

Luego de exponer el marco legal y jurisprudencial aplicable al proceso -artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y Sentencia C-207 de la C.P.-, el recurrente adujo que la mencionada ley asignó unas tareas a los jueces o árbitros y otras a la interventoría o a un tercero experto, así:

El parágrafo del artículo 20 deja claro que el competente para determinar la nulidad de un contrato de los mencionados en la norma, es el juez del contrato, que en el presente caso lo era el Tribunal Arbitral, que podía declararla, y esto no se cuestiona por el recurrente.

No obstante, la misma norma establece que declarada la nulidad del contrato, se debe liquidar el mismo y ordenar las restituciones recíprocas, mediante una fórmula que implica el reconocimiento del valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista, en virtud del cumplimiento del objeto contractual. A continuación, la norma deja claro que los reconocimientos a

[108] F. 340, c. Recursos.

que hubiere lugar deben cumplir 4 criterios, los cuales serán validados por la interventoría o por un tercero experto, manifestando el recurrente que *"*[e]s *este punto el que dejaron de lado los árbitros al dictar su Laudo Arbitral, lo que da lugar a la causal de anulación que estamos alegando".*

Lo anterior, a pesar de que al proceso arbitral se presentaron varios estudios sobre los montos de la liquidación del Contrato de Concesión a la luz del artículo 20 de la Ley 1882, en caso de que el Tribunal declarara la nulidad absoluta del mismo, uno de los cuales fue el elaborado por el Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar, interventor del contrato, en el que señaló los montos que la ANI debería reconocerle al Concesionario en tal caso; las sociedades Odebrecht presentaron dictámenes periciales de parte, rendidos por BDO Consulting y por FTI Consulting, y el Tribunal Arbitral decretó de oficio una prueba pericial, practicada por Duff & Phelps, y que fue objeto de aclaraciones y correcciones y de contradicción por parte de los sujetos procesales.

Todos los anteriores estudios fueron hechos por el interventor o por terceros expertos, no obstante lo cual fueron desconocidos por el Tribunal Arbitral, afectando severamente los bienes fideicomitidos.

Dio cuenta de que el Interventor calculó el valor de los reconocimientos en favor del Concesionario, aplicando el artículo 20 de la Ley 1882, en un billón doscientos cincuenta y dos mil treinta y siete millones veintitrés mil trescientos noventa y nueve pesos ($ 1.252.037'023.399); las firmas BDO y FTI, los calcularon en dos billones cuatrocientos once mil doscientos sesenta y dos millones seiscientos cincuenta y cuatro mil setecientos sesenta y siete pesos (2.411.262'654.767), y Duff & Phelps, en dos billones veintiún mil seiscientos noventa y nueve millones de pesos (2.021.699'000.000), dejando en claro esta última, mediante comunicación del 10 de julio de 2019, que el monto fue actualizado con ocasión de la expedición de la Sentencia C-207, mediante la verificación de los criterios relacionados en el artículo 20 de la Ley 1882, a pesar de lo cual, el Tribunal desconoció dicho estudio en todas sus conclusiones y en las validaciones.

El Tribunal decidió hacer sus propias verificaciones de los criterios del artículo 20, a pesar de que la norma es tajante al establecer que esa tarea le corresponde a la

interventoría o a un tercero experto. Tomó como base las cifras de Duff & Phelps y sustrajo y alteró algunas de las mismas, manifestando que, en su opinión, ciertas obras no habían sido ejecutadas para contribuir al interés público, no estaban asociadas a la ejecución del contrato o que los cálculos no correspondían a precios o condiciones del mercado. *"Y cada una de estas sustracciones o alteraciones de las cifras se hicieron sin fundamento en el estudio, opinión o experticio de la Interventoría o de un tercero experto",* y concluyó el Tribunal, que los reconocimientos debían ser apenas de $ 211.273'405.561, sin ningún tipo de argumentación o sustento y los árbitros se adentraron en temas técnicos propios de contadores, ingenieros o economistas expertos en infraestructura.

Agregó que *(…) cuando la Ley 1882 exigió que los reconocimientos económicos fueran validados por la interventoría o un tercero experto lo que buscaba era que los pagos tuvieran certidumbre técnica",* y lograr, en relación con los pagos, como lo sostuvo la Corte Constitucional, que *"la liquidación debe obedecer a aspectos técnicos que tengan en cuenta el verdadero valor de las obras, de manera que no se afecte a los acreedores y a los Bancos en particular en la liquidación de uno de estos contratos, pues está en juego la confianza del público en el sistema financiero".*

Manifestó que, con su actuación, los árbitros transgredieron de manera clara el principio de la necesidad de la prueba y la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos.

Las reglas de la sana crítica, que deben aplicarse en la apreciación de las pruebas en conjunto -art. 176, C.G.P.-, no permiten que los jueces alteren o "ajusten" pruebas o modifiquen sus conclusiones, *"menos cuando existe una norma, como en este caso, que señala tajantemente que a quien corresponde validar los criterios y hacer los cálculos de los reconocimientos es al Interventor o a un tercero experto".*

Para el recurrente, los árbitros no hicieron una sana crítica de las pruebas, pues ello hubiera supuesto que tomaran elementos de los estudios aportados y explicaran en el Laudo Arbitral por qué estos o aquellos elementos de los expertos eran los que les generaban convencimiento, pero no fue lo que hicieron, ya que ignoraron los estudios y a partir de las conclusiones de Duff & Phelps, alteraron los cálculos y

conclusiones para llegar a sus propios números, de espaldas a las partes, que no tuvieron oportunidad de argumentar o discutir esas alteraciones.

Con lo anterior, sostuvo, los árbitros lo que al parecer decidieron, fue la existencia de un "error grave" en el referido dictamen, pero decretado de oficio, pues ninguna de las partes, ni el Ministerio Público, ni la Agencia de Defensa Jurídica del Estado ni nadie en el proceso, señaló los errores que, según los árbitros, existían en el mismo. *"Fueron los árbitros -y solo ellos- quienes decidieron entrar a validar, bajo sus propios criterios, los criterios que ya habían sido validados por dicho experto para llegar a la conclusión de que los reconocimientos en favor de los terceros de buena fe era apenas un 10% de lo que había dicho Duff & Phelps".*

A juicio del recurrente, no existe fundamento técnico alguno que soporte las alteraciones que efectuaron los árbitros por un monto de 1.8 billones de pesos con respecto a las cifras calculadas por Duff & Phelps, siendo sólo abogados, y tratándose de una prueba técnica ejecutada por un equipo interdisciplinario de ingenieros, administradores, contadores y economistas expertos en infraestructura. "*Lo anterior, además de ser contrario a derecho y desbordar las funciones de sana crítica que sobre las pruebas tiene el juez, desnaturaliza la prueba pericial, pues desconoce que justamente estos son un medio de prueba elaborado por una persona que, a diferencia del juzgador, tiene un conocimiento técnico que le permite pronunciarse y expresar su opinión sobre hechos complejos del proceso".*

Adujo que si los árbitros consideraron que no tenían los conocimientos técnicos necesarios y por eso decretaron el dictamen pericial, es contradictorio que, una vez practicada la prueba, estimen que sí pueden ajustarlo, sin necesidad de la participación de otro experto.

Por las anteriores razones, consideró el recurrente que el laudo arbitral fue en conciencia debiendo ser en derecho, pues i) se apartó del marco jurídico y terminó decidiendo en la mera equidad, ii) prescindió, en general, del acervo probatorio y iii) adoptó decisiones sin exponer razonamientos jurídicos para dichas decisiones.

i) En cuanto a lo primero, consideró que era evidente que los árbitros inaplicaron el parágrafo del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, cuando decidieron ignorar las

validaciones hechas por el Interventor y el tercero experto para pasar a hacer sus propias validaciones, pues *"*[l]*a única forma en que se podría decir que el Laudo Arbitral se dictó en derecho es que se hubieren hecho las liquidaciones del Contrato de Concesión con base en lo que dijo el Interventor o un tercero experto. (…) los árbitros terminaron aplicando aspectos técnicos de la norma al margen de las opiniones de los expertos, a quienes ni siquiera consultaron sobre algunas de sus conclusiones".*

ii) Respecto del segundo punto, reiteró el recurrente que el Laudo Arbitral ignoró las validaciones del Interventor y de los peritos y decidió proclamar a los árbitros como el tercero experto al que se refiere el parágrafo del artículo 20 de la Ley 1882, quienes procedieron a modificar las validaciones y cálculos efectuados por Duff & Phelps para establecer nuevas validaciones al margen de las pruebas, de modo que la liquidación del Contrato de Concesión y lo que se ordena pagar a los terceros de buena fe no se basan en ningún estudio técnico.

iii) En relación con el tercer punto, el recurrente adujo varias alteraciones a las validaciones realizadas por Duff & Phelps que carecen de razonamientos jurídicos o que los mismos son muy precarios:

3.1. Restas de los árbitros correspondientes a Puentes, Variantes y Obras Adicionales:

En el punto 2.7.1 del Laudo Arbitral, se restó de la suma calculada por el perito como costos, gastos e inversiones, la suma de $ 760.559'431.183, *"mediante la aplicación de una regla de tres por virtud de la cual concluyeron que el 18.43% del Capex calculado por Duff & Phelps correspondía a 'sobrecostos' (…)",* pero no se dijo *"ítem por ítem, cuáles eran los supuestos sobrecostos que encontraron los árbitros, pero que no encontraron ni la Interventoría ni los terceros expertos (…) el Laudo Arbitral no estableció ítem por ítem, conforme a lo que se haría en cualquier obra de infraestructura (base, sub-base, cemento, hierro, transporte, asfalto, estudios, etc.), qué fue lo que supuestamente se sobrepagó (…)".* Además, los árbitros utilizaron para ello el promedio del Capex calculado por BDO y FTI -dictámenes que había desechado en el propio laudo-, y no el de Duff & Phelps, para llegar a la cifra del

18,43%, sin explicar por qué procedían de esa forma, y sin el respaldo de ningún experto.

Además de lo anterior, la deducción por la cifra de $ 760.559'431.183 en realidad no correspondió a sobrecostos, pues *"las obras que restaron del cálculo corresponden a puentes, variantes y obras adicionales realizadas por el Epecista que se encuentran hoy en manos del Estado colombiano",* a pesar de lo cual los árbitros consideraron que no había lugar a su pago, a pesar de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1882 y en la Sentencia C-207, con lo cual, *"(…) los árbitros ignoraron, además, que las mismas partes en el Acuerdo de Terminación y en la Modificación al Acuerdo de Terminación que se encuentra en el expediente pactaron que* 'las obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento efectuadas por el Contratista EPC, verificadas y avaladas por el Interventor' *serían incluidas en la fórmula de liquidación dentro de los costos asociados con las actividades realizadas por la Concesionaria en cumplimiento de sus obligaciones".*

3.2. Deducción de los intereses de los créditos:

El Laudo señaló en la Sección 2.7.2 *"que, dado que al CAPEX y al OPEX se le hicieron algunos descuentos, tendría que descontar del monto total de los intereses una proporción equivalente al total de inversiones descontadas al CAPEX y al OPEX",* por lo que el Tribunal estimó que el 16,12% de las inversiones no eran admisibles de manera que tenía que descontarle a los intereses en la misma proporción, pues en su parecer *"los bancos habrían financiado los repartos de excedentes de los socios del proyecto, los delitos cometidos con cargo al contrato y sus sobrecostos",* y del billón de pesos que Duff & Phelps reconoció como intereses, le descontó $ 162 mil millones, por lo que reconoció por intereses sólo $843.000'000.000.

Esa apreciación, según el recurrente, *"(…) carece de todo fundamento pues en el expediente no hay ni una sola prueba que demuestre tal afirmación",* lo que pone en evidencia que el Tribunal no solo se alejó del acervo probatorio, sino que emitió un fallo carente de sustento.

3.3. La remuneración del contratista:

En el numeral 2.7.5 del Laudo Arbitral los árbitros decidieron disminuir la liquidación en la suma de $ 567.984'102.000, en contra de los terceros de buena fe, explicando que *"(…) el Tribunal encuentra razonable entender que cuando el artículo 20 se refiere a la 'remuneración del contratista', se refiere a la utilidad reportada por la Concesionaria",* sin explicar nada más para la referida deducción, lo que constituye, a juicio del recurrente, una falta de argumentación del Laudo, respecto de algo que ni el Interventor, ni los expertos consideraron razonable, ni las partes en la fórmula pactada en la Modificación al Acuerdo de Terminación. Y sin que lo hubieran consultado los árbitros a los peritos designados por ellos mismos, Duff & Phelps si era correcto hacer esa deducción, *"o, dicho en otros términos, si desde el punto de vista técnico debería considerarse que una* 'utilidad' *era un* 'pago o remuneración'", a pesar de que se trataba de un aspecto técnico contable de un proyecto de infraestructura.

Lo anterior, a juicio del recurrente, obedeció seguramente al *"escozor"* que les producía a los árbitros la Ley 1882 de 2018, así como la sentencia C-207, que debían aplicar.

A continuación, el recurso pasó a explicar en qué consistían los ingresos, gastos, costos y utilidades y la fórmula para llegar a estas últimas, y el error que, a juicio de la recurrente, cometió el panel arbitral, que explicó así: *"Un ejemplo del grave error en que incurrieron los árbitros al ignorar el estudio de Duff & Phelps y alterar sus cifras ilustra la cuestión: si un concesionario recibe un ingreso de 200 y debe pagar 150 de costos y gastos, genera una utilidad de 50. Si se pidiera estimar el valor de la remuneración recibida por el contratista, el valor del ingreso a restar al tenor del artículo 20 de la Ley 1882 sería 200 y no la suma de 200 más 50, que fue lo que hicieron los árbitros al restar, en adición a los Pagos y Remuneraciones calculados por los expertos, las 'utilidades'.".*

Otro error en el que incurrió el Laudo Arbitral según el recurrente, es que de acuerdo con la fórmula de liquidación del artículo 20 de la Ley 1882, se deben tener en cuenta para calcular los reconocimientos para los terceros de buena fe, *"las remuneraciones y pagos recibidos por el contratista",* no las sumas que

eventualmente puedan llegar a recibir los accionistas si es que las *"utilidades"* se vuelven dividendos, pero los árbitros ignoraron las conclusiones del Interventor y de todos los expertos, al desatender el hecho de que *"*[e]*l parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 establece que, después de pagarles a los terceros de buena fe lo que se les deba, se le reconocerá a la Concesionaria o a sus accionistas sus aportes iniciales menos los dividendos pagados, actualizados por el IPC. Luego, las utilidades y los dividendos que se paguen a partir de ellas se restan de las restituciones a la Concesionaria y/o los accionistas, no de las restituciones en favor de los terceros de buena fe".* Y lo que hicieron los árbitros, fue restar dos veces la misma suma: primero las utilidades en perjuicio de los terceros de buena fe y luego de nuevo la misma suma como dividendos por cuenta de lo repartido a los accionistas, arribando a conclusiones que no responden a la norma aplicable, lo cual pone de presente que el Laudo Arbitral no se dictó en derecho.

3.4. Los pagos efectuados por la ANI a la Concesionaria:

Adujo el recurrente que, para determinarlos, el Laudo Arbitral desestimó el valor reportado por Duff & Phelps y en su lugar tomó, supuestamente, el valor informado por la ANI de acuerdo con la prueba informada por el Tribunal de Arbitramento mediante el Auto 107 del 21 de enero de 2019. Y que *"Por cuenta de tomar esta información el Laudo Arbitral restó de los reconocimientos en perjuicio del Patrimonio Autónomo y de los Bancos la suma de doscientos trece mil doscientos ochenta y nueve millones ochocientos dieciséis mil quinientos ochenta y un pesos (COP$213.289.816.581),* cifra que se supone que restó, porque el numeral 2.7.6 no la señaló de forma específica pero en los cuadros de la página 690 aparece tal resta.

Y explicó que también fue un error del Tribunal de Arbitramento hacer esa resta, al desconocer el dictamen de Duff & Phelps y del Interventor, *"(…) pues dentro de los valores reportados por la ANI en dicha prueba se encuentra el concepto* 'Pago de terceros de buena fe y rendimientos trasladados' *que corresponde a los montos que fueron trasladados de rendimientos financieros realizados a la subcuenta de reversión del patrimonio autónomo a partir de marzo de 2017 para hacer pagos a los acreedores de buena fe, incluidos los dos giros a los Bancos, sumas que ya fueron tomadas en cuenta al calcular por Pagos y Remuneraciones".*

Y que además existe otro error, pues al 30 de junio de 2019 la subcuenta de reversión tenía un saldo de $ 85.107.912.009 que serían usados para pagarles a los terceros de buena fe según las partes considerativa y resolutiva del Laudo Arbitral, luego restar de los reconocimientos la referida suma, que hoy está en el fideicomiso pero que no se les ha pagado a los terceros de buena fe, *"(…) es una doble resta con un efecto severo en perjuicio del Patrimonio Autónomo y de los Bancos",* que no tiene respaldo en la opinión de ningún experto o del interventor, *"(…) porque también en este caso los árbitros decidieron apartarse de estos y confiar, al parecer, en sus conocimientos contables y económicos (…)".* Dicho en otras palabras, ese dinero no se le ha pagado aún a la Concesionaria ni a nadie, de manera que no se puede restar, pues *"Son platas que simplemente están en el fideicomiso por traslados entre cuentas".*

Sostuvo el recurrente que, de acuerdo con lo anterior, *"al valor de Ingresos reportado por la ANI en la prueba que usó el Tribunal de Arbitramento para, sin ninguna clase de análisis, restar miles de millones de pesos se le debe descontar -por lo menos- el saldo de la subcuenta de reversión al momento del pago efectivo. Aquí no hay ningún pago o remuneración realizado a favor de nadie. Pero los árbitros simplemente realizaron esta resta a pesar de que esa validación le correspondía al Interventor o a un tercero experto".* Con ello, restaron lo que no tocaba, disminuyendo la liquidación, incurriendo en otro error, por desconocimiento del acervo probatorio y de los dictámenes periciales e informe del Interventor, sin que hubiera explicado por qué escogía unas pruebas y no otras.

3.5. El orden de pago establecido en el Laudo Arbitral:

Estimó el recurrente que, al establecer el orden específico en que se cubrirían las obligaciones con terceros de buena fe, *"(…) los únicos a los que no se les va a pagar en su totalidad sus acreencias es a los Bancos",* que *"(…) apenas verán satisfechas sus obligaciones pendientes en un 14% sin ninguna motivación de derecho que lo justifique",* pues el Laudo Arbitral no explicó por qué el monto de la liquidación debía asignarse a los acreedores del Concesionario usando esa prelación de pagos, sin que exista ninguna justificación legal o jurisprudencial para discriminar a los Bancos en favor de otros acreedores, y ante la ausencia total de razonamientos jurídicos para ello, se evidencia que se falló en conciencia o en equidad.

4.6. Sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.[109]:

Sustentó este cargo en el hecho de que el Tribunal de Arbitramento en su decisión, se apartó del concepto técnico rendido por los peritos, es decir que prescindió de los medios de prueba conducentes para determinar el monto de los reconocimientos económicos previstos en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y se fundó en su convicción íntima de los sucesos, por lo que el Laudo debe ser anulado.

En similares términos a los demás recursos de anulación que alegaron esta causal, explicó la obligatoriedad de acoger la validación de los montos por parte del tercero experto, Duff & Phelps, y el desconocimiento de la misma por parte del Tribunal Arbitral, que procedió a "ajustar" el contenido del dictamen pericial rendido por el experto que había designado para tal fin, y a darle un alcance diferente; *"(…) suplantó el rol del perito y, en el numeral 2.7 del Laudo, alteró las consideraciones expuestas en la experticia, concretamente: Modificó la valoración del CAPEX -Costos, gastos e inversiones-, OPEX -Gastos de operación y mantenimiento de la vía-, intereses y otros costos, inversiones y gastos. Rubros que corresponden a los criterios establecidos por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, según la cual, al momento de liquidar el contrato por la declaratoria de nulidad absoluta, se debe atender al* 'valor actualizado de los costos, inversiones y gastos ejecutados por el contratista'*".* Razón por la cual consideró que el Laudo fue proferido en conciencia y, por lo tanto, debe ser anulado.

4.7. Constructora Norberto Odebrecht S.A.[110]:

El recurrente fundó esta causal en hechos y argumentos similares a los expuestos en los demás recursos de anulación ya enunciados, relativos a que *"(…) al momento de definir los montos económicos a reconocer como consecuencia de la declaración de nulidad del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, decidió (…) apartarse de cualquier criterio objetivo, ya fuera aquel decantado en la Ley o en las pruebas que reposaban en el expediente, para, en cambio, hacer valoraciones fundamentadas exclusivamente en lo que los árbitros -ellos y solo ellos- entendían debía ser lo correcto, justo, equitativo o racional".*

[109] F. 435, c. Recursos.
[110] F. 463, c. Recursos.

Hizo un recuento de lo sucedido en torno a la expedición de la Ley 1882 de 2018 y su artículo 20, y cómo en el proceso arbitral se practicaron varias pruebas periciales, aparte del informe rendido por el Interventor, para establecer la suma que debía ser restituida como consecuencia de la posible declaratoria de nulidad del contrato, los cuales arrojaron ciertos valores; para acatar lo ordenado por el artículo 20 de la referida norma en cuanto a la validación por el Interventor o un tercero experto, el Tribunal decidió acoger las conclusiones de Duff & Phelps, no obstante lo cual, *"(…) pasó a hacer múltiples deducciones sobre la liquidación que le correspondía a la CRS por disposición de la Ley",* de las cuales resaltó dos puntos carentes de fundamentación:

1) El Tribunal descontó el valor correspondiente a las utilidades reportadas contablemente en los estados financieros de la CRS, entendiendo que estos hacen parte de la *"remuneración"* que debe ser restada de los costos, gastos e inversiones realizados por el contratista, decisión carente de toda consideración jurídica, que obedeció al leal saber y entender de los árbitros, con aplicación del sentido común y la verdad sabida y buena fe guardada, pues omitió el marco legal, jurisprudencial y contractual que señala en qué consiste la remuneración del concesionario en el marco de un contrato de concesión de obra pública como el Contrato 001 de 2010, en el que corresponde a los recaudos efectivos de peajes y pagos hechos con cargo al presupuesto público, *"mas no, como inexplicablemente dijo el Tribunal, en la cifra contable que arroja una cuenta del estado de pérdidas y ganancias que, entre otras cosas, ni siquiera habían sido objeto de reparto entre los socios".*

2) Decidió así mismo, no aplicar una parte del dictamen de Duff & Phelps, en lo que respecta al cálculo de la inversión por CAPEX del proyecto y en su lugar, de manera inesperada e ilógica, acudió al documento denominado *"Acuerdo para la Terminación y Liquidación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010"* celebrado entre la CRS y la ANI el 22 de febrero de 2017 y modificado mediante documento suscrito el 27 de marzo del mismo año, en donde las partes definieron, entre otras cosas, el valor que debía liquidarse por CAPEX. Así, el Tribunal *"resolvió deliberadamente definir los valores de las restituciones mutuas, únicamente en función de lo que, según su noción de justicia -de ellos y solamente de ellos-, merecía la CRS en el caso concreto",* lo que se evidenció, según el recurrente, en los siguientes hechos:

2.1. El Tribunal justificó su desatención del dictamen pericial en este punto, en que el cálculo de Duff & Phelps contemplaba la valoración de sobrecostos por la ejecución de obras que la CRS reclamó en el marco de su demanda arbitral, a pesar de que, en realidad, los peritos dejaron claro en el dictamen que no se incluían dichos sobrecostos, sino el producto final efectivamente ejecutado.

En vez de utilizar los precios del mercado para el análisis de los costos, gastos e inversiones ejecutados por el contratista, según lo dispuesto por la Ley 1882 de 2018, el Tribunal se sirvió del Acuerdo de Transacción, el cual dentro de su valoración, no tuvo en cuenta los precios de mercado sino los precios acreditados por el Consorcio Constructor Ruta del Sol -CONSOL-, la CRS, el INVÍAS y otros concesionarios del país, y a pesar de que el dictamen de Duff & Phelps utilizó una metodología que permitía hacer tal estudio en función de los precios del mercado.

3) El Tribunal Arbitral le dio efectos a un acuerdo de transacción, que al haberse declarado la nulidad del contrato que le dio origen, también fue aniquilado.

4) En contra de lo dispuesto por la ley, el Tribunal no decidió en función de la valoración avalada por un tercero o por el interventor.

5) El Tribunal se apartó del dictamen de Duff & Phelps, entre otras cosas, porque *"según el entender del Panel, se encontraron pruebas 'suficientes' para establecer que los montos del CAPEX del Proyecto, no fueron a satisfacer el interés general, sino para otra 'variedad de fines'",* pero no se enunció en el Laudo cuáles fueron esas pruebas que, según el recurrente, no obraban en el expediente.

Por todo lo anterior, concluyó que la invocación de pruebas y normas en la decisión, *"fue apenas una 'fundamentación' en apariencia",* pues el Tribunal *"no decidió basado en la interpretación de los presupuestos normativos o probatorios del caso, sino que al contrario, se apartó flagrantemente de lo que en estos elementos se contemplaba con meridiana claridad, para imponer, sobre todas las cosas, su criterio de justicia que en nada se compatibiliza con lo objetivamente señalado por el legislador y lo probado en el proceso"*, razón por la cual reiteró que el fallo fue en conciencia y no en derecho, por lo que pidió que se declare la nulidad del Laudo Arbitral impugnado y en los términos del inciso segundo del artículo 43 de la Ley

1563 de 2012, se remita el expediente judicial al juez competente para su reparto, para que continúe con el proceso a partir del decreto de pruebas.

4.8. Oposición de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI[111]:

4.8.1. En relación con el recurso de anulación de la Concesionaria Ruta del Sol:

Sostuvo que en la parte introductoria del recurso se podía advertir la verdadera naturaleza de los reproches que se hacen al Laudo Arbitral, como si se tratara de un recurso de apelación o casación, referidos a los fundamentos jurídicos y a las conclusiones probatorias que soportan la decisión, para sostener que no se aplicó en debida forma la ley (artículo 20 de la Ley 1882 de 2018) o que el Tribunal erró en el inventario y valoración de las pruebas, para efectos de determinar las consecuencias económicas de la nulidad del contrato y el valor objeto de reconocimiento, lo que se confirma con la equivocada petición subsidiaria que efectúa, en el sentido de que el Consejo de Estado dicte una nueva decisión que ordene las restituciones mutuas o reconocimientos con fundamento en el dictamen de Duff & Phelps, es decir que se dicte una sentencia de reemplazo, actuación para la cual el juez del recurso carece de competencia.

Específicamente en relación con la causal séptima del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, adujo que bajo las causales 7ª, 8ª y 9ª, el recurrente plantea una cuestión de fondo, consistente en la violación sustancial de la ley por vías directas o indirectas, al plantear, en primer término, la existencia de un fallo en conciencia porque i) los árbitros se separaron del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y de la Sentencia C-207 de 2019, al no aplicar los parámetros de la norma que regulan las restituciones, ii) por no haber interpretado la norma con el alcance que a juicio del recurrente, le otorga la Corte Constitucional, y iii) contener la decisión yerros de fondo respecto de la valoración probatoria. Esto lo que demuestra es que no se trata de un reproche por un vicio de procedimiento, sino de un debate sobre el fondo del asunto.

Por otra parte, observó que el Laudo Arbitral está suficientemente motivado, con razones tanto de hecho como de derecho y se incorporaron suficientes

[111] F. 604, c. Recursos.

consideraciones y valoraciones de orden jurídico y probatorio que explican con suficiencia las razones por las cuales la aplicación del artículo 20 de la Ley 1882 trajo como consecuencia la cifra final que aparece en la parte resolutiva del Laudo, que, por lo tanto, fue en derecho y no en conciencia, lo que no se desvirtúa porque los árbitros hayan decidido con base en el dictamen pericial de Duff & Phelps, valorado en conjunto con las demás pruebas. *"Los árbitros no hicieron nada distinto que contrastar las conclusiones del referido dictamen con otros medios de convicción obrantes en el proceso y con ello establecer cuáles eran los rubros que deberían hacer parte de la liquidación final del negocio jurídico que fue materia de invalidación".*

Entonces, no es que el Tribunal Arbitral no haya valorado la prueba, sino que, *"(…) como consecuencia de haber apreciado el referido dictamen pericial conforme a las reglas de la sana crítica y la persuasión racional, con base en la naturaleza del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y en sus estipulaciones contractuales y fruto de una interpretación del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, se llegó a la conclusión de que los gastos, costos e inversiones que debían ser tenidos en cuenta eran los de la Concesionaria y no los de su Constructor EPC, pues estos, según el propio dictamen, contenían sobrecostos y eventos eximentes de responsabilidad que no debían ser tomados en consideración a la hora de establecer los reconocimientos económicos consecuenciales de la nulidad absoluta del contrato".*

Por lo anterior, el cuestionamiento de la hermenéutica de la norma efectuada por parte de los árbitros, que es lo que hace el recurrente, no constituye un fallo en conciencia o en equidad, y con independencia de que esas motivaciones sean o no correctas y sean o no compartidas por aquel, lo cierto es que son el fruto de razonamientos jurídicos y de conclusiones de orden probatorio, que no pueden ser combatidas por vía del recurso de anulación.

4.8.2. Frente al recurso formulado por la Constructora Norberto Odebrecht:

La ANI observó que su alegación coincidía con la de la Concesionaria Ruta del Sol: i) descontar de la remuneración de la Concesionaria el valor correspondiente a las utilidades y ii) alejarse de la determinación del Capex contenida en el dictamen de

Duff & Phelps, por lo que reiteró las afirmaciones efectuadas frente a su recurso de anulación en este cargo, anotando:

> *No puede perderse de vista que en varios apartes del laudo arbitral se concluyó, con fundamento en el dictamen pericial de Duff & Phelps, específicamente en la respuesta a las preguntas 9 y 10, que tanto los socios como la Concesionaria y el Epecista, ya habían recuperado su inversión, toda vez que los aportes realizados fueron "restituidos" por este último a favor de los socios de la Concesionaria, conclusión que igualmente se extrajo de la información que el Grupo Aval presentó a la SEC (Securities and Exchange comission) de los Estados Unidos de Norte América, a la cual se hace referencia en la página 71 del laudo, luego no se trata de simples conclusiones y especulaciones del Tribunal, sino de conclusiones serias por cuanto se encuentran soportadas con medios de prueba.*
>
> *Tampoco puede pasarse por alto que en el dictamen de Duff & Phelps se incluyeron costos, gastos e inversiones de manera consolidada, pero no todos los mencionados rubros fueron asumidos, pagados o efectuados por la Concesionaria, sino que muchos de ellos correspondían al Epecista, razón por la cual, en un ejercicio hermenéutico el Tribunal consideró que estos últimos no estaban cobijados por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y, en tal virtud, decidió excluirlos, lo cual, desde luego, fue una decisión que no agradó a la Convocante ni a sus litisconsortes cuasinecesarios, ni a sus coadyuvantes, pero no por ese solo hecho significa que se trate de una decisión en equidad o en conciencia, toda vez que, como se dijo, aquella fue el resultado de una interpretación de orden sustancial y probatoria que no puede ser materia de cuestionamiento en sede del recurso extraordinario de anulación.*

Por lo anterior, lo que se advierte es una inconformidad de la Constructora Norberto Odebrecht con el fondo de la decisión y, específicamente, con las cifras contenidas en la parte resolutiva del laudo, razón suficiente para declarar infundado su recurso.

4.8.3. Frente al recurso de anulación de Odebrecht Latinvest Colombia:

En relación con la causal 7ª, la ANI sostuvo que, al igual que los otros recursos en que se alegó, se trata no de un reparo propio del recurso de anulación sino de un reproche típico de un recurso de apelación o de casación, pues se enfoca en controvertir la valoración probatoria que hizo el Tribunal sobre el dictamen de Duff & Phelps y en tratar de presentarla como *"su convicción íntima de los sucesos",* tratando de llevar al juez del recurso a discusiones sobre el fondo del asunto, al insistir en que *"(…) no correspondía al Tribunal Arbitral fijar los montos que regula el artículo 20, sino que, a su juicio, tales montos debían ser validados por un interventor o terceros expertos, como si se tratase de un sistema de tarifa legal o la asignación de competencias a terceros distintos al juez para resolver controversias o litigios",*

argumentación ajena al recurso de anulación y desconocedora de que nuestro sistema se rige por la valoración probatoria según las reglas de la sana crítica.

4.8.4. El recurso formulado por Episol S.A.:

La ANI advirtió que el fundamento del recurso sustentado en la causal en estudio, contiene argumentos iguales a los de los demás recurrentes, que, como ya se advirtió, buscan reabrir el debate jurídico y probatorio.

El recurrente sostuvo que i) el Tribunal no identificó las pruebas que soportaron la conclusión relativa a que los recursos de la Concesionaria atendieron los más variados fines, lo cual le sirvió de sustento para efectuar el análisis probatorio y realizar ciertos descuentos en los rubros objeto de reconocimiento, y que el Tribunal apeló a su íntima convicción orientada a castigar al corrupto, alejándose de un análisis probatorio y de la aplicación de la Ley 1882 de 2018; y que ii) el Tribunal dejó de aplicar la referida normatividad -artículo 20-, al decidir con fundamento en su supuesto "propio criterio o convicción", la inclusión, dentro de los descuentos, de las utilidades del Concesionario.

No obstante, para la ANI estas afirmaciones giran en torno a citas de apartes descontextualizados y frases desagregadas del Laudo Arbitral y que, contrario a lo afirmado, en el Laudo abundan suficientes razonamientos y valoraciones probatorias respecto de los actos de corrupción que viciaron el contrato *"(…) y el destino espurio que la Concesionaria le dio a los recursos trasladados a su Epecista en etapa de ejecución contractual",* citando testimonios, pruebas periciales, etc., que demostraron que la contabilidad de la Concesionaria estaba en entredicho.

Lo que se evidencia del recurso, según la ANI, es la inconformidad de la recurrente con la valoración probatoria efectuada por el Tribunal de Arbitramento, lo cual no es constitutivo de la causal de fallo en conciencia. Como tampoco lo es el descontento que demuestra con la interpretación jurídica que hicieron los árbitros del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, respecto de los criterios que deben adoptarse para determinar el valor de los reconocimientos producto de la nulidad, la cual *"(…) no es sino una manifestación válida, sólida y clara de la autonomía judicial (…) que (…) protege la labor hermenéutica del Juez cuando quiera que ella se soporta en normas*

vigentes y en una interpretación razonable y plausible de las mismas", planteándose en el recurso una simple divergencia de criterios en cuanto al sentido que debe dársele al enunciado normativo contenido en el artículo 20 de la referida ley.

4.8.5. En relación con los recursos interpuestos por los coadyuvantes de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.:

Como ya se dijo en otro aparte de esta providencia, -numeral 2.1.4- la ANI consideró que los coadyuvantes no estaban legitimados para interponer el recurso de anulación, pero que, si en gracia de discusión se admitiera que sí podían hacerlo, las causales invocadas y los fundamentos de sus recursos pretenden reabrir el debate de fondo y controvertir la decisión que en derecho adoptó el Tribunal, pues *"(…) se contraen, en su mayoría, a discutir las razones de fondo o la esencia jurídica y valoración probatoria que efectuó el Tribunal en su Laudo. En relación con las causales del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 relativas a la caducidad y falta de competencia (numeral 2), fallo en equidad o en conciencia (numeral 7) y contener el Laudo disposiciones contradictorias o errores aritméticos (numeral 8) los coadyuvantes exponen argumentos idénticos a los ya tratados, al referirnos al recurso de anulación de las partes",* por lo que remitió a los argumentos expuestos por la entidad frente a tales causales.

4.9. Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado[112]:

4.9.1. En relación con el recurso interpuesto por la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. -CRDS-:

Sobre el cargo de fallo en conciencia, sostuvo que el recurrente lo que plantea no es un error *in procedendo,* sino que es una inconformidad con la interpretación que de la norma jurídica -parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018- efectúa el Tribunal de Arbitramento para fundamentar el Laudo que profirió en derecho, porque a juicio de recurrente, de conformidad con la norma, el acudir al Interventor o al tercero experto, tendría que ser para obtener de ellos, indiscutiblemente, un monto

[112] F. 473, c. Recursos.

determinado de recursos económicos a favor del contratista, pero el Tribunal *"en su sabiduría, consideró otra cosa".*

No obstante, desde sus alegatos, el recurrente había admitido la posibilidad de que el Tribunal de Arbitramento tuviera que efectuar algunos ajustes a lo dictaminado por D&P, pero ahora, al ser adverso a sus intereses lo decidido en el Laudo, cambia de opinión y tales ajustes *"le parecen irregulares y generadores de la causal de anulación consignada".*

En cuanto a las consideraciones del recurso sobre el artículo 20 de la Ley 1882 y la Sentencia C-207de 2019, la Agencia consideró, refiriéndose a los recursos captados del público que fueron los que sirvieron para la financiación del Contrato de Concesión, que *"el deudor de dichos recursos -quien los puso en riesgo- y quien tiene que responder por ellos es precisamente la sociedad* ***CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.*** *Sociedad que a lo largo de este proceso no fue capaz de demostrar* ***¿cuál fue el destino de la totalidad del endeudamiento que adquirió con los bancos prestamistas?*** *Y ahora, en virtud de la norma pretende que sea el gobierno nacional quien con recursos públicos supla ese pasivo y garantice la estabilidad del sistema financiero".*

Por otra parte, en el recurso se critica que en el Laudo no se reconocieran obras efectuadas por el Consorcio Constructor CONSOL, pero lo cierto es que, en una declaración de un funcionario de la Concesionaria, este manifestó que tales extra costos sólo le serían reconocidos al epecista si a la Concesionaria le reconocían algo por cuenta de los eximentes de responsabilidad, y en caso contrario, los asumiría aquel. Por lo que *"al remitirse solo a las resultas de un dictamen favorable el impugnante pretende que se desconozca el resto de la prueba practicada en el proceso".*

4.9.2. Frente al recurso de anulación de EPISOL S.A.:

Frente a este cargo de fallo en conciencia, que fundó el recurrente en que el Tribunal se apartó del derecho y de la prueba existente haciendo descuentos a las valoraciones efectuadas y desconociendo acreencias de terceros de buena fe, la Agencia sostuvo que no es cierto que así hubiera obrado el Tribunal de Arbitramento,

que en el Laudo Arbitral efectuó un juicioso ejercicio de procedencia y pertinencia de cada uno de los ingresos, egresos y costos del proyecto, con miras a efectuar unos reconocimientos en estricto apego a la Ley 1882. Agregó:

> *Cosa distinta, es que* ***el Tribunal no accediera ciegamente a lo que las valoraciones de parte,*** *basadas en contabilidades espurias, con gastos afectos a corrupción, con precios distintos a los de mercado y con toda clase de mantos de duda, constituyera para los coadyuvantes* "el concepto de los expertos". *Por el contrario, el Tribunal frente a la andanada de ataques frente a los conceptos de los expertos independientes (Interventor y D&P) realizó una tarea de depuración de cifras y conceptos que juiciosamente justificó en la parte considerativa del laudo, que a la postre deriva -llanamente- en la inconformidad económica del recurrente.*

Por otra parte, consideró la Agencia que no es cierto que el legislador haya "dejado en manos del interventor o del tercero experto" la valoración de los reconocimientos producto de la nulidad de un contrato de concesión, pues si ello fuera así, sobraría en la ecuación el pronunciamiento del juez del contrato. Lo que la norma determinó es que los criterios de reconocimiento deberán ser validados por el interventor o el tercero experto, y lo que pretende el recurrente, es que éstos determinen el valor a reconocer.

En cuanto a que el Tribunal haya proferido "*opiniones y razonamientos íntimos"* en cuanto a fenómenos de corrupción y sobrecostos de obras dentro del proyecto, la Agencia consideró que el recurrente desconoce la abundante prueba que se allegó al expediente respecto de condenas, confesiones, declaraciones, y, en general, de medios probatorios que acreditan múltiples circunstancias de tiempo, modo y lugar suficientes para denegar dichos reconocimientos. Y que por tal razón no puede afirmarse que se trató de un fallo en conciencia, pues el juez del contrato, "*a partir de su sana crítica es competente para hacer los razonamientos jurídicos y procesales que le impone el deber de administrar justicia",* lo que en el presente caso no consistió en sustituir a los expertos, como lo denuncia el recurrente, sino todo lo contrario: *"(…) la ardua labor del Tribunal de calcular restituciones a partir de guarismos* ***alterados, dudosos, parcializados y en algunos casos inexistentes*** *es muestra de que los reconocimientos y restituciones a favor del demandante, guardan directa y absoluta relación con las previsiones del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y de la sentencia C-207 de 2019".*

Para la Agencia también es un error fundar la causal de anulación en el argumento de que la experticia obrante en el proceso era el único elemento o prueba determinante para la decisión sustancial, con carácter de tarifa legal, porque así lo determinaba la norma -art. 20, Ley 1882-, ya que la misma no derogó el CGP ni los principios universales de valoración de la prueba judicial, agregando que *"no son los peritos, ni los expertos, ni los interventores los que fijan el monto a reconocer al concesionario, solo participan en la validación de los costos"* y tales auxiliares de la justicia *"solo están llamados a valorar criterios en función de los reconocimientos a que hubiere lugar: en este sentido esta solicitante y otros, quieren edificar la causal de anulación en el convencimiento de que sus expertos eran los llamados por Ley para fijar el monto, y que dicha fijación ataba al juez del contrato".*

La labor del interventor o del tercero experto, a juicio de la Agencia, no es, como afirma el recurrente, fijar montos o sumas para la liquidación del contrato de concesión, sino que es la de validar los cuatro criterios establecidos en el inciso 3º del parágrafo 1º del artículo 20 de la referida ley, *"no emitir el laudo arbitral, ni su monto".*

Tampoco falló en conciencia el Tribunal al considerar que el EPC fue quien facturó ingentes cantidades de recursos que alimentan el CAPEX del proyecto y que, a juicio del recurrente, no están fundados en pruebas allegadas al proceso, pues lo que le oculta al Consejo de Estado el recurrente, es que en orquestada acción con el demandante, ***"NO permitieron que el Tribunal accediera a la totalidad de los soportes de la contabilidad del EPC*** *(que por cierto eran ellos mismos) y direccionaron a los peritos propios y ajenos a que no revisaran en conjunto los gastos de uno de los principales actores de esta controversia; que se abstuvo de participar en el proceso, el CONSORCIO CONSTRUCTOR CONSOL".*

De otra parte, la Agencia consideró que el Tribunal de Arbitramento, contrario a lo afirmado por el recurrente, no desconoció el ordenamiento jurídico en relación con la aplicación del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, y que lo que pretende el recurso es que el Consejo de Estado retome el estudio del caso y de la prueba *"y emita un fallo que incluya a favor de su poderdante una suma de dinero por concepto de* 'utilidad contable no repartida de CRDS'. *En este caso, el laudo consideró con fundamento en la prueba pericial que anticipadamente, por la vía de repartición de excedentes de*

liquidez los miembros del consorcio (ODB y EPISOL) habían retirado del proyecto anticipadamente cuantiosos recursos (568.984.102 miles de pesos de marzo de 2019) sin que se hubiese terminado la etapa constructiva del contrato de concesión, y en razón a ello los restó de los reconocimientos que en la liquidación del contrato hubiese tenido que efectuarse".

4.9.3. Sobre el recurso propuesto por Bancolombia S.A.:

La Agencia manifestó que en la sustentación de este cargo, fundado en la infracción de lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, se advierte que la inconformidad de la entidad bancaria radica en el hecho de que los valores que fijó el Tribunal como reconocimientos derivados de la nulidad absoluta del contrato no fueron validados por un tercero experto, por lo que, a juicio de la Agencia, *"(…) no se trata en este caso de demostrar que el fallo estuvo alejado de la prueba y del derecho, sino de que el H. Consejo de Estado haga la misma interpretación de la norma que esgrime el recurrente",* quien, como otros impugnantes, lo que denotan es que *"(…) en su interpretación de la norma* ***el valor de los reconocimientos deriva exclusiva y matemáticamente de la opinión o cálculo de un tercero o el interventor,*** *lo que claramente la norma no establece".*

En cuanto a que la ANI debió ser compelida por el Laudo Arbitral a reconocer a favor de los terceros de buena fe sumas de dinero por concepto de restituciones, sostuvo que ello estaba alejado de la realidad, puesto que quien está obligado por la ley y el contrato al pago de sus obligaciones es el Concesionario, que las adquirió en la ejecución del mismo, y no el Estado colombiano.

Respecto de la validación del tercero experto que el recurrente echó de menos respecto de los valores o montos de reconocimiento a favor del Concesionario, la Agencia insistió en que no es esto lo que la norma establece, y que se trata simplemente de la interpretación que de ella hacen este y los otros recurrentes.

Lo mismo cabe predicar en relación con la inconformidad manifestada por el recurrente en torno a los *"ajustes"* que frente a las valoraciones de los expertos realizó el Tribunal, y que considera, *"(…) en su apreciación subjetiva que dichos "ajustes" debían también ser validados por dichos expertos",* por lo que el hecho de que se

trate de su propia interpretación de la norma, distinta a la de los árbitros, no se traduce en que el Laudo haya sido proferido en conciencia, *"(…) en la medida en que la norma no establece que las apreciaciones, ni conclusiones sobre la procedencia o no de determinado reconocimiento de costo o gasto a cargo del Tribunal deba ser validado por experto alguno. De hecho, la labor de impartir justicia encomendada al Tribunal envuelve su autonomía e independencia para efectuar los ejercicios conceptuales y las valoraciones fácticas y económicas a fin de determinar si es que hay -o no- lugar a restituciones a cargo de las partes en el proceso".*

Por lo anterior, lo que se advierte en el recurso es una apelación disimulada, edificada sobre una interpretación propia de la norma, que se alega haber sido desconocida por el Tribunal.

4.9.4. Respecto de la solicitud de anulación interpuesta por el Banco Davivienda S.A.:

En cuanto al cargo esgrimido por este recurrente, fundado en que el Tribunal falló en conciencia porque no lo hizo con base en las pruebas practicadas: Sostuvo la Agencia que, según la motivación de este cargo, no se adujo la falta de aplicación del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, sino que se cuestionó *"(…) su modo o metodología de aplicación, en la que es evidente su desacuerdo",* y con sus argumentos sobre cómo debió ser aplicada, el recurrente *"(…) reconoce entonces implícitamente, que el fallo fue emitido con la aplicación de la norma, pero defectuosamente y distante de sus intereses en el pleito".* Además, fundó la causal en los *"reparos que el tribunal planteó respecto de las pruebas",* para intentar demostrar contradicciones entre la posición del Tribunal y el alcance de la prueba, *"(…) lo que en sí no es la causal de anulación, sino la crítica e inconformidad del recurrente con las valoraciones y la apreciación de la prueba efectuada por el fallador".*

En cuanto a que el Tribunal dejó de aplicar normas que eran aplicables: Según la Agencia, lo que el recurrente critica es que el Tribunal se excedió en considerar que tenía la facultad de establecer un orden entre los acreedores, pues considera que ello carece de motivación y sustento legal, por cuanto Davivienda y los demás bancos acreedores son titulares de una *"garantía mobiliaria"* amparada en la Ley 1676 de 2013, que el Tribunal inaplicó, y que tales garantías *"están prioritariamente afectadas*

al cumplimiento de las obligaciones garantizadas", pero que el recurrente omitió considerar que, en el curso del proceso, ni la demandante, ni el patrimonio autónomo, ni los mismos bancos, argumentaron la existencia de tal garantía, *"sino que se limitaron a manifestar que había acreencias de la Concesionaria a favor de terceros de buena fe, entre los que se encontraban los bancos financiadores del concesionario. De modo que la oponibilidad de la garantía jamás fue planteada en este proceso arbitral".*

Y en cuanto a que el Tribunal se vio forzado a fallar contra el tiempo: Sostuvo la Agencia que esto no era causal de anulación del Laudo Arbitral, y que las suposiciones del recurso no son suficientes para establecer que el Tribunal se apartó de la prueba obrante en el expediente.

4.9.5. En relación con la solicitud de anulación del Laudo Arbitral interpuesta por Itaú Corpbanca Colombia S.A.:

Adujo la Agencia que para el recurrente -como para otros actores- este cargo se configuró porque el Laudo dejó de lado las reglas establecidas en la ley para el reconocimiento a que había lugar en virtud de las restituciones por la declaratoria de nulidad del contrato, porque el mismo se hizo sin contar con la verificación del tercero experto, criterio que la Agencia no comparte, pues considera que de la simple lectura de la norma no se deduce la afirmación que hace el recurrente, de que el tercero experto o el interventor debía verificar la suma a reconocer al Concesionario, pues lo que ella prevé *"(…) es que dichos terceros harán una validación de que la fórmula se haga por el juez o liquidador del contrato con base en unos 'criterios' listados en los numerales 1 a 4 del parágrafo 1º de la citada norma".*

Agregó que *"El reconocimiento no es la valoración, ni el criterio del experto es una suma de dinero",* y lo que ordena la norma es que el reconocimiento económico que se haga a favor del Concesionario debe cumplir con los referidos cuatro criterios, que deberán ser validados por el interventor o el tercero. Por esto, consideró erróneo el criterio de varios de los recurrentes, como Itaú, al considerar que el tercero experto es quien tendría que fijar el monto económico del reconocimiento, quedando el juez del contrato ineludiblemente obligado a traducirlo en la sentencia.

La Agencia consideró que los razonamientos del recurso de Itaú solo revelan su inconformidad con la apreciación de la norma y con el monto económico del reconocimiento fijado por el Tribunal, pero no acreditan que el Laudo se haya apartado de ella, ni de la prueba obrante en el expediente.

4.9.6. Sobre el recurso de anulación de Fiduciaria Corficolombiana S.A.:

Para la Agencia, lo que hizo la recurrente fue plantear su apreciación subjetiva de cómo debió proceder el Tribunal en la interpretación y aplicación del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y la Sentencia C-207 de 2019, aduciendo que el Tribunal se había apartado de las pruebas, al hacer sustracciones o adiciones a las cifras calculadas, hacer ellos mismos las veces del tercero experto y modificar la prueba técnica de D&P.

En su criterio, todos los argumentos que en tal sentido planteó la recurrente, *"(…) constituyen ataques al Laudo por cuestiones de mérito o de fondo, o errores* 'in iudicando' *por supuestas violaciones a leyes sustantivas y a la indebida interpretación de la sentencia C-207 de 2019",* y el recurso se encamina a cuestionar que el Tribunal obró de manera no conforme al derecho sustancial, fuese por falta de aplicación de una ley sustantiva, o por indebida aplicación de esta o por su errónea interpretación.

A juicio de la Agencia, con el recurso se pretende revivir el debate probatorio para procurar una nueva valoración de las pruebas, olvidando que el Consejo de Estado no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento. Y para el recurrente, *"(…) la única manera de que el Tribunal fuese competente y fallara en derecho era acogiendo sus alegatos de conclusión y ordenando restituciones por reconocimientos en el monto esperado; cualquier valoración, ejercicio, motivación del Tribunal en diferente sentido produciría un fallo en conciencia".*

Finalmente, adujo la Agencia que, en sus alegaciones, la recurrente *"se duele de que a los bancos no se les podrá pagar en su totalidad las deudas (solo en un 14%, según su estimación) que adquirió el Concesionario, como si en el proceso estas entidades hubiesen demostrado que esas acreencias estaban invertidas en el proyecto, o que fueran de responsabilidad del Estado colombiano y no de su legítimo deudor, las*

sociedades ODEBRECHT, EPISOL y CSS CONSTRUCTORES, los socios de CONCESIÓN RUTA DEL SOL S.A.S."

4.9.7. Frente al recurso de anulación presentado por la sociedad Constructora Norberto Odebrecht S.A.:

Sobre los argumentos esgrimidos por el recurrente para sustentar esta causal de anulación, relacionados con la forma como el Tribunal interpretó y aplicó la norma sobre los reconocimientos a que habría lugar como consecuencia de la declaratoria de nulidad del Contrato de Concesión, y que a su juicio fue equivocada, consideró la Agencia que el recurrente, *"(…) queriendo reabrir el debate probatorio, e incluso el pleito, efectúa una serie de valoraciones sobre las pruebas técnico-financieras obrantes en el expediente,* ***intentando establecer el porqué de su desacuerdo con la decisión arbitral",*** lo que a su juicio denota que el desacuerdo de aquel con el laudo no obedece a un error *in procedendo* sino a la subjetiva percepción que tiene sobre la norma.

4.9.8. En cuanto al recurso de anulación presentado por la sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.:

El recurrente adujo que el Tribunal se apartó del concepto técnico rendido por los peritos, suplantando el rol técnico que se predica de ellos, argumento frente al cual la Agencia se remitió a lo ya dicho en otro de los recursos de anulación sobre el mismo punto.

4.10. Concepto del Ministerio Público[113]

En relación con la causal de fallo en conciencia debiendo ser en derecho, la Procuradora 55 Judicial II Administrativa luego de presentar, en síntesis, la sustentación realizada de esta causal por cada uno de los recurrentes que la invocó, y de explicar en qué consiste el fallo en conciencia, a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación, manifestó que *"(…) la nota característica de las decisiones en conciencia es que son adoptadas con total prescindencia de las*

[113] F. 570, c. Recursos.

reglas de derecho, sin efectuar razonamiento jurídico alguno y se hallan soportadas únicamente 'en el criterio de justicia inmerso en el juzgador' *o en su* 'íntima convicción'; *es decir, se trata de decisiones que provienen* 'del fuero interno de los árbitros, sin justificación normativa alguna'", y cuando los árbitros, al tomar su decisión, desconocen íntegramente el acervo probatorio o lo hacen sin tener pruebas de los hechos en los que se sustentan las pretensiones o las excepciones, circunstancias todas estas que, a juicio del Ministerio Público, no se dieron en el presente caso frente al Laudo impugnado.

Al respecto, sostuvo que la interpretación del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 debía hacerse teniendo en cuenta la diferencia que existe entre la terminación anticipada y liquidación de un contrato, y la declaratoria judicial de la nulidad absoluta del mismo y las consecuentes restituciones, ya que la norma se refiere a estas dos circunstancias como si fueran iguales, cuando en realidad no lo son, y así lo entendió la Corte Constitucional al revisar dicha disposición y establecer que la "liquidación" a la que se refiere, debe entenderse en el marco sistemático del parágrafo en el que se inserta. Por lo tanto, en el marco de una liquidación del contrato terminado anticipadamente, *"(…) para garantizar transparencia y objetividad, deviene del todo pertinente acudir a la interventoría del contrato o a un tercero experto para que realice la validación de los factores que se tendrían en cuenta para efectos de los reconocimientos a que hubiere lugar",* pero en cuanto la norma también busca regular los efectos de la declaratoria de nulidad del contrato, en tal situación *"(…) resulta imprescindible acudir a los medios de pruebas existentes y ellos simplemente conformarán el caudal probatorio con el que se buscará generar la convicción del juez del contrato para que defina, de ser procedentes, el valor de las restituciones mutuas que corresponda entre las partes".* Por ello, considera el Ministerio Público, *"(…) podrá entenderse con nitidez que la exigencia de un pronunciamiento de la interventoría o de un tercero experto es para efectos de la liquidación en sede administrativa es un criterio auxiliar mas nunca un imperativo legal".*

Agregó que en su criterio y a diferencia de lo que sostienen los recurrentes, *"(…) de ninguna manera, el juez del contrato puede estar atado a lo manifestado por un perito o el interventor del proyecto en cuanto a la valoración de los criterios a tener en cuenta para las restituciones mutuas a que haya lugar, pues ello supondría que*

se trasladara la función de administrar justicia a quien no cuenta con ella y dejar al juez como un simple observador el trámite".

Lo anterior, por cuanto en nuestro ordenamiento, en materia de apreciación de las pruebas, se consagró el sistema de la sana crítica -art. 176, C.G.P-, y frente a la exigencia de un medio probatorio particular para demostrar determinados supuestos, la jurisprudencia ordinaria ha advertido que debe ser clara y expresa dentro del ordenamiento, reiterando que, en el caso de lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 1882, la exigencia de validación por la interventoría o un tercero experto es predicable para la autoridad administrativa al momento de liquidar y no para el juez al momento de reconocer restituciones mutuas, pues a este último no se le puede imponer, *"(…) dentro de un sistema de persuasión racional, que deba someterse a los dictados de un tercero que, si bien puede contar con capacidades y conocimientos técnicos, no es el encargado de la administración de justicia".*

En relación con el argumento según el cual los árbitros pretermitieron la validación de un tercero y, por lo tanto, dejaron de aplicar el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, el Ministerio Público sostuvo que, con este cargo, es manifiesta la intención de reabrir el debate de fondo del juicio, pues se trata de una aparente equivocación en la interpretación del derecho vigente, porque no coincide la interpretación que de la norma hacen los recurrentes, con la que hizo el Tribunal de Arbitramento, hecho que no constituye la causal de anulación del laudo arbitral de fallo en conciencia.

En cuanto al alegado apartamiento de los árbitros respecto del material probatorio recaudado para tomar una decisión fundada en su íntima convicción, fundado en que los árbitros dejaron de obtener la validación de la interventoría o de un tercero experto y que realizaron ajustes al dictamen practicado de oficio, lo que a su juicio comportó un desconocimiento de las pruebas obrantes en el proceso, y una decisión que obedeció a motivaciones internas de los árbitros, el agente del Ministerio Público reiteró la inexistencia de necesidad de la referida validación y resaltó el esfuerzo efectuado por el panel arbitral en la revisión de la integridad del material probatorio, con apoyo de los dictámenes e informes aportados, lo que le permitió un estudio en conjunto de las evidencias directas e indirectas, no solo del monto de las posibles restituciones sino de los criterios que cada uno de ellos debía

cumplir, así como evidenciar una serie de circunstancias sobre aspectos determinantes para el cálculo de las posibles restituciones, como por ejemplo i) la falta de credibilidad de los estados financieros de la Concesionaria y su Epecista, derivada del dicho de sus revisores fiscales y del dictamen de D&P; ii) la inexistencia de precios de mercado en la relación contractual y financiera entre el Concesionario y el Epecista, lo que supone la existencia de importantes sobrecostos en el proceso, situación en cuyo análisis el Laudo concluyó que *"(…) no podría cohonestar para que la ANI pagara por la corrupción de Odebrecht",* afirmación que lo que busca es reafirmar que los datos sobre precios de mercado allegados por los dictámenes en verdad no lo eran y, en esa medida, no podrían ser incluidos en la fórmula para el cálculo de las restituciones; iii) la utilización de los recursos de deuda (es decir los reclamados por los bancos coadyuvantes) en actividades no relacionadas con la ejecución del proyecto, etc.

Por lo anterior, consideró el Ministerio Público que la labor de apreciación probatoria resultó exigente para el Tribunal Arbitral, que valoró las pruebas en su conjunto para poder extraer de todas ellas la verdad que sirviera para dar cumplimiento a las normas que regulan la materia, y que *"el Tribunal encontró múltiples y fundados reparos en todos los dictámenes presentados, que fueron explicados de manera razonada y explícita para lo cual el Laudo indicó con argumentos cuáles conclusiones aplicaba, cuáles no, las razones para ello y el material probatorio que le permitía superar los vacíos de información".*

Agregó que las decisiones de los árbitros debían fundarse en todas las pruebas obrantes en el proceso, las cuales debían valorar y que eso fue lo que hicieron, analizando a continuación, la valoración que efectuaron en relación con el CAPEX y otros asuntos, así:

- Descuento del CAPEX por obras de Consol*: Sobre este particular, olvidan los recurrentes que la norma (art. 20) exige que los costos, las inversiones y los gastos a reconocer correspondan a los 'ejecutados por el contratista' y, entonces, si el Tribunal encontró que buena parte de los recursos reclamados no cumplían con ese criterio de ejecución, pues ésta había sido efectuada por el Epecista y el riesgo no le fue trasladado al Concesionario, por manera que no podría considerarse que la hubiera ejecutado.*

- En relación con los precios del mercado*, el Tribunal, luego de considerar que las cifras entregadas por los diferentes peritos no garantizaban el cumplimiento del criterio, pues otras pruebas evidenciaron que entre CRS y Consol no se*

manejaban precios de mercado. Bajo tal circunstancia, tomó otra de las pruebas obrantes en el proceso y concluyó de allí el monto requerido.

- Respecto de las utilidades deducidas, *lo manifestado en el auto de aclaraciones resulta del todo ilustrativo, pues el tribunal observa un defecto en la construcción de la disposición, en tanto impone deducir los pagos hechos al contratista y la remuneración. Si eso fuera así y el concepto de remuneración fuera el contenido en la Ley 80 de 1993 la deducción a realizar sería muy alta e incluso de* (sic) *traslaparía con la de los pagos. En cambio, sí se asume que el concepto de remuneración es el mismo de la utilidad, lo cual es procedente dada su definición usual o gramatical, la norma resulta más consistente.*

Y advirtió que los ajustes realizados por el Tribunal de Arbitramento a la información técnica, se sustentaban en otras pruebas que hacían parte del expediente, con pleno razonamiento, dando cumplimiento al artículo 164 del CGP, en concordancia con el artículo 176 del mismo Código y, sin que ello signifique que se compartan los análisis probatorios efectuados por el Tribunal Arbitral, lo cierto es que no se configuró un fallo en conciencia o en equidad, pues se consideraron las pruebas obrantes en el proceso*"(…) y entrar en una contradicción directa frente a lo que se deriva de las mismas escapa del espectro del recurso de anulación, pues supone un claro debate probatorio propio de una segunda instancia y de la discusión de errores* in judicando". Se trata entonces de una valoración probatoria distinta a la que invocaron las partes y no de la inexistencia de sustento probatorio o desconocimiento manifiesto e injustificado de una prueba indispensable para fallar, razón por la cual, la causal por este motivo, no puede prosperar.

Por otra parte, el Ministerio Público sostuvo que los árbitros no fallaron en conciencia al establecer un direccionamiento de los recursos para el pago según la Sentencia C-207 de 2019, pues en esta misma, se indicó un criterio de direccionamiento, al establecer que *"la autoridad competente de la declaratoria de nulidad del contrato debe dirigir los recursos para garantizar el pago de las obligaciones con los acreedores de buena fe, incluyendo la protección del ahorro captado del público".* Y fue acogiéndose a ese marco normativo, que el Tribunal de Arbitramento estableció un orden de pago, es decir, un direccionamiento para los terceros de buena fe: 1. Obligaciones laborales; 2. Obligaciones fiscales y/o impuestos; 3. Obligaciones con proveedores de la Concesionaria Ruta del Sol, con excepción de sus vinculados económicos y de Consol, según el cuadro anexo; 4. Obligaciones financieras, a cada banco, en la proporción que a cada uno le corresponda, sobre el total de las acreencias. Siendo éstos, criterios civiles y

laborales, entre otras reglas, con base en los cuales el Tribunal "dirigió" los pagos a los terceros de buena fe, y con ello garantizó la satisfacción de las acreencias externas del proyecto en la medida en que los recursos lo permitían, aclarando en todo caso, *"(…) que el orden señalado en el laudo de ninguna manera restringe, limita, extingue o desconoce las acreencias de los terceros y, por esa vía, ellos tendrán la posibilidad de exigir de su deudor la satisfacción plena del crédito".*

4.11. Consideraciones de la Sala:

4.11.1. Causal 7ª: Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo

Lo primero que cabe advertir al emprender el estudio de esta causal es que, por expresa disposición legal, tratándose de laudos arbitrales proferidos para dirimir controversias contractuales provenientes de negocios jurídicos en los que al menos una de las partes es una entidad estatal, dichos laudos deberán ser en derecho. Al respecto, el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, preceptúa:

> *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 deberá proferirse en derecho*.

Por lo anterior, el artículo 41 de la misma ley, erigió en causal de anulación de estos laudos, precisamente el hecho de que se hubiera fallado en conciencia o en equidad, debiendo ser en derecho.

En relación con la naturaleza del fallo en conciencia, se observa que es aquel en el cual el juez falla de acuerdo con su leal saber y entender, dejando de lado el derecho positivo aplicable en la solución de la controversia y omitiendo las pruebas que sustentan una decisión; se identifica con el brocardo "*ex equo et bono*", porque el panel arbitral, al margen de un parámetro normativo o legal, aplica criterios axiológicos como los de "*lo correcto o lo bueno*". En otros términos, la causal del fallo en conciencia o en equidad, opera cuando el tribunal de arbitramento profiere

el laudo apartándose del sistema jurídico, normativo o probatorio. En relación con esta causal de anulación, la Sala reitera su jurisprudencia:

> *La causal contemplada en el numeral 7 de la ley 1563 de 2012 conserva, en esencia, la estructura de la causal prevista en el derogado artículo 163 (numeral 6) del decreto 1818 de 1998, salvo que la nueva disposición hace distinción expresa entre el laudo proferido en conciencia del laudo proferido en equidad, distinción que surge como resultado del desarrollo jurisprudencial al que se ha hecho alusión.*
>
> *Lo expuesto hasta este momento permite afirmar que el estado actual de la jurisprudencia en torno al fallo en conciencia y en equidad es el siguiente:*
>
> *1.- El arbitraje en Colombia puede ser en derecho, técnico o en equidad, pero en materia de contratos estatales solo están permitidas las dos primeras modalidades enunciadas, de modo que el arbitramento en equidad está proscrito en conflictos de esta índole, no así en los conflictos que se suscitan entre particulares, porque así lo permite, de manera general, el inciso final del artículo 116 de la Constitución Política*[114]*.*
>
> *2.- El laudo arbitral que se produce como resultado del arbitraje técnico está excluido del recurso extraordinario de anulación previsto en el ordenamiento jurídico; por tanto, la decisión que se adopta en ese tipo de arbitraje es definitiva.*
>
> *3.- Existen diferencias entre el laudo en conciencia y el laudo en equidad y, desde luego, entre estas dos especies y el laudo en derecho.*
>
> *La causal de anulación conocida como 'Haberse fallado en conciencia o en equidad debiendo ser en derecho' comprende, en materia de contratación estatal, tanto los laudos proferidos en conciencia, como los laudos en equidad.*
>
> *El laudo en conciencia se estructura cuando los árbitros se apoyan exclusivamente en su íntima convicción del caso, no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria y es en equidad cuando los árbitros inaplican la ley al caso concreto, porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.*
>
> *4.- El laudo en conciencia está proscrito en el ordenamiento jurídico colombiano y el laudo en equidad está permitido cuando el conflicto objeto del arbitraje se traba entre particulares, de modo que uno y otro serán anulables bajo la aducción de la causal 'Haberse fallado en conciencia o en equidad debiendo ser en derecho', cuando se trate de conflictos derivados de contratos estatales.*
>
> *5.- El laudo en derecho debe ser proferido con fundamento en el derecho positivo vigente, lo cual significa, por una parte, que no basta la simple referencia de una norma Constitucional o legal, para que se repute como tal, pues es necesario que la norma positiva esté hilada en la cadena*

[114] Nota original de la cita: "*Artículo 116.- (…) "Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley*" (subraya fuera del texto).

> *argumentativa que sustenta la decisión y, por otra parte, supone que la norma debe estar vigente en el ordenamiento jurídico para que pueda tener la virtualidad de fundar la decisión.*
>
> *6.- La decisión en derecho debe estar fundada en las pruebas aportadas al proceso, de manera que la decisión que se adopte con prescindencia de la prueba necesaria para fundar la decisión o con carencia absoluta y ostensible de juicio jurídico valorativo de la prueba es una decisión que solo responde a la íntima convicción del juzgador, luego es una decisión en conciencia*[115]*.*

Ahora bien, a título meramente ilustrativo, se advierte que no procede fundar el recurso de anulación por la causal de fallo en conciencia, en los siguientes eventos o hipótesis:

i) Cuando el tribunal de arbitramento se equivoca en la interpretación del derecho vigente. En este tipo de argumentos, el recurrente cuestiona la norma aplicada por el tribunal de arbitramento; acude a formular sus propias demostraciones acerca de cómo se interpreta la ley para el caso en cuestión y elabora las conclusiones a las que ha debido llegar el referido tribunal.

En este evento, el laudo objeto de recurso refiere y analiza las normas jurídicas aplicables a la materia del debate, no obstante lo cual, el recurrente aduce o esgrime sus propios planteamientos en torno a la tesis jurídica que, en su criterio, debió plasmarse en la providencia, y que se orienta a refutar las consideraciones del laudo arbitral que no lo favorecen. En tales casos, no está llamado a prosperar el recurso de anulación que aduce la pretendida expedición de fallo en conciencia, toda vez que no contiene los supuestos de dicha causal sino que se encamina, en realidad, a la búsqueda de una segunda instancia, con miras a desvirtuar el análisis de fondo. En suma, el juez del recurso de anulación no puede declararlo fundado cuando se sustente sobre argumentos y planteamientos que modifican, enmiendan o rectifican las interpretaciones que el tribunal arbitral haya efectuado con fundamento en disposiciones del ordenamiento jurídico.

Cabe advertir que la jurisprudencia ha expuesto que el fallo en conciencia solo se puede entender configurado por el alejamiento manifiesto del derecho vigente o la absoluta prescindencia de la normativa jurídica que gobierna el caso concreto, razón

[115] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 17 de agosto de 2017, expediente 56347, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

por la cual, la anulación del laudo impugnado no se puede fundar en un alegado defecto en la interpretación de la ley[116].

ii) Cuando el tribunal arbitral funda el laudo en la equidad, como criterio auxiliar para llenar los vacíos legales. Al respecto, esta Corporación ha advertido que el criterio de la equidad es un elemento de interpretación que puede emplear la justicia arbitral, aun en el marco del arbitramento en derecho, sin que por ello sea procedente la anulación del laudo.

iii) Cuando el tribunal de arbitramento interpreta de manera incorrecta el contrato sometido a la controversia. En estos casos, con fundamento en el propio ordenamiento –particularmente en el Código Civil- se ha precisado que las cláusulas pactadas constituyen derecho o ley para las partes, de suerte que, al interpretarse y aplicarse tales cláusulas a la solución del conflicto en el proceso arbitral, aun si tal ejercicio se realiza en un sentido diferente al que las partes le pretendieron dar, no es posible invocar la causal de fallo en conciencia para solicitar la anulación del laudo[117].

iv) Por último, si las pruebas fueron apreciadas o valoradas en forma distinta a la que invocaron las partes. En efecto, el recurso de anulación no es una instancia para rebatir o cuestionar la valoración de las pruebas. Solo es posible invocar la causal de fallo en conciencia cuando es inexistente el sustento probatorio o cuando se desconoce en forma manifiesta e injustificada la prueba que sea indispensable para fallar, dado que la decisión debe fundarse en las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso. Por tanto, únicamente el laudo proferido *"sin consideración a prueba alguna"* ha sido aceptado como susceptible de cuestionamiento por fallo en conciencia, porque se entiende que en estos eventos la decisión está fundamentada única y exclusivamente en la conciencia o en el fuero interno de los árbitros, desligada del sistema o del orden jurídico y normativo[118].

---

[116] Véase al respecto, la sentencia proferida por la Sección Tercera – Subsección A del Consejo de Estado, el 24 de mayo de 2017, expediente 58675, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.
[117] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de julio 6 de 2005, expediente 28990, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez: *"De hecho, para que se pueda hablar de un fallo en conciencia, la decisión judicial arbitral debe adolecer de toda referencia al régimen jurídico aplicable a la controversia contractual, de manera que sea posible sostener que, efectivamente, al margen del derecho, la decisión ha partido del fuero interno de los árbitros, sin justificación normativa alguna".*
[118] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de noviembre de 2012, expediente 39332, C.P. Hernán Andrade Rincón :*"No obstante lo anterior, como ya en otras oportunidades lo ha señalado esta Corporación, el fallo en*

Adicional a lo anterior, cabe resaltar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha trazado la misma senda en materia de anulación de laudos arbitrales por la causal referente a la adopción de fallo en conciencia. Al respecto, ese máximo Tribunal ha subrayado que la limitación de la competencia de la autoridad jurisdiccional únicamente al examen de errores *in procedendo*, se fundamenta en que el recurso de anulación no puede ser empleado para desconocer lo pactado por las partes, al prever que el eventual conflicto solo sea resuelto por la vía del arbitramento, razón por la cual, los posibles desaciertos del colegio de árbitros en la interpretación de las normas jurídicas o las falencias en la valoración de las pruebas, no hacen procedente el uso del aludido mecanismo extraordinario.

Destacó la Corte[119]:

> *La restricción del juez de anulación para pronunciarse sobre errores in iudicando, encuentra su razón de ser en que este recurso no puede usarse como mecanismo para desconocer o soslayar la voluntad de las partes de sustraer la controversia del conocimiento de la Jurisdicción. De esta manera, ante un eventual desacierto del tribunal de arbitramento en cuanto a la aplicación e interpretación de normas sustantivas o ante la falta o indebida valoración de la prueba o a una impropia utilización de los principios lógicos o empíricos del fallo, no será posible acudir al recurso extraordinario de anulación.*

Se advierte que la norma que consagró la causal de anulación en estudio –numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012-, no se refirió sólo a los fallos en conciencia, sino también a los fallos en equidad, lo que ha dado lugar a efectuar distinciones entre estas dos modalidades, aunque reiterando que, en ambos casos, el laudo estará viciado de nulidad, cuando quiera que de acuerdo con la ley, el mismo haya tenido que ser proferido en derecho[120], sin obviar en todo caso, que la

---

conciencia no sólo se configura cuando el juez prescinde de las normas jurídicas vigentes y aplicables al caso, sino que también se presenta cuando, a pesar de haber hecho referencia a ellas, resuelve sin explicar las razones probatorias que dan lugar a su decisión, es decir, apoyándose en el principio de verdad sabida y buena fe guardada (…)".

[119] Sentencia SU-173 del 16 de abril de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[120] *"El cambio de la expresión legal "en conciencia" por la de "en equidad" no implica una simple modificación de denominación pues en esa variación va envuelta la defensa de la garantía fundamental al debido proceso. // La garantía del debido proceso está compuesta por múltiples elementos entre los cuales nos interesa destacar para lo que aquí se discurre el deber que tiene el juez de motivar sus decisiones y el derecho de los asociados a que la solución de sus conflictos se fundamenten en la ley y en las pruebas oportunamente y regularmente allegadas al proceso. // Esta garantía cobija cualquier actuación jurisdiccional, sin que constituya una excepción la de los particulares que en determinados casos administran justicia como ocurre con los árbitros, pues estos pueden, si las partes los habilitan, proferir fallos en derecho o en equidad aunque "en los términos que determine la ley." [120] // Por consiguiente, los fallos de los árbitros, por ser decisiones judiciales, deben ser motivadas y fundarse en las pruebas oportuna y regularmente allegadas al proceso, tal como lo preceptúan los artículos 170 del C. C. A., 303 y 174 del C. P. C. // Ahora, los jueces, y entre*

equidad es un criterio auxiliar de la justicia, al que pueden acudir tanto jueces como árbitros, sin que ello se traduzca en la existencia de un fallo que no sea en derecho. Acerca de la invocación del criterio de equidad, la Sala reitera su jurisprudencia:

> *Ahora bien, en lo que a la equidad se refiere, cabe sostener que cuando el artículo 230 de la Constitución Política*[121] *hace referencia a ella, en la actividad de administrar Justicia, está haciendo alusión a un principio fundamental que orienta la labor de los Jueces – y, en su caso de los árbitros- y a un criterio auxiliar que debe ser utilizado para llenar los vacíos legislativos. La equidad cobra fuerza en aquellos eventos en los cuales, por ejemplo, no existe regla concreta de derecho que resulte aplicable a un determinado asunto 'pues en virtud del principio de la plenitud hermenéutica del orden jurídico, consagrado por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, el juez debe acudir a los criterios auxiliares para decidir la controversia realizando los valores que comportan el fin último del derecho'*[122]*. Un caso de ejemplo acerca del criterio de equidad, se presenta a menudo en la definición de las fórmulas matemáticas a las que el Juez suele acudir para liquidar los perjuicios, en asuntos sobre los cuales no existe ley ni regla contractual que le defina las operaciones en orden a llegar a una cifra razonable y proporcionada con el daño o con el desequilibrio económico causado. Es evidente que no por ello podrá invocarse la configuración del*

---

ellos los árbitros, están sometidos al imperio de la ley pero podrán recurrir a la equidad como criterio auxiliar de su actividad, o como criterio único, si en éste último caso, en tratándose de los árbitros, las partes los habilitan[120] *para ello, o si, en los demás casos, el proceso versa sobre derechos disponibles y las partes, siendo plenamente capaces, lo solicitan.*[120] *// Sin embargo, debe recordarse lo que atrás se expresó en el sentido que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, el arbitramento para la solución de las controversias contractuales debe ser siempre en derecho. // Así que en conclusión, los fallos en equidad, sea que los profieran los jueces o sea que los emitan los árbitros en los casos que proceden, no quedan exentos de estar motivados ni de fundamentarse en las pruebas oportuna y legalmente allegadas al proceso. // Luego, la gran conclusión es que los fallos en conciencia están proscritos en nuestro sistema jurídico y que se podrá acudir a la equidad como criterio único si la ley o las partes facultan al juzgador para ello. (…) Corolario de todo lo que hasta aquí se ha expuesto en este aparte es que la causal de anulación prevista en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 se configura cuando:* ***a)*** *El laudo es* [en] *conciencia, esto es, cuando los árbitros se apoyan en su íntima convicción y por lo tanto no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria;* ***b)*** *Debiendo ser el laudo en derecho, los árbitros inaplican la ley al caso concreto porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o también cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido. // Se configura la causal en el primer caso porque si se sanciona con anulación el laudo en equidad cuando ha debido ser en derecho, lo que significa que en ciertos casos está permitido, con mayor razón debe ser fulminado con la sanción aquel que está proscrito en todos los casos por apoyarse en la íntima convicción del juzgador, no dar motivación alguna y prescindir de toda consideración jurídica o probatoria. // Se estructura la causal en el segundo caso porque todo juzgador debe someterse al imperio de la ley y sólo podrá acudir a la equidad si la misma ley o las partes lo facultan para ello, de donde se concluye que si no está autorizado y falla buscando por fuera del ámbito legal la solución o inaplicando la ley por considerarla inicua o que conduce a una iniquidad, su decisión es ilegal".* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 21 de febrero de 2011, expediente 38621, reiterada en sentencia del 10 de noviembre de 2016, expediente 56845 A, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

[121] Cita original de la sentencia: *"Artículo 230 C.P. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. // La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial".*

[122] Cita original de la sentencia: *"Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E), 27 de mayo de 2015, radicación número: 11001-03-26-000-2014-00190-00 (52930), actor: CONSORCIO L&M, demandado: Instituto de Desarrollo Urbano, referencia: recurso extraordinario de anulación".*

fallo en equidad como causal de anulación del laudo arbitral, en la medida en que se integre esa formulación matemática a las normas legales y a los acuerdos contractuales, toda vez que no se configurará allí el apartamiento del derecho aplicable[123]*.*

4.11.2. El caso concreto:

El análisis conjunto de los recursos de anulación que alegaron la causal de fallo en conciencia o equidad debiendo ser en derecho, permite advertir a la Sala que todos los cargos giran en torno a la aplicación, en el Laudo Arbitral, del parágrafo primero del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, pues a juicio de los recurrentes, siendo obligatoria, no fue acatada por el Tribunal de Arbitramento a la hora de establecer las restituciones mutuas derivadas de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión 01 de 2010, así como no lo fue la sentencia de constitucionalidad de dicha norma, en cuanto a la interpretación que, según la Corte, debía dársele. Los cargos se fundamentan en los siguientes hechos aducidos:

1 - Que de acuerdo con lo dispuesto por la ley y la sentencia de constitucionalidad, los reconocimientos que hiciera el Tribunal Arbitral debían ser validados por el interventor o un tercero experto y que, en el presente caso, a pesar de haber designado un perito para que cumpliera con esa tarea, Duff & Phelps, los árbitros utilizaron su dictamen parcialmente y ordenaron unas restituciones que no coincidían con lo establecido en aquel, haciendo unos descuentos indebidos, con lo cual prescindieron de esa validación que exigía la ley -por lo que constituía una tarifa legal-, que fue desconocida y condujo a que los árbitros fallaran sin prueba alguna, pues esta era la única que podían tener en cuenta, y lo hicieran según su leal saber y entender.

2 - Que el Tribunal de Arbitramento desconoció la norma aplicable y la interpretación que sobre ella hizo la Corte Constitucional, al establecer un orden de prelación para el pago de las restituciones reconocidas a favor de los terceros de buena fe, dejando a los bancos en el último lugar.

[123] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia del 21 de septiembre de 2016, expediente 56.728, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

4.11.2.1. La validación de la interventoría o el tercero experto:

En relación con el primero de los hechos, observa la Sala que el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, *"Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones",* es del siguiente tenor:

> ***Artículo 20.*** *Modifíquese el Artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, el cual quedar así:*
>
> *Artículo 32. Terminación anticipada. En los contratos que desarrollen Proyectos de Asociación Público Privada, se incluirá una cláusula en la cual se establezca la fórmula matemática para determinar las eventuales prestaciones recíprocas entre las partes a las que haya lugar para efectos de terminarlos anticipadamente por mutuo acuerdo o en forma unilateral.*
>
> ***Parágrafo 1. En los contratos de Asociación Público Privada suscritos o que se suscriban, cuando una autoridad judicial declare la nulidad absoluta del contrato estatal, o cuando una autoridad administrativa o judicial o la respectiva entidad estatal contratante ordene su terminación originada en una causal de nulidad absoluta, en la liquidación se deberá reconocer el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual. Estos factores serán actualizados con el índice de precios al consumidor (IPC) histórico desde el momento de su ocurrencia, hasta el mes inmediatamente anterior a la fecha de la liquidación.***
>
> *Los reconocimientos a que haya lugar deberán cumplir con los siguientes criterios, los cuales serán validados por la interventoría o por un tercero experto:*
>
> *1. Hayan sido ejecutados, total o parcialmente, para contribuir a satisfacer el interés público.*
>
> *2. Estén asociados al desarrollo del objeto del contrato.*
>
> *3. Correspondan máximo a precios o condiciones del mercado al momento de su causación de acuerdo con la modalidad contractual.*
>
> *4. No correspondan a costos o penalidades, pactadas o no, que terceros hayan aplicado al contratista en razón a la terminación anticipada de las relaciones contractuales no laborales.*
>
> *El concesionario no podrá recibir como remanente, luego del pago de las acreencias, una suma superior a los aportes de capital de sus socios menos los dividendos decretados, dividendos pagados y descapitalizaciones, lo anterior actualizado por IPC.*
>
> *El reconocimiento de los valores que deba hacer la entidad estatal al contratista en el marco de la liquidación se atenderá así:*

i) Con los saldos disponibles a favor de la entidad contratante en las cuentas y subcuentas del patrimonio autónomo del respectivo contrato.

(ii) Si los recursos a los que se refiere el numeral (i) no fueren suficientes, la suma restante deberá ser consignada por la entidad estatal hasta en cinco (5) pagos anuales iguales, cuyo primer pago se efectuará a más tardar 540 días después de la fecha de liquidación. Los pagos diferidos de que trata el presente numeral tendrán reconocimiento de los intereses conforme al reglamento que para tal efecto emita el Gobierno Nacional. Lo anterior, sin perjuicio de que las partes acuerden un plazo de pago menor.

Lo dispuesto en el presente parágrafo también será aplicable a la liquidación de los contratos de concesión de infraestructura de transporte celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012.

Parágrafo 2. El concesionario responsable de la conducta que dio lugar a la causal de nulidad o los integrantes del mismo que hayan dado lugar a la causal de nulidad o la declaratoria de la misma por la existencia de una conducta dolosa en la comisión de un delito o una infracción administrativa relacionada con la celebración o ejecución del contrato objeto de terminación o declaratoria de nulidad, según corresponda, deberán pagar a la entidad el equivalente a la cláusula penal pecuniaria pactada, o en caso de que no se haya convenido, dicha suma será el cinco por ciento (5%) del valor del contrato.

Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de las responsabilidades fiscales, disciplinarias o penales a que haya lugar (Las negrillas son de la Sala[124]*.)*

Toda vez que el Tribunal Arbitral encontró probada la nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001 de 2010 celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones INCO -hoy Agencia Nacional de Infraestructura ANI- y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la anterior disposición resultaba aplicable para efectos de determinar las restituciones mutuas a que hubiera lugar como consecuencia de dicha declaratoria de nulidad absoluta, en virtud de lo dispuesto en el último inciso del parágrafo primero, conforme al cual lo dispuesto en dicho parágrafo también será aplicable a los contratos de concesión de infraestructura de transporte celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012.

Ahora bien, dicha norma fue demandada ante la Corte Constitucional, en cuanto consagró el reconocimiento de restituciones en caso de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, aún si la misma proviene de objeto o causa ilícita, por considerar el demandante que "*(…) resulta contrario a la Constitución de 1991 que*

[124] Las partes resaltadas en negrillas fueron demandadas ante la Corte Constitucional y sobre ellas se pronunció en su Sentencia C-207 de 2019. Se excluyeron los apartes de la norma declarados inexequibles en dicha sentencia.

se consagre por parte del legislador el reconocimiento de derechos patrimoniales obtenidos como consecuencia de la ejecución parcial de un contrato revestido de objeto o causa ilícita que, por lo tanto, desde su creación vulneró el ordenamiento jurídico."[125]

Fue en torno de este cargo que se produjo el análisis y decisión de la Corte Constitucional en su Sentencia C-207 de 2019, en la que resolvió declarar exequible, en forma condicional, el primer inciso del parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2019, al decidir:

> ***PRIMERO. -*** *Declarar* ***EXEQUIBLE,*** *por los cargos analizados en la presente sentencia, el parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, salvo:*
>
> *a) El inciso primero, que se declara* ***EXEQUIBLE,*** *en el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud.*

Es decir que la Corte consideró que, aún en el evento en el que la declaratoria de nulidad absoluta del contrato proviniera de objeto o causa ilícitos, era procedente el reconocimiento de restituciones a favor del contratista, siempre que las mismas fueran destinadas en primer término al pago del pasivo externo con terceros de buena fe, de los cuales hacen parte las entidades financieras que hubieran concurrido a financiar el proyecto. Fue esta la directriz marcada por la Corte Constitucional respecto de la interpretación que se debía dar a la norma demandada, y que constituyó la justificación de su constitucionalidad.

Fue así como el Tribunal Arbitral, luego de definir la nulidad absoluta del contrato, manifestó:

> *Estudiada la procedencia de la nulidad del Contrato, sus otrosíes y adiciones, deben analizarse las consecuencias de tal nulidad.*

[125] la Corte Constitucional, Sentencia C-207 del 16 de mayo de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

> *Aquí es preciso señalar que de conformidad con* **la** *ley ordinaria, procedería aplicar lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil el cual establece que la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita, lo que significa que con fundamento en lo expuesto en los hechos analizados que sirven de presupuesto para declarar la nulidad del contrato, también podría aplicarse el artículo 1525 del Código Civil que establece que "No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas."*
>
> *Sin embargo, estando en presencia de un contrato estatal, la ley ha creado un régimen especial previsto en el Artículo 48 de la Ley 80 de 1993 para los contratos en general y un régimen aún más concreto para los Contratos de Concesión en los términos del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-207 de 2019.*
>
> *(…) De acuerdo con lo anterior, dentro de los parámetros que dicha Ley señala y en los precisos términos que la Corte determinó en la Sentencia C-207 de 2019, el Tribunal procederá en el capítulo siguiente a estudiar y decidir sobre el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas en beneficio del interés público y pendientes de pago.*
>
> *Precisa el Tribunal que cumplirá la Ley 1882 de 2018 porque de no hacerlo implicaría incurrir en vía de hecho por defecto sustancial y porque ella fue declarada exequible por la Corte, con las salvedades anotadas, con el fin de no incurrir en desacato de una providencia judicial que ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional con efectos erga omnes.*

A continuación, el Laudo procedió a hacer el análisis de las principales pruebas de contenido financiero, entre las cuales se refirió i) al acuerdo para la terminación y liquidación del Contrato de Concesión 001 de 2010 suscrito por las partes el 22 de febrero de 2017 y el documento modificatorio No. 1 del referido acuerdo del 27 de marzo de 2017, ii) los dictámenes periciales presentados por la Sociedad Norberto Odebrecht: el elaborado por la firma BDO Audit S.A. sobre la liquidación del contrato[126], refiriéndose a cada una de las preguntas y respuestas dadas por este perito, y el efectuado por la firma FTI Consulting[127], para hacer una valoración independiente de los gastos de capital (CAPEX) de las obras ejecutadas por la Concesionaria, dando cuenta del resumen de las conclusiones del informe; iii) el informe elaborado por la Interventoría del Contrato Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar, respecto al cálculo de la liquidación del Contrato de Concesión 001

[126] Pg. 518 del Laudo Arbitral.
[127] Pg. 532 del Laudo Arbitral.

de 2010[128]; iv) el dictamen pericial económico y financiero sobre el valor real de liquidación del contrato y los perjuicios ocasionados a dicha firma como accionista de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. con ocasión de la terminación anticipada del Contrato de Concesión, aportado por Episol y elaborado por Gloria Zady Correa Palacio[129]; v) el dictamen pericial decretado de oficio por el Tribunal de Arbitramento a la firma Duff & Phelps destinado a resolver muchas de las dudas que tenía el Tribunal sobre la controversia objeto de análisis, para lo cual absolvió cuestionario elaborado por aquel[130]; vi) el dictamen pericial realizado por la firma Valora y presentado por Episol para sustentar el error grave en que pudo incurrir el dictamen de Duff & Phelps[131]; vii) el dictamen pericial de la firma FTI para evidenciar los errores graves del dictamen de Duff & Phelps[132].

Respecto de todos los dictámenes, se consignó lo concerniente a la contradicción de que fueron objeto y las respuestas de los peritos a los cuestionamientos efectuados por el tribunal, las partes y demás intervinientes en las solicitudes de aclaración y complementación y en las objeciones por error grave de que fueron objeto.

A continuación, el Tribunal de Arbitramento procedió a desarrollar el capítulo correspondiente a *"Los reconocimientos entre las partes"*[133]*,* en el que reiteró que daría aplicación y estricto cumplimiento al parágrafo del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y la Sentencia C-207 de 2019 de la Corte Constitucional, advirtiendo que *"(…) la fórmula de la Ley 1882 no admite ningún tipo de depuración distinta de la que deriva de los elementos en ella previstos y, en consecuencia, en este laudo no puede haber pronunciamiento alguno respecto de los perjuicios sufridos por las partes como consecuencia de la terminación del contrato y de su declaratoria de nulidad".* Luego transcribió la referida norma, se refirió a los lineamientos establecidos por la Corte Constitucional y fijó la fórmula que, con fundamento en los anteriores, debía ser aplicada para efectos de determinar los reconocimientos:

X={[VC+VI+VG+Vi] – VR} – {VP}

[128] Pg. 539 del Laudo Arbitral.
[129] Pg. 544 del Laudo Arbitral.
[130] Pg. 548 del Laudo Arbitral.
[131] Pg. 631 del Laudo Arbitral.
[132] Pg. 639 del Laudo Arbitral.
[133] Pg. 647 del Laudo Arbitral.

En donde:

X: Valor de los reconocimientos entre las partes

VC: Valor actualizado por inflación (IPC) de los costos ejecutados por la Concesionaria que cumplan con los requisitos de la norma

VI: Valor actualizado por inflación (IPC) de las inversiones ejecutadas por la Concesionaria que cumplan con los requisitos de la norma

VG: Valor actualizado por inflación (IPC) de gastos ejecutados por la Concesionaria que cumplan con los requisitos de la norma

Vi: Valor actualizado por inflación (IPC) de los Intereses pagados por la Concesionaria que cumplan con los requisitos de la norma

VR: Valor actualizado por inflación (IPC) de las Remuneraciones percibidas por la Concesionaria

VP: Valor actualizado por inflación (IPC) de los Pagos recibidos por la Concesionaria.

Agregó que:

> *Los requisitos de la disposición para la procedencia de los costos, gastos, inversiones e intereses son los siguientes:*
>
> *1. Han debido ser ejecutados, total o parcialmente, para contribuir a satisfacer el interés público.*
> *2. Deben estar asociados al desarrollo del objeto del contrato.*
> *3. Deben corresponder máximo a precios o condiciones del mercado al momento de su causación de acuerdo con la modalidad contractual*
> *4. No deben corresponder a costos o penalidades, pactadas o no, que terceros hayan aplicado al contratista en razón de la terminación anticipada de las relaciones contractuales no laborales.*
>
> *Es de reiterar que, por órdenes de la sentencia de la Corte Constitucional referida, los intereses deben ser objeto de actualización por el IPC, razón por la que este laudo dará cumplimiento a tal precepto.*
>
> *A juicio del Tribunal, la anterior fórmula debe aplicarse por igual para las dos partes y al estar expresada una fórmula matemática puede esperarse que su resultado sea positivo o negativo. Si X llegare a dar una suma positiva, ella será a favor de la Concesionaria. Si la cifra es negativa, será a favor de la ANI.*
>
> *En caso de que la suma sea positiva y por tanto lo sea a favor de la Concesionaria, la misma deberá dirigirse, por orden del Tribunal, a pagar las acreencias con terceros de buena fe, en los estrictos términos señalados por la Corte Constitucional en su sentencia.*

> *Finalmente, los remanentes a favor de los accionistas, de haber lugar a ellos luego del pago de las acreencias con terceros de buena fe, se pueden expresar en la siguiente fórmula (…).*
>
> *En estos casos, cada uno de los beneficiarios a su vez debe cumplir con todos los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en su sentencia.*
>
> *A continuación, de acuerdo con el material probatorio, el Tribunal decidirá sobre cada uno de los elementos de la fórmula (…).*

En seguida, el Laudo se refirió a las pruebas del valor actualizado de los costos, las inversiones, los gastos y los intereses ejecutados por la Concesionaria y, en relación con las pruebas en las cuales se basaría el Tribunal para definir los reconocimientos, se consignó:

> *De acuerdo con lo previsto por el artículo 20 de la Ley 1882, los reconocimientos a que haya lugar deben ser "validados" por la interventoría o por un tercero experto.*
>
> *Tal como se advirtió, el dictamen de la interventoría no es idóneo para validar los reconocimientos a las partes, por cuanto se trata de una prueba de parte y concretamente de la ANI, en los términos expuestos a lo largo de este laudo. Los dictámenes de BDO y FTI, respectivamente, también deben ser considerados como dictámenes de parte.*
>
> *Dado lo anterior, el Tribunal fijará las sumas a reconocer con base en el dictamen de Duff & Phelps, teniendo en cuenta que se trata del único perito independiente de las dos partes y que, en consecuencia, puede considerarse como un verdadero tercero experto en los términos de la disposición. Para el efecto recurrirá, fundamentalmente, a la respuesta dada por el perito a la Pregunta Nº 3.*
>
> *Con todo, el Tribunal valorará cada una de las pruebas que obran en el expediente, incluidos los dictámenes presentados por las partes, para los efectos de determinar los ajustes que deba realizar a los resultados presentados por Duff & Phelps. A dichas pruebas se hará mención en la medida en que el Tribunal resuelva sobre cada uno de los reconocimientos a que pueda haber lugar.*

Fue así como, a continuación, el Tribunal de Arbitramento pasó a estudiar los informes y dictámenes periciales obrantes en el proceso, y efectuó, entre otras, las siguientes consideraciones:

> ***2.4. El límite de las inversiones, costos y gastos que pueden ser reconocidos a la Concesionaria de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018***
>
> *Aparte de que el Tribunal tiene pruebas suficientes para sostener que los recursos de la Concesionaria atendieron a los más variados fines y no*

únicamente los que comporta la satisfacción del interés público, también llama la atención sobre el hecho de que la fórmula del parágrafo del artículo 20 de la Ley 1882 no puede ser interpretada en el sentido de exigir que la ANI atienda la totalidad de las erogaciones hechas por el Contratista y su Epecista Consol.

En efecto, el artículo 20 de la Ley 1882 exige que se hagan reconocimientos de costos, gastos e inversiones, siempre y cuando sean atribuibles al Contratista, es decir, a la Concesionaria. Por ello, es importante hacer una distinción entre los costos, gastos e inversiones atribuibles a la Concesionaria, y los costos, gastos e inversiones atribuibles a Consol, pues respecto de estos últimos la ANI no tiene ninguna obligación a la luz de la norma.

A juicio del Tribunal, cuando la norma exige el reconocimiento de los costos, las inversiones y los gastos "ejecutados por el contratista", que es la Concesionaria, se refiere a las obras que a ella le hayan costado, que a ella le hayan generado obligaciones y que, en tal medida, se hayan reflejado en los respectivos registros contables de sus costos, sus inversiones y sus gastos. Pretender que el Estado deba asumir erogaciones del tercero Epecista, que es Consol, ciertamente estaría por fuera de lo dispuesto en la referida disposición.

En el expediente existe suficiente evidencia de unos sobrecostos en los que incurrió Consol, que no fueron facturados a la Concesionaria, cuyo reconocimiento tenía que pasar por los mecanismos de reclamación previstos en el Contrato EPC para que generaran obligaciones en cabeza de la Concesionaria. Estos sobrecostos por gastos e inversiones fueron ampliamente informados por varios de los testigos que fueron llamados al Proceso. De ellos hablan los testimonios de Mauricio Millán[745], de Alberto Mariño[746] y de Iván Pinto[747], entre otros.

(…)

Del testimonio de FTI (transcrito en el acápite anterior), así como de Iván Pinto, junto con las declaraciones hechas por el entonces apoderado de las sociedades Odebrecht y los otros testigos mencionados, queda claro que existen unas obras adicionales a las contempladas en el precio del Contrato de Concesión que no han sido facturadas por el Epecista a la Concesionaria por no haber nacido obligaciones en cabeza de ella respecto de las mismas. Se trata, de acuerdo con la transcripción hecha, de la construcción de un mayor número de variantes en centros poblados (se habría pasado de 4 incluidas en el Contrato de Concesión a 16 o a 19 según los testimonios expuestos), mayores cantidades de materiales, costos por mayor distancia de acarreo de materiales, el puente sobre el Río Opón, mayor cantidad de puentes vehiculares, costos por defensas metálicas y suelos blandos, costos por técnicas de construcción para secado de materiales, costos en redes, mayores intervenciones en carretera, mayores obras de rehabilitación en la vía existente, entre otros.

Estas inversiones, costos y gastos habrían sido objeto de las demandas que dieron origen a este proceso y de una tercera demanda cuya presentación, según el testigo y el apoderado de las Sociedades Odebrecht, fue interrumpida por los hechos que propiciaron la terminación del Contrato. En palabras del dr. Weiner Ariza y el testigo Pinto, respecto de ellos, "no se registra ese costo o esa inversión o ese gasto en la contabilidad del concesionario sino que se refleja una vez que el Tribunal de Arbitraje falle" y "o

sea… que, si se perdía (este pleito) el mayor costo de eso, dentro de una relación global, con un flujo de desembolso, ***ese mayor costo el extra-costo de obras no prevista, lo asumía el epecista****".*

Frente a dichos costos, inversiones y gastos, el propio apoderado de las sociedades Odebrecht anticipó en la audiencia la gran discusión que iba a surgir en este proceso, es decir, si el Tribunal podía reconocer sobrecostos por obras que no han sido causadas ni pagadas por la Concesionaria, en la medida en que sobre las mismas no han nacido obligaciones a su cargo. Por su parte, dichas obligaciones tampoco nacerán en un futuro a favor de la Concesionaria, a menos que este Tribunal, en su laudo, llegue a dar reconocimiento a los costos, gastos e inversiones que ellas representan.

Sobre este último particular, es importante aclarar dos cosas. La primera, consiste en que, una vez declarada la nulidad del contrato, el Tribunal no puede decidir sobre reconocimientos por obligaciones que ni siquiera han nacido para la Concesionaria y mucho menos si ellos derivan de demandas no resueltas o que pretendían interponerse en el futuro. La segunda, que no tendría ningún sentido, y además ello no deriva de la Ley que se impone aplicar, que el Tribunal termine, por la vía de los reconocimientos derivados de la nulidad, decidiendo sobre costos, inversiones y gastos que no se encuentran cubiertos por el Contrato de Concesión, mucho menos si los mismos tampoco están cubiertos por el contrato EPC, aún si ellos se encuentran valorados en los peritajes.

Existe un hecho cierto y es que los recursos pactados a favor del Epecista, por holgados que estuvieran, no comprendían la realización de los costos, gastos e inversiones referidos y ello fue lo que legitimó que el Epecista hiciera una reclamación a la Concesionaria, por la que esta se comprometió a su vez a demandar a la ANI. Es decir, está probado que existen conceptos no comprendidos en el Contrato EPC que están pendientes de facturar a la Concesionaria por no haberse causado las obligaciones respectivas.

Los Estados Financieros de la Concesionaria y de Consol, así como el texto del contrato EPC, y el Contrato de Transacción por el cual la Concesionaria condicionó sus obligaciones de causación y pago de los referidos costos, inversiones y gastos en favor de Consol al resultado de este laudo, comprobarían que todo lo dicho por funcionarios de la Concesionaria, de sus socios, sus apoderados y peritos, sobre el particular, es cierto.

(…) Es importante recordar que el riesgo de construcción fue trasladado por la Concesionaria a su Epecista en la misma forma en que este fue trasladado por la ANI a la Concesionaria a través del Contrato cuya nulidad hoy se declara. Ello quiere decir que Consol asumió la responsabilidad por los mayores costos, inversiones y gastos que demandaron las obras a que hemos hecho alusión y que, en tal medida, es dicha sociedad la que tiene que asumir los mayores costos que las mismas comportaron, por cuanto es claro que ni siquiera la Concesionaria estará obligada a sufragarlos de conformidad con el Acuerdo de Transacción en comentario.

El Contrato de Concesión sobre el particular era claro en la naturaleza de contrato llave en mano que debía tener el EPC, cuando lo definió como el "contrato a precio global fijo que deberá suscribir el Concesionario con el Contratista EPC"[753], quien debía obtener y mantener vigentes ciertas garantías.

(…)

> *En otras palabras, el Tribunal se enfrenta al hecho cierto de que existen unas obras valoradas cuyo riesgo había sido trasladado al Epecista y que, como tales, tienen que ser excluidas de los reconocimientos que la ANI debe hacer a favor de la Concesionaria, por no haber representado costos, inversiones o gastos realizados por la misma. Se reitera, además, que, por efectos de la declaratoria de nulidad del contrato, el Tribunal no puede entrar a decidir ninguna de las pretensiones de las demandas que dieron origen a ese trámite, y mucho menos puede decidir sobre ellas de manera indirecta, como consecuencia de los efectos económicos de la declaratoria de nulidad del contrato, porque la Ley 1882 no se lo permite.*

El Tribunal analizó otros aspectos relacionados con las pruebas, en los que destacó que el contrato EPC no fue suscrito a precios de mercado y, por ello, el CAPEX se encontraba sobreestimado[134]; que no existía prueba de que la sociedad Concesionaria tuviera efectivos mecanismos de gestión de riesgos y de los que existieron, sólo se encontraba evidencia documental a la práctica, y tampoco encontró que los organismos encargados del control hayan actuado en debida forma[135]; estudió los estándares de conducta exigidos a la Concesionaria, a sus socios y a sus funcionarios[136]; el incumplimiento de la Concesionaria de los preceptos que le imponían las normas de auditoría[137]; la demostración, a través de los distintos testimonios y evidencia documental, de que la contabilidad de la Concesionaria y de Consol están contaminadas, y que los pagos de sobornos hechos por Odebrecht fueron recobrados a través del Proyecto[138]; la inexistencia de evidencia de que la totalidad de los costos, inversiones y gastos de la Concesionaria, incluidos en los dictámenes de BDO y FTI, hayan sido realizados para satisfacer el interés público[139]; la existencia de evidencia suficiente sobre el hecho de que la Concesionaria excedió los límites de financiación del proyecto que habían sido acordados en el Contrato de Concesión[140]; las salvedades significativas del dictamen de Duff & Phelps, las cuales *"denotan que D&P confió, más allá de lo que sería razonable y admisible en la información presentada por la propia Concesionaria",* por lo que dicho dictamen está permeado por las cifras provenientes de la Concesionaria y su Epecista y, por tanto, es deficiente el estudio de precios de mercado que resultaba fundamental para responder a la Pregunta 3[141]; y que

[134] Pg. 666 del Laudo Arbitral.
[135] Pg. 668 del Laudo Arbitral.
[136] Pg. 674 del Laudo Arbitral.
[137] Pg. 675 del Laudo Arbitral.
[138] Pg. 676 del Laudo Arbitral.
[139] Pg. 676 del Laudo Arbitral.
[140] Pg. 678 del Laudo Arbitral.
[141] Pg. 680 y 681 del Laudo Arbitral. Sobre el contenido de la Pregunta 3, ver pie de página 68.

Duff & Phelps valoró obras que no se encontraban registradas en la contabilidad de la Concesionaria[142]*.*

A continuación, el Laudo Arbitral se refirió a los *"Ajustes que hará al dictamen de Duff & Phelps basado en las demás pruebas que obran en el expediente",* sobre la valoración del CAPEX, el OPEX, los intereses, otros costos, inversiones y gastos, la remuneración del Contratista y los pagos efectuados por la ANI a la Concesionaria, realizando a continuación un cuadro en el que plasmó la *"Aplicación de la fórmula prevista en el parágrafo del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018",* partiendo del informe pericial de Duff & Phelps, con los ajustes efectuados por el Tribunal, lo cual dio como resultado el valor a reconocer a la Concesionaria en cuantía de $ 211.273'405.561, y agregó:

> ***2.9. Aplicación de la Sentencia C-207-18 (sic) de la Corte Constitucional para el direccionamiento de los pagos a terceros de buena fe***
>
> *La suma a reconocer a la Concesionaria en cuantía de $ 211.273'405.561, será distribuida de la manera siguiente, de acuerdo con los lineamientos establecidos por la Corte Constitucional en su Sentencia C-207-19.*
>
> *De acuerdo con la más reciente información suministrada por la Concesionaria Ruta del Sol a D&P mediante comunicación del 6 de julio de 2019, a 30 de junio de 2019 su pasivo externo está discriminado así:*
>
> *2.9.1. Obligaciones fiscales y/o impuestos: " 282.544.600*
> *2.9.2. Obligaciones laborales: $ 1.448.707.380.*
> *2.9.3. Obligaciones financieras: $ 1.479.130.767.364, distribuidos así: (i) capital: $ 1.250.069.037.331; e (ii) intereses: $ 229.061.730.391.*
> *2.9.4. Obligaciones de la Concesionaria con vinculadas: $5.500.633.260*
> *2.9.5. Obligaciones con proveedores de la Concesionaria $ 6.208.639.238*
> *2.9.10. Obligaciones con proveedores de CONSOL: $ 7.513.509.046, tramitadas por la Concesionaria para la autorización de la ANI.*
> *2.9.10. (sic) Obligaciones de CONSOL con vinculadas: $ 13.016.601.915, tramitadas por la Concesionaria para la autorización de la ANI.*
> *2.9.11. Obligaciones reveladas a la fecha de la Concesionaria con CONSOL: $ 330.626.062.660, por concepto de liquidación del contrato EPC.*

Y, luego de referir apartes de la Sentencia C-207 de 2019, en los que manifestó la Corte, entre otras cosas, que *"(…) la autoridad competente de la declaratoria de nulidad del contrato debe dirigir los recursos para garantizar el pago de las*

[142] Pg. 682 del Laudo Arbitral.

obligaciones con los acreedores de buena fe, incluyendo la protección del ahorro captado del público", que el Tribunal subrayó, concluyó[143]:

> *Para el Tribunal es entonces claro que, de acuerdo con lo expresado por la Corte y en aras de la protección de terceros de buena fe, debe indicar la forma en que deben imputarse los pagos que deban realizarse por efecto de los reconocimientos a que de conformidad con la ley resulten.*
>
> *Como quiera que el Tribunal declaró probadas unas sumas económicas que la ANI debe asumir, procederá a indicar el orden al cual debe atenerse la entidad oficial para satisfacer la prestación a su cargo, así:*
>
> *Con los saldos de la Fiducia disponible a favor de la ANI en las cuentas y subcuentas del patrimonio autónomo creado por virtud del Contrato de Fiducia:*
>
> *1. Obligaciones laborales*
>
> *2. Obligaciones fiscales y/o impuestos*
>
> *3. Obligaciones con proveedores de la Concesionaria Ruta del Sol, con excepción de sus vinculados Económicos y de Consol, según el cuadro anexo.*
>
> *4. Obligaciones financieras, a cada banco, en la proporción que a cada uno le corresponda sobre el total de las acreencias.*
>
> *Dado que los recursos en dichas cuentas no alcanzan para atender las obligaciones financieras, para cubrir el pago de la totalidad de la suma que deba restituirse se deberá dar aplicación a lo dispuesto en el literal (ii) del parágrafo 1 del artículo 20 de la ley 1882 de 2018, de acuerdo con el cual: (ii) Si los recursos a los que se refiere el numeral (i) no fueren suficientes, la suma restante deberá ser consignada por la entidad estatal hasta en cinco (5) pagos anuales iguales, cuyo primer pago se efectuará a más tardar 540 días después de la fecha de liquidación. Los pagos diferidos de que trata el presente numeral tendrán reconocimiento de los intereses conforme al reglamento que para tal efecto emita el Gobierno Nacional. Lo anterior, sin perjuicio de que las partes acuerden un plazo de pago menor'*

El recorrido que se acaba de hacer a lo largo del Laudo Arbitral, le permite concluir a la Sala que, contrario a lo sostenido por los recurrentes, el mismo no fue proferido en conciencia sino en derecho y, que los vicios que en tal sentido se le atribuyen, en realidad no se produjeron.

Ello es así, por cuanto el Tribunal sí aplicó las normas legales que, para los efectos de los reconocimientos derivados de las restituciones ordenadas como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001

[143] Pg. 693 del Laudo Arbitral.

de 2010, correspondía aplicar, específicamente el parágrafo primero del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, pues para ello, estableció el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual, verificando que los reconocimientos que se iban a hacer, cumplieran con los criterios establecidos en la norma: i) que hayan sido ejecutados, total o parcialmente, para contribuir a satisfacer el interés público, ii) estén asociados al desarrollo del objeto del contrato, iii) correspondan máximo a precios o condiciones del mercado al momento de su causación de acuerdo con la modalidad contractual, y iv) no correspondan a costos o penalidades, pactadas o no, que terceros hayan aplicado al contratista en razón a la terminación anticipada de las relaciones contractuales no laborales. Y destinó el monto de las restituciones ordenadas, al cubrimiento de los créditos externos de la Concesionaria, con terceros de buena fe, como lo dispuso la Corte Constitucional en la declaratoria de exequibilidad condicionada de la norma.

En cuanto al cargo consistente en que los reconocimientos efectuados en el Laudo Arbitral no fueron validados por un tercero experto, advierte la Sala que, tal y como surge del análisis del fallo cuestionado, en el proceso obraron múltiples pruebas periciales, de las cuales, el Tribunal Arbitral dispuso tener como tercero experto e independiente a Duff & Phelps, y fue a partir de su dictamen que efectuó el estudio y definición de los reconocimientos, para lo cual llevó a cabo el análisis conjunto del acervo probatorio existente.

La Sala no comparte el criterio conforme al cual la validación de un tercero experto constituía una tarifa legal de prueba, en el sentido en que lo entienden los recurrentes, es decir que el monto de los reconocimientos a favor de la Concesionaria no podía ser sino el establecido por el perito, sin cuestionamiento alguno por parte del Tribunal de Arbitramento, quien, en tal caso, quedaba atado a lo que dicho experto concluyera al respecto.

Ese alcance no se lo dio la norma a la validación que, de los criterios a tener en cuenta, debía efectuar el interventor o un tercero experto, por lo que no desapareció la facultad-deber del juzgador de analizar, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, todas las pruebas allegadas al proceso con el fin de tomar su decisión, tal y

como lo dispone el artículo 176 del C.G.P[144], de las cuales, obviamente, hace parte el mismo dictamen del tercero experto designado para la verificación de los distintos criterios que debían concurrir en los reconocimientos a efectuar por parte del Tribunal.

Una interpretación diferente vaciaría de contenido la función judicial que le corresponde ejercer al Tribunal de Arbitramento, en cuanto se estaría dejando, en últimas, en manos del auxiliar de la justicia, la decisión sobre los reconocimientos a favor del Concesionario, sin que exista, se reitera, una norma que de manera expresa le otorgue tal valor al dictamen pericial en cuestión.

A juicio de la Sala, lo que surge de la norma y que persigue el legislador, es que el juzgador constate, con suficientes elementos de juicio técnicos, económicos, financieros, etc., que los reconocimientos que va a efectuar como resultado de la nulidad absoluta del contrato efectivamente cumplan con los criterios enunciados en la ley, en cuanto son los que justifican la procedencia de tales reconocimientos, y que, para ello, se cuente con el auxilio de expertos que aporten sus conocimientos especializados, en la formación del criterio informado del juez o árbitro. Pero de ninguna manera resulta aceptable ni admisible, el criterio según el cual el juzgador se halla atado, indefectiblemente, a lo que ese auxiliar de la justicia determine en su dictamen.

En consecuencia, la Sala no advierte que el Tribunal de Arbitramento haya dejado de lado, en forma ostensible, la aplicación de la norma legal que le correspondía tener en cuenta para la determinación de los reconocimientos, y lo que sí surge en forma clara es la divergencia de criterios sobre la interpretación que de la misma efectúan los recurrentes, en cuanto a la forma como debería darse su aplicación en la resolución del caso concreto, y que no coincide con la efectuada en el Laudo Arbitral; y su profunda inconformidad con el monto de las restituciones que se reconocieron en el Laudo, inferior al calculado en los distintos dictámenes periciales obrantes en el proceso. Circunstancias estas que, de manera alguna, resultan constitutivas de un fallo en conciencia, pues no lo es el que aplica las normas

[144] *"Art. 176. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. // El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba".*

correspondientes dándoles un alcance distinto al que en su propio juicio considera el recurrente que era el adecuado.

Como tampoco encuentra la Sala que se haya fallado dejando totalmente de lado las pruebas que debían servir de fundamento a la decisión, puesto que, como ya se dijo, no es acertado considerar que la única prueba válida para definir los reconocimientos procedentes a título de restituciones, era el dictamen pericial del tercero experto. Y, en cambio, sí se constata en el Laudo Arbitral, el estudio completo y conjunto de todo el acervo probatorio obrante en el plenario, que le sirvió de base al Tribunal de Arbitramento para decidir como lo hizo.

Valoración probatoria con la que no estuvieron de acuerdo los recurrentes, quienes en sus impugnaciones procedieron, inclusive, a referirse en forma detallada a los razonamientos que, en torno a los diversos medios de prueba, efectuaron los árbitros, tratando de evidenciar los graves errores en los que incurrieron, como si se tratara del trámite de una segunda instancia, en la que le fuera dado al juzgador entrar a verificar el fondo de la controversia objeto del recurso.

Y de nuevo resulta necesario recordar que la valoración de las pruebas que haga el juzgador en una forma diferente a la que el recurrente considere que era la adecuada, tampoco resulta constitutiva de la causal de fallo en conciencia.

Ahora bien, con lo dicho no se está afirmando que la interpretación legal y la valoración probatoria efectuadas en el Laudo Arbitral hayan sido correctas o equivocadas, por cuanto esto no es materia que le corresponda definir al juez del recurso de anulación. Simplemente se verifica que ni la una ni la otra son constitutivas de la causal alegada, por cuanto ni siquiera una decisión equivocada, si se fundó en la norma legal correspondiente y en las pruebas obrantes en el proceso, podrá calificarse como fallo en conciencia.

Todos los argumentos expuestos en los distintos recursos de anulación que alegaron esta causal, ahondan en los errores en que, a juicio de los recurrentes, incurrieron los árbitros en la aplicación del parágrafo primero del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y en la valoración de las pruebas, específicamente en cuanto al dictamen pericial de Duff & Phelps, que fue acogido sólo parcialmente y sus

conclusiones modificadas por los árbitros, aplicando elementos de juicio obtenidos de otros medios de prueba; todo lo cual lo único que logra es corroborar que, efectivamente, el Laudo Arbitral sí aplicó la norma, aunque dándole una interpretación y un alcance que no comparten los recurrentes. Y sí se fundó en las pruebas obrantes en el proceso, aunque haciendo una valoración que aquellos consideran equivocada, defectos que, se reitera, no configuran un fallo en conciencia.

Si los árbitros erraron en la interpretación de la norma aplicable o en la valoración de las pruebas, es asunto que sólo podría estudiarse en el ámbito de un recurso de apelación, del cual carecen los laudos arbitrales en virtud de su propia naturaleza, y al que las partes voluntariamente renunciaron cuando suscribieron la cláusula compromisoria, razón por la cual el único medio de impugnación en contra del fallo arbitral resulta ser el recurso extraordinario de anulación, que no procede por errores *in judicando,* sino por errores *in procedendo,* a los que se limita la competencia del juez del recurso, dentro del estricto marco de las causales legalmente consagradas para el cuestionamiento del laudo arbitral.

En conclusión, dado que, en el presente caso, sí se dio aplicación a la norma legal adecuada y se fundó la decisión arbitral en las pruebas regularmente allegadas al proceso, es claro que el fallo no fue en conciencia sino en derecho y, en consecuencia, el cargo fundado en este hecho, no está llamado a prosperar.

4.11.2.2. El orden establecido para la satisfacción de la prestación a cargo de la ANI:

El otro hecho que alegan los recurrentes como constitutivo de un fallo en conciencia, es el relativo a la decisión del Laudo Arbitral de establecer, con fundamento en las restituciones que ordenaría a favor de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., fruto de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001 de 2010, un orden de prelación de pagos a los terceros acreedores de la Concesionaria.

Este cargo tampoco está llamado a prosperar, toda vez que, al hallar el contrato viciado de nulidad absoluta, le correspondía al Tribunal de Arbitramento decidir sobre las restituciones mutuas, teniendo en consideración lo dispuesto por el

artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, así como la interpretación que sobre su parágrafo primero efectuó la Corte Constitucional en la Sentencia C-207 de 2019, en la cual se indicó un criterio de direccionamiento, al establecer que *"la autoridad competente de la declaratoria de nulidad del contrato debe dirigir los recursos para garantizar el pago de las obligaciones con los acreedores de buena fe, incluyendo la protección del ahorro captado del público".* Y fue acogiéndose a ese marco normativo, que el Tribunal de Arbitramento estableció un orden de pago, es decir, un direccionamiento del pago hacia los terceros de buena fe.

El deber del fallador en este caso, no se habría cumplido cabalmente con la sola disposición, en la parte resolutiva del Laudo Arbitral, de la obligación a cargo de la ANI de cancelar a favor de la Concesionaria la suma de $ 211.273'405.561 a título de restituciones, puesto que le incumbía así mismo al Tribunal de Arbitramento, tal y como lo indicó la Corte Constitucional, la obligación de disponer la destinación de tales recursos al pago de las acreencias de los terceros de buena fe.

Ahora bien, dado que el monto del reconocimiento era una suma de dinero fija, correspondiente a la que se encontraba en las cuentas del fideicomiso, respecto de la cual el Tribunal consideró que reunía los requisitos legales para ser reconocida a la Concesionaria a título de restituciones, la misma debía ser repartida entre los distintos acreedores de ésta, lo que imponía la necesidad de disponer la forma en que tal suma de dinero debía distribuirse, que fue precisamente lo que hizo el Laudo Arbitral, para lo cual acudió a establecer un orden de prelación.

Por lo anterior, contrario a lo sostenido por los recurrentes, dicha decisión no fue en conciencia, sino que obedeció al ejercicio de la función judicial de administrar justicia, que implica, ante el vacío de la ley, el deber de acudir a la aplicación analógica de soluciones que se ajusten a las necesidades que surjan en la labor de fallar, con el fin de garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial (arts. 4ºy 5º, C.G.P.)[145].

---

[145] *"Interpretación de las normas procesales. Art. 4º.- Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes. // Vacíos y deficiencias del Código. Art. 5.- Cualquier vacío en las disposiciones del presente Código, se llenará con las normas que regulen*

En consecuencia, la Sala considera que el cargo, por este hecho, no está llamado a prosperar.

5) Causal 8ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012: Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutiva o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.

Esta causal fue alegada por los siguientes recurrentes: Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., Sociedad Estudios y Proyectos del Sol EPISOL S.A.S., Bancolombia S.A. y Fiduciaria Corficolombiana S.A., quienes expusieron, en resumen, los siguientes argumentos:

5.1. Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.[146]:

Explicó la recurrente que, de un lado, el Tribunal determinó que el Consorcio que ejercía como Constructor EPC dentro del Contrato de Concesión, era una persona diferente del Concesionario y que, por lo tanto, no podía reconocer lo que éste hubiera construido, aun cuando dichos valores estuviesen incluidos dentro de todas las pruebas periciales, incluso la decretada de oficio. Por ello, después de realizar los cálculos que llevó a cabo, el Tribunal resolvió descontar de los costos, gastos e inversiones, un total de un billón treinta y dos mil un millones novecientos veintitrés mil cuatrocientos doce pesos (1.032.001’923.412), que se reflejaron en la parte resolutiva del laudo. Pero que, de otro lado, de manera completamente contraria, el Tribunal, para determinar los ingresos a descontarle a la Concesionaria, cambió de criterio y los consideró como una sola persona, para restarle a ésta setecientos ochenta y un mil doscientos setenta y tres millones novecientos dieciocho mil seiscientos cincuenta y siete pesos ($781.273’918.657).

casos análogos, y a falta de éstas con los principios constitucionales y los generales del derecho procesal”.
[146] F. 213 vto., c. Recursos.

La recurrente manifestó que esta incongruencia conceptual y material configura una disposición contradictoria, que fue debidamente alegada por la Concesionaria, dentro de la oportunidad procesal de la aclaración del laudo. Sostuvo la recurrente:

> *Como se desprende del contenido del presente documento (…), la incongruencia en la que incurrió el Tribunal arbitral es de la mayor importancia, en la medida que, derivado de esta, implementa una interpretación que desfavorece a la Concesionaria, al restarle de los conceptos que las restituciones deberían tener, y al mismo tiempo, al volverle a restar derivado de las utilidades que nunca repartió en calidad de concesionaria.*
>
> *Esa incongruencia, según la cual se considera a la Concesionaria como un ente diferente del Constructor EPC, para desconocer una parte importante de lo que ejecutó el Concesionario, y al mismo tiempo para considerarlos como un* (sic) *solo al momento de restarles los valores recibidos, explica el valor final de las restituciones, y la diferencia con los pronunciamientos del único peritaje que el mismo Tribunal consideró como válido.*
>
> *Teniendo en cuenta los anteriores argumentos, solicito al H. Consejo de Estado declarar fundada la causal de anulación del laudo consagrada en el numeral 8 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. En este evento, solicito al H. Consejo anular de* (sic) *las decisiones novena, décima y décima primera de la parte resolutiva del laudo, y los fundamentos que les sirvieron de sustento; y que, en consecuencia, en los términos del artículo 43 de la Ley 1562* (sic) *de 2012, se corrijan o adicionen tales decisiones, ordenando las restituciones mutuas o reconocimientos con fundamento en el dictamen pericial decretado de oficio y rendido por Duff & Phelps.*

5.2. Sociedad Estudios y Proyectos del Sol – EPISOL S.A.S.-[147]:

La recurrente sostuvo que el laudo arbitral impugnado contiene errores aritméticos que influyen en su parte resolutiva y que fueron oportunamente alegados ante el Tribunal Arbitral, en la oportunidad para pedir aclaraciones y complementaciones, pero fueron desechados sin análisis ni argumentación alguna.

Manifestó que *"(…) es a partir del capítulo '**II. LAS PRUEBAS DEL VALOR ACTUALIZADO DE LOS COSTOS, LAS INVERSIONES, LOS GASTOS Y LOS INTERESES EJECUTADOS POR LA CONCESIONARIA',** de la parte considerativa del Laudo Arbitral, particularmente, desde el numeral '**2.7. Los ajustes que el Tribunal hará al dictamen de Duff & Phelps basado en las demás pruebas que obran en el expediente'** en donde el Tribunal Arbitral empezó a cometer los errores matemáticos que influyeron en los numerales NOVENO, DÉCIMO Y DÉCIMO*

[147] F. 46, c. Recursos.

PRIMERO de la parte resolutiva de la providencia (…)", y que procedió a enunciar a continuación:

Para determinar el valor de los pagos efectuados por la ANI a CRDS, el Tribunal desestimó el valor reportado por D&P, y en su lugar tomó la información proporcionada por la ANI, mediante memorando del 7 de marzo de 2019, por la suma de $4.519.653.103.842,72 a pesos de diciembre de 2018. Dentro de los valores reportados por la ANI, se encuentra el concepto de *"Pago de terceros de buena fe y rendimientos trasladados",* concepto que corresponde a los montos producto de los rendimientos financieros que a partir de marzo de 2017 fueron trasladados a la subcuenta reversión. Esos dineros, servían para hacer pagos a los acreedores y terceros de buena fe, sin embargo los valores trasladados a la subcuenta de reversión no se utilizaron totalmente, y a 30 de junio de 2019, esta tenía un saldo de $84.556.574.005, lo que significa *"(…) que los recursos de la subcuenta de reversión que se utilizaron para el pago de terceros de buena fe pueden catalogarse como* 'ingresos recibidos por la concesionaria'*, pero el saldo que se encuentra en la cuenta de reversión no tiene esa naturaleza, por cuanto no había sido usado para el pago de acreencias".*

Agregó que *"(…) el error aritmético se presenta porque el Tribunal Arbitral adicionó a la retribución estimada por D&P la totalidad de ingresos correspondientes a* 'ingresos recibidos por la concesionaria' *bajo el concepto* 'Pago de terceros de buena fe y rendimientos trasladados', *sin descontar el saldo de la subcuenta de reversión que no había sido utilizado, con lo cual solo se adiciona la suma efectivamente utilizada para el pago de terceros, la cual ascendía a $129.629.845.726".*

Al actuar de esa forma, el Tribunal incurrió en error aritmético, pues se descontó una suma que i) no fue recibida efectivamente por CRDS, ii) no fue utilizada para el pago de acreencias y iii) cuyo valor se reconoce en el fallo como una fuente para el pago del valor de la liquidación a favor de CRDS. Consideró entonces la recurrente, que:

> *De acuerdo con lo anterior, el valor de Ingresos reportado por la ANI por $4.591.866.816.581 de marzo de 2019 debería ser $4.508.206.845.726 de marzo de 2019 y en precios de julio de 2019 $4.654.653.086.527 versus $4.569.849.202.374 respectivamente, considerando que a los* "ingresos

recibidos por la concesionaria" *bajo el concepto* "Pago de terceros de buena fe y rendimientos trasladados" *se le debía descontar el saldo de la subcuenta de reversión.*

De esta manera entonces, el error se resume en que no debió haberse descontado el Saldo de la Subcuenta de Reversión del Patrimonio Autónomo (P.A.) a junio 30 de 2019 por valor de $83.659.970.855 a pesos de marzo de 2019 o $84.803.884.153 pesos de julio de 2019, configurándose así el error matemático cometido por el Tribunal Arbitral que se refleja indudablemente en el resultado final del mismo.

5.3. Bancolombia S.A.[148]:

Sostuvo que el Tribunal de Arbitramento incurrió en los siguientes errores:

5.3.1. Al efectuar deducciones en materia de CAPEX, explicando que *"El Tribunal no podía restar las sumas correspondientes a obras ejecutadas por el Epecista por no estar contemplado así en la fórmula del artículo 20 de la Ley 1882";* que, *"Aun cuando se aceptara que el Tribunal podía restar las sumas correspondientes a obras ejecutadas por el Epecista -que no es así- el supuesto sobrecosto deducido ya había sido depurado";* que, *"Aun cuando se aceptara que el Tribunal sí podía restar las sumas correspondientes a obras ejecutadas por el Epecista -que no es así- y que las mismas no estaban ya consideradas en el valor estimado por Duff & Phelps -que ya lo estaban- el Tribunal empleó para su estimación bases no comparables".*

5.3.2. El Tribunal calculó mal los intereses, como resultado del error aritmético señalado, en relación con el cálculo del CAPEX.

5.3.3. El Tribunal incurrió en error al establecer la remuneración del contratista y la deducción de las utilidades, pues con base en lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, *"(…) la deducción de las utilidades, decretadas y/o pagadas debe efectuarse cuando quiera que se esté determinando el valor de los remanentes a reconocer al contratista, mas no cuando se esté estimando el monto de los reconocimientos destinados al pago de los terceros de buena fe",* como lo hizo el Tribunal.

[148] F. 285, c. Recursos.

5.4. Fiduciaria Corficolombiana S.A.[149]:

Alegó el recurrente que el Laudo Arbitral impugnado incurrió en dos errores aritméticos a lo largo de la parte motiva, que influyeron en la parte resolutiva del mismo:

a) Calcularon un promedio ponderado del Capex del proyecto a partir de los valores de Capex resultantes de dos dictámenes independientes, como si dichos rubros pudieran ser comparables entre sí, desconociendo que la metodología implementada por BDO y FTI al momento de hacer sus correspondientes cálculos no fue la misma, con lo cual se hicieron unas multiplicaciones y divisiones para calcular una regla de tres utilizando como base rubros no comparables ni equiparables.

b) A partir del anterior error, calcularon unos supuestos sobrecostos y los descontaron del Capex calculado por Duff & Phelps, lo que evidencia un error aritmético, *"en tanto al valor de los reconocimientos que la ANI debe efectuar a favor de la Concesionaria le restaron un rubro sin sustento técnico, ni fáctico ni mucho menos jurídico",* y sin considerar que Duff & Phelps, al momento de calcular el Capex, ya había descontado los rubros que a su parecer consistían en sobrecostos, *"(…) con lo cual se tiene que en el presente caso se descontó dos veces el mismo rubro",* lo cual influyó en la parte resolutiva del Laudo, *"en tanto los reconocimientos a la Concesionaria fijados a través del numeral Noveno de la parte resolutiva se vieron disminuidos, entre otros montos, en setecientos sesenta mil quinientos cincuenta y nueve millones cuatrocientos treinta y un mil ciento ochenta y tres pesos (…)".*

c) Como consecuencia de un error aritmético, el Tribunal Arbitral descontó $162.000'000.000 a los intereses de la deuda con los Bancos, *"(…) pues en su parecer con los recursos de los Bancos se financiaron los actos de corrupción y por ende el rubro de intereses debía ser castigado en la misma proporción en que se castigó el Capex por los supuestos sobrecostos",* sin que haya prueba de ese parecer.

[149] F. 375, c. Recursos.

d) El Laudo Arbitral adicionó a los cálculos de los ingresos del contratista la suma de $ 567.984.102, para luego descontar este rubro del monto de recursos a reconocer al Concesionario, siendo que esa suma ya había sido tenida en cuenta por Duff & Phelps dentro del cálculo de los ingresos, *"(…) de manera que esta operación matemática realizada por los árbitros resultó ser un error aritmético consistente en sumar dos veces el mismo rubro".* Error que influyó en la parte resolutiva del Laudo, pues los reconocimientos a la Concesionaria, fijados en el numeral Noveno, se vieron disminuidos, entre otros montos, en la referida cantidad.

El recurrente manifestó que, en la debida oportunidad, mediante la solicitud de aclaraciones y complementaciones, alegó cada uno de los errores aritméticos aquí planteados, con lo cual se cumplió el requisito de procedencia de la causal de anulación, consagrado en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

Adujo así mismo, cambio de palabras en las normas aplicables: El recurrente explicó que el artículo 20 de la Ley 1882 establece que, declarada la nulidad de un contrato, *"en la liquidación se deberá reconocer el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos,* ***ejecutados por el contratista****, incluyendo los intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual".* Pero que, a pesar de la claridad de la norma, *"(…) los árbitros realizaron una serie de consideraciones para disminuir la liquidación donde partieron del supuesto que dicha disposición contenía una redacción distinta".*

A continuación, transcribió un aparte del Laudo Arbitral, en el que se especifica que deben tenerse en cuenta los costos, gastos e inversiones atribuibles a la Concesionaria, y no los del Epecista Consol, *"pues respecto de estos últimos la ANI no tiene ninguna obligación a la luz de la norma",* y especifica el recurrente que la norma habló de los costos, gastos e inversiones *ejecutados* por el contratista, no *atribuibles* al mismo, alteración de una palabra de la norma que *"(…) conllevó a que solamente tuvieron en cuenta los costos, gastos e inversiones* ***atribuibles*** *al contratista (y desconocieron los ejecutados). Con esta alteración los árbitros, no solo desconocieron el texto del artículo 20 de la Ley 1882 al cambiar el contenido de ella para darle un alcance distinto, sino que también afectaron de manera*

sustancial la parte resolutiva del Laudo Arbitral", pues se disminuyeron las restituciones en favor de los terceros de buena fe en $ 760.559'431.183, que el numeral Noveno no incluyó en la suma reconocida, siendo un monto *"(…) correspondiente a las obras en efecto ejecutadas por el Concesionario".*

Como conclusión de todo lo expuesto, el recurrente pidió que se declare la nulidad del Laudo Arbitral impugnado, y en subsidio de lo anterior, que se anulen las decisiones Novena, Décima y Décima Primera de la parte resolutiva del Laudo, así como las partes que sirven de sustento a dichas decisiones, en concreto las contenidas en las páginas 647 a 693 del Laudo Arbitral.

5.5. Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado[150]:

5.5.1. En relación con el recurso interpuesto por la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. -CRDS-:

Sobre la causal de contener el Laudo disposiciones contradictorias o errores por omisión, para la Agencia, además de plantearse en el recurso el desconocimiento por parte del Tribunal de las obras realizadas por el EPC, y la resta -en criterio del recurrente indebida- de algunos recursos que hizo frente a los ingresos del proyecto, lo que impactó el valor de las restituciones a favor del Concesionario, *"(…)* ***no presenta el recurrente explicación alguna del por qué la actuación del Tribunal es contradictoria, o contiene errores*** *de alguna índole que puedan tener la vocación de anular el laudo",* además de que lo que sí resulta contradictorio, a juicio de la Agencia, es que el recurrente hubiera criticado el dictamen pericial de Duff & Phelps, pero ahora pida que se anule el Laudo y en su lugar se proceda a corregirlo o adicionarlo, con los reconocimientos que corresponden, fundados en dicho dictamen.

5.5.2. Frente al recurso de anulación de EPISOL S.A., en relación con la causal en estudio referida a la existencia de errores aritméticos:

Manifestó la Agencia que la inconformidad de la recurrente con el Laudo Arbitral no se circunscribe a errores en la aplicación de las cuatro operaciones aritméticas, como

[150] F. 473, c. Recursos.

lo ha sostenido el Consejo de Estado al definir en qué consiste el error aritmético para efectos de la aplicación de esta causal de anulación, sino que se refiere *"a su propia percepción de rubros y/o conceptos de factores que debían hacer parte de los reconocimientos a que aspiraba el Concesionario, de quien solo era coadyuvante".*

5.5.3. Sobre el recurso propuesto por Bancolombia S.A. con fundamento en la existencia de errores aritméticos:

La Agencia manifestó que, para la recurrente, los errores aritméticos se consolidan al haber el Tribunal efectuado deducciones en CAPEX y OPEX, *"(…) sin embargo, ello no se puede considerar un error aritmético en una operación aritmética".* La inconformidad del recurrente surge frente a los conceptos, rubros y sumas de dinero que fueron deducidos por el Tribunal, por considerar que no debían ser reconocidos, por no atender a principios contractuales, no hacer parte de las controversias sometidas a su competencia, o por haber sido efectuados por fuera del marco contractual, de manera que *"(…) la inconformidad con los reconocimientos que hace el Tribunal no está en una operación matemática, sino en conceptos en los que no está de acuerdo el recurrente con su interpretación de la norma".*

Por lo anterior, la Agencia consideró que no es cierto que el Tribunal haya *"(…) alterado las bases de cálculo de la fórmula prevista por el legislador mediante la inclusión de un nuevo factor de deducción no considerado por aquel",* ya que el Tribunal tenía absoluta habilitación legal y procedimental para efectuar los reconocimientos que en su concepto obedecieran a uno o a todos los criterios de los numerales 1º a 4º del parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, respecto de los cuales encontró que las obras llevadas a cabo por el epecista no los cumplían, razón por la cual no las reconoció, *"(…) lo que es distinto a descontarlas matemáticamente".* Por lo tanto, no hubo un error aritmético sino una determinación consciente del Tribunal de no hacer determinados reconocimientos respecto de obras y/o actividades a partir de la nulidad del contrato.

5.5.4. En cuanto al recurso de anulación de Fiduciaria Corficolombiana S.A.:

Para la Agencia, lo que el recurrente consideró un error aritmético, consistente en unas operaciones por medio de las cuales el Tribunal habría efectuado un promedio

ponderado del CAPEX, en realidad no configura el referido vicio, y lo que refleja es *"(…) el mero desacuerdo con los rubros y conceptos que el Tribunal, en su competencia para administrar justicia, por habilitación de las partes decidió no reconocer en el Laudo".*

5.6. Concepto del Ministerio Público[151]:

El agente del Ministerio Público resumió los argumentos que, en los recursos de anulación, adujeron esta causal que, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, contiene tres posibilidades de configuración: la existencia de i) disposiciones contradictorias, ii) errores aritméticos y iii) errores por omisión, cambio de palabras o alteración de éstas, exigiéndose que se encuentren en la parte resolutiva del laudo o influyan en ella y que dichas circunstancias hayan sido alegadas ante el Tribunal de Arbitramento.

Adujo, con fundamento en la jurisprudencia, que los criterios expuestos por los recurrentes como fundamento de esta causal, no pueden ser considerados como situaciones generadoras de nulidad del laudo, pues no corresponden a los defectos enunciados en la norma y, lo que encuentra el Agente del Ministerio Público, es que todos los argumentos referidos por los apoderados en este aspecto van encaminados a que se modifique o altere lo decidido en el Laudo, lo cual resulta improcedente, pues la ocurrencia de los presuntos errores aritméticos o por omisión, cambio o alteración de palabras, no pueden conducir a la modificación o revocación de la decisión que se ha tomado.
Consideró que:

> *Ninguna de las oposiciones al Laudo en este aspecto se refieren directamente a la existencia de disposiciones o decisiones contradictorias, de un yerro en cualquiera de 4* (sic) *operaciones matemáticas o a inexactitudes o imprecisiones en la transcripción o digitación, sino que van más encaminadas a controvertir razonamientos jurídicos, como la que se refiere a la interpretación sobre la eventual unidad entre la Concesionaria y la Epecista, o como se debía aplicar la fórmula planteada en el artículo 20 de la ley 1882, sobre la forma en que el Tribunal debió realizar los cálculos del Capex o como determinó el valor de los pagos efectuados por la ANI a la Concesionaria, y se cuestiona igualmente como el Tribunal Arbitral valoró el recaudo probatorio, en especial lo relacionado con las pruebas aportadas por la ANI y el dictamen técnico pericial de la firma Duff and Phelps, lo cual implicaría, sin lugar a dudas, que en sede del recurso*

[151] F. 586, c. Recursos.

de anulación se volviera a estudiar nuevamente el fondo del asunto, que como lo ha sostenido el H. Consejo de Estado, no es viable.

Por lo tanto, dado que los planteamientos de los recurrentes se encaminaron a reprochar algunas interpretaciones jurídicas del Laudo Arbitral y la forma como realizó la valoración probatoria de los aspectos contables y financieros, lo que en últimas consiste en el replanteamiento de la controversia y no verdaderas solicitudes de corrección de errores, y lo que se pretende es que se vuelva a estudiar el fondo del asunto, lo cual es totalmente improcedente, el Ministerio Público concluyó que la causal de anulación no estaba llamada a prosperar.

5.7. Consideraciones de la Sala:

5.7.1. Requisitos de procedencia de la causal:

En relación con la causal 8ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, consistente en contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutiva o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral, observa la Sala que, efectivamente, los hechos que se aducen en los recursos como constitutivos de la causal, fueron oportunamente planteados ante el Tribunal de Arbitramento en la solicitud de aclaración del laudo presentada ante aquel[152], y se adujo que los errores aritméticos en los que incurrió el Tribunal de Arbitramento están contenidos en la parte motiva pero inciden en los numerales Noveno, Décimo y Décimo Primero de la parte resolutiva del Laudo Arbitral.

Se observa que la norma contempla tres clases distintas de defectos que pueden conducir a la configuración de la causal de anulación: i) existencia de disposiciones contradictorias, ii) errores aritméticos y iii) errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas. Se trata de circunstancias que la ley procesal civil contempla

[152] F. 489, c. ppl.: Solicitud de aclaración y complementación del laudo presentada por Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.; f. 508 y 526, c. ppl.: solicitud de correcciones, aclaraciones y/o complementaciones por Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. -EPISOL; f. 555, c. ppl.: solicitud de aclaración, corrección y adición del laudo, presentada por Bancolombia S.A. -y demás bancos-; f. 572, c. ppl.: solicitud de corrección, aclaración y complementación del laudo, presentada por la Fiduciaria Corficolombiana S.A.

como pasibles de ser corregidas en las sentencias, de oficio o a solicitud de parte[153] y, dado que fueron alegadas en los recursos de anulación, pasará la Sala a analizarlas.

5.7.2. El error aritmético:

De manera reiterada, la jurisprudencia de la Corporación se ha referido al error aritmético como aquel en el que incurre el juzgador al escribir mal una cifra, o el resultado de una operación matemática, que hace que la cifra dada no coincida con lo concebido conceptualmente por aquel. Es decir que dicho error radica en la labor de plasmar por escrito lo que consideró el juez. Así, la jurisprudencia ha expresado que tiene cabida como sustento de esta causal *"(…) la equivocación que se presenta al efectuar una simple y elemental operación aritmética o matemática. Así, un error de suma, de resta, de multiplicación, etc."*[154], y que debe tratarse de *"una errónea operación aritmética, cuando se señaló menos y era más, o se multiplicó cuando debió dividirse o viceversa, o existan equivocaciones entre las expresiones numéricas y las literales"*[155].

También ha sido clara la jurisprudencia al establecer que no constituyen errores aritméticos los razonamientos que haga el juzgador, como cuando elige la fórmula que considera adecuada para efectuar una liquidación, o la tasa de interés que debe aplicarse, o los factores que deben hacer parte de un determinado cálculo. Así, ha sostenido que el error aritmético que da lugar a su corrección por parte del juez o árbitro o a la configuración de la causal de anulación del laudo, es *"(…) un yerro en*

---

[153] Código General del Proceso: *"**ARTÍCULO 285. Aclaración.** La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva de la sentencia o influyan en ella (…)". "**ARTÍCULO 286. CORRECCIÓN DE ERRORES ARITMÉTICOS Y OTROS.** Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto. // Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso. // Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva o influyan en ella".*

[154] Sentencia del 12 de noviembre de 1993, expediente 7809, citada en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 6 de junio de 2002, Expediente No. 11001-03-26-000-2001-0034-01 (20.634), Actor: Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM. Demandado: Nortel Networks de Colombia S.A.; reiterada en Sentencia del 10 de abril de 2003, Expediente No. 110010326000200200054 01 (23.849) Actor: Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca CVC y/o.

[155] *Ibídem,* Sentencia del 15 de mayo de 1992, Expediente 5326.

la acción de plasmar en el papel lo que concibió el juez en sus consideraciones; se trata entonces, de una equivocación física a la hora de consignar en la parte resolutiva de los fallos las cifras correspondientes a las diferentes condenas que surjan del proceso; son por ello, equivocaciones no conceptuales, es decir no referidas a los factores que el juez considera que deben tenerse en cuenta para los cálculos, como cuando resuelve que la tasa de interés procedente es la moratoria del Código de Comercio y no la estipulada en la Ley 80 de 1993; o que la fórmula de reajuste de precios que se debe aplicar es la contemplada en el pliego de condiciones y no en el contrato; o que la tasa de cambio respecto de una obligación en dólares será la de determinada fecha, etc. etc., sino que hacen relación a las operaciones aritméticas mismas, porque se escribió un número cuando debía ser otro, se sumó cuando debía restarse, etc. etc.; en este sentido, la Sala se ha pronunciado en diversas oportunidades, sosteniendo que los errores aritméticos no corresponden a diferencias conceptuales o de apreciación que conducen a diferentes resultados, "...sino que son consecuencia de simples equivocaciones en el desarrollo de las distintas operaciones aritméticas, susceptibles de corrección mediante la ejecución acertada de la operación aritmética equivocada"[156]*, lo que quiere decir que tales errores se presentan como consecuencia de equivocaciones a la hora de realizar las operaciones básicas matemáticas de suma, resta, división o multiplicación en el desarrollo de las fórmulas que se deben aplicar"*[157]*.*

El entendimiento para la jurisprudencia de esta Corporación, de lo que constituye un error aritmético para los efectos de la procedencia de la causal de anulación de los laudos arbitrales, ha continuado siendo el mismo a través del tiempo, y en las diferentes providencias proferidas para decidir recursos extraordinarios como el que es objeto de la presente litis, se ha reiterado que "*Por error aritmético se entiende aquel en el que se incurre al realizar alguna de las cuatro operaciones aritméticas y por consiguiente se trata de un yerro que al corregirlo no conduce a la modificación o revocación de la decisión que se ha tomado"*[158]*.*

---

[156] [6] "*Sentencia del 24 de octubre de 1996, Expediente 11632".*
[157] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de diciembre de 2004, expediente 26887, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.
[158] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 25 de julio de 2016, expediente 55477, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; reiterada en sentencia de la Subsección B, del 4 de marzo de 2019, expediente 62702, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

5.7.3. El caso concreto:

Teniendo en cuenta las definiciones de lo que constituye un error aritmético, para efectos de la configuración de la causal de anulación consagrada en el numeral 8 del artículo 41 de la Ley 1563, la Sala considera que, contrario a lo aducido por los recurrentes, el hecho de que el Tribunal Arbitral haya considerado la inclusión o la exclusión de determinados factores o rubros para efectos de establecer el valor de los pagos que la ANI debía efectuar a favor de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., a título de restituciones, no resulta constitutivo de la clase de error al que se refiere la norma.

Esas definiciones, efectuadas en el Laudo Arbitral, corresponden a los análisis y consideraciones de fondo que efectuaron los árbitros, y que los llevó a tener en cuenta o a desestimar los cálculos efectuados por los distintos peritos que dictaminaron en el proceso, en general, sobre las inversiones, los ingresos y gastos ejecutados por la Concesionaria, por lo que se trató de decisiones deliberadas y conscientes del juzgador, y no de equivocaciones a la hora de plasmar en la providencia el resultado de sus análisis, o yerros en la realización de operaciones matemáticas, en las que se sumó en vez de restar, o se multiplicó en vez de dividir, etc., sin haber sido ese el querer de los árbitros.

Ahora bien, una vez más resulta necesario reiterar que, en el ámbito del recurso de anulación de laudos arbitrales, al juez le está vedado pronunciarse sobre el acierto o equivocación de la decisión sometida a su conocimiento, por cuanto el control que le incumbe está estrictamente delimitado por el marco de las causales consagradas para su revisión, encaminadas todas ellas a verificar que el proceso se haya adelantado de forma legal, y no le es permitido al juez del recurso, entrar a estudiar el fondo de la controversia, puesto que no se trata de una nueva instancia en la que ello sea posible.

Es por ello que los argumentos que apuntan a demostrar que los árbitros hicieron descuentos indebidos a la hora de establecer el monto de las restituciones, o que tuvieron en cuenta rubros o factores equivocados a la hora de hacer sus estimativos y liquidaciones, no son idóneos para sustentar la existencia de un error aritmético, como no lo constituyen los argumentos de que el Tribunal, equivocadamente, para

determinar el valor de los pagos efectuados por la ANI a la Concesionaria, descontó una suma que i) no fue recibida efectivamente por ella, ii) no fue utilizada para el pago de acreencias y iii) cuyo valor se reconoce en el fallo como una fuente para el pago del valor de la liquidación a favor de la Concesionaria.

Tampoco puede predicarse error aritmético de la circunstancia de que los árbitros hayan utilizado información de dos dictámenes distintos para determinar, promediando, el capex del proyecto, y con fundamento en ello hayan descontado algunos sobrecostos del capex calculado por Duff & Phelps, ni tampoco se puede hablar de error aritmético respecto de su decisión de descontar alguna suma de los intereses de la deuda de los bancos, o de la adición o descuento de rubros a los ingresos del contratista, pues todo ello correspondió al análisis y valoración probatoria efectuados por el Tribunal Arbitral, los cuales no pueden ser objeto de juzgamiento por parte del juez del recurso.

De acuerdo con lo anterior, resulta evidente la inconformidad de los recurrentes con la valoración probatoria efectuada por el Tribunal de Arbitramento y que condujo a la determinación de un valor definitivo que, a título de restituciones, debía reconocer la ANI a la Concesionaria, valor con el que no están de acuerdo, por considerar que debió ser superior, y que no lo fue por las equivocaciones en las que incurrieron los árbitros a la hora de establecer los factores que debían tenerse en cuenta para llegar a dicha suma.

No obstante, independientemente de que puedan ser ciertas o no las objeciones que hacen los recurrentes a esa valoración probatoria, lo cierto es que no se demostró la existencia de errores aritméticos que permitan la prosperidad de la causal y, como lo ha dicho la jurisprudencia, "*(…) es improcedente que por vía de la corrección de un error aritmético se pretenda reformar o revocar el fallo o incluso modificar el monto de las condenas impuestas por el juez arbitral por la simple inconformidad que se tiene con la fórmula utilizada*"[159], razón por la cual este cargo no está llamado a prosperar.

[159] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de noviembre de 2014, expediente 51.304, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

5.7.4. Disposiciones contradictorias:

Este defecto se refiere a aquellas determinaciones del juez, contenidas en la providencia, que se excluyen y, por lo tanto, impiden su cumplimiento o ejecución simultánea, precisamente porque la una dice lo contrario de la otra, como cuando *"(…) una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento, o una ordena la reivindicación y la otra reconoce la prescripción extintiva, o una reconoce la obligación y la otra el pago (…)"*[160].

Al referirse la norma a disposiciones contradictorias, toda vez que la ley no las define específicamente, debe recurrirse a la definición general de esa expresión[161], por lo que se puede atender a la que trae el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, según la cual "contradicción" es el *"Conjunto de proposiciones que al oponerse recíprocamente se invalidan",* por lo que una expresión contradictoria viene a ser *"(…) cualquiera de dos proposiciones, de las cuales una afirma lo que la otra niega, y no pueden ser al mismo tiempo como verdaderas ni a un mismo tiempo falsas (…)"*[162].

Y, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación, "*(…) uno de los métodos más sencillos y efectivos para determinar si existe contradicción en la parte resolutiva de una providencia, es si el cumplimiento de alguna impide la ejecución de la otra, de manera que no sea posible ejecutar la orden judicial, como cuando se declara la responsabilidad de una de las partes y a la vez se le absuelve, o cuando se ordena pagar una suma de dinero y a la vez se dice que no debe hacerlo, o cuando se declara la caducidad de la acción y a continuación se indica que se demandó en tiempo.*"[163]

En principio, la contradicción que puede dar lugar a la configuración de la causal debe estar ubicada en la parte resolutiva de la sentencia, puesto que es la que

---

[160] Corte Suprema de Justicia, sentencia del 16 de agosto de 1973, reiterada en sentencia del 18 de agosto de 1998, expediente C-4851 (S-070-98).
[161] El artículo 28 del Código Civil establece que *"Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal".*
[162] https://dle.rae.es/
[163] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 20 de agosto de 2014, expediente 41.064, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

contiene las decisiones tomadas por el juzgador, susceptibles de ser cumplidas y ejecutadas, de tal manera que deben ser coherentes y complementarias las unas de las otras, para posibilitar en la práctica la materialización de los derechos definidos en la providencia. *"En otras palabras, se busca que lo resuelto por el laudo sea posible de materializar y no abarque órdenes contraevidentes que dificulten o disminuyan la eficacia del arbitraje como medio alternativo de solución de controversias"*[164]*.*

Sólo excepcionalmente, con los efectos perseguidos por la causal de anulación, esa contradicción se dará entre la parte motiva y la parte resolutiva del fallo, "*(…) como cuando existe en la parte resolutiva una remisión a una decisión adoptada en la parte motiva y las dos decisiones sean contradictorias entre sí*[165]*, o cuando se haga imposible prescindir de la parte motiva para hallar el sentido de la parte resolutiva*[166]*"*[167], pero, como lo ha sostenido la jurisprudencia, *"(…) nótese que la pluralidad de disposiciones contradictorias se encontrará finalmente en la parte resolutiva porque lo que en verdad ocurre es que ellas quedan incorporadas en un solo punto de la parte resolutiva toda vez que allí confluyen, de un lado, la que inicialmente contiene ésta y, de otro, la que luego ella trae por remisión"*[168]*.*

De otro lado, la causal no se presenta cuando los árbitros hubiesen valorado de forma contradictoria los medios de prueba del proceso[169]; tampoco permite que se revise el laudo para controvertir su parte motiva con base en el argumento de que incide en la parte resolutiva[170].

En efecto, lo anterior implicaría que el Consejo de Estado, en desarrollo del recurso de anulación, pudiera juzgar la valoración o la hermenéutica del tribunal de arbitraje tanto frente a las pruebas como al derecho positivo, lo cual deviene inadmisible a la

---

[164] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de enero de 2019, expediente 62476, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.
[165] [17] *"Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 2011 C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa"*
[166] [18] *"Consejo de Estado, Sección Tercera, 15 de mayo de 1992, exp. 5326".*
[167] Hernández Silva, Aida Patricia, en *"Recurso de Anulación de Laudos Arbitrales",* Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 340.
[168] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 30 de marzo de 2011, expediente 39496, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
[169] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de julio de 2002, expediente 22.195, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.
[170] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007, expediente 32.986, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

luz de la jurisprudencia decantada de la Corporación: *"(…) mediante este recurso no es posible impugnar el laudo por aspectos de mérito o de fondo, ni plantear o revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas o conclusiones adoptadas por el respectivo Tribunal"*[171].

Es claro entonces, a la luz de lo expuesto, que lo definitivo para la prosperidad de la causal en estudio, es que la contradicción que se presente en el laudo arbitral impugnado, de un lado, se advierta con la sola lectura de las disposiciones contrapuestas y no como resultado de las más o menos profundas interpretaciones que de ellas haga el recurrente y, de otro, que imposibilite la correcta ejecución de lo decidido en él.

Por último, basta con indicar que la prosperidad de la causal de anulación objeto de análisis no da lugar a la invalidación del laudo sino a su corrección, en los términos del inciso primero del artículo 43 del Estatuto Arbitral, que determina: *"[c]uando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, este se corregirá o adicionará".*

5.7.4.1. El caso concreto:

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones en torno a la naturaleza de las disposiciones contradictorias en el laudo, como causal de anulación del mismo, considera la Sala que, en el presente caso, los argumentos expuestos en los recursos, tendientes a sustentar este cargo, no son suficientes para demostrar su existencia.

En efecto, de haber ocurrido el hecho expuesto por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., consistente en que el Tribunal Arbitral, para unos efectos consideró que el epecista y la Concesionaria eran personas distintas y así mismo sus propios gastos, costos e inversiones, mientras que para otros eventos los tuvo como si fueran una sola parte, para restar los valores recibidos por ellas, en las cuentas que hizo para establecer el monto de las restituciones procedentes, tal hecho no representó una

[171] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 32.871, C.P Mauricio Fajardo Gómez.

contradicción de disposiciones que hiciera imposible dar cumplimiento a lo dispuesto en la parte resolutiva del laudo arbitral, y tan sólo denota la inconformidad de los recurrentes con el monto final que reconoció el Laudo Arbitral a favor de la Concesionaria, que consideraron muy inferior al que debió ser reconocido, atribuyendo tal diferencia a ese tratamiento "contradictorio", a su juicio, de las cuentas de la Concesionaria y su epecista.

Y, por más que los recurrentes aduzcan esa contradicción en la que incurrió el Laudo Arbitral, en realidad están refiriéndose a errores en la apreciación jurídica realizada por los árbitros en la parte considerativa del Laudo, por lo que resulta necesario reiterar en este punto que, independientemente del acierto o desacierto que pueda existir en las consideraciones de los árbitros, no le compete al juez del recurso analizar de fondo las decisiones arbitrales sometidas a su conocimiento, por cuanto no es una segunda instancia.

De acuerdo con lo anterior, surge con claridad que, en el presente caso, no se configuró el cargo aducido en contra del Laudo Arbitral con fundamento en la causal octava del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, por lo que será denegado.

5.7.4.2. Cambio de palabras:

Con fundamento en la misma causal, se alegó que en el Laudo Arbitral hubo un cambio de palabras que representó una alteración del sentido de la norma que debió aplicarse para efectos de determinar las restituciones a que había lugar, como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión, esto es, el parágrafo primero del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, pues mientras la norma se refiere al reconocimiento de los costos, gastos e inversiones ejecutados por el contratista, en el Laudo Arbitral se cambió la expresión, por los costos, gastos e inversiones *atribuibles* al contratista, lo cual condujo a una disminución en la liquidación del reconocimiento finalmente efectuado a favor de la Concesionaria, pues se desconocieron los gastos de la ejecución de las obras, por considerar que los mismos correspondían al epecista Episol.

Al respecto, observa la Sala que el hecho constitutivo de la causal de anulación se refiere a la omisión o un equivocado cambio de palabras o alteración de estas, como

cuando se incurre en un error al consignar los nombres de las partes, o cuando en la parte motiva se establece el reconocimiento de intereses moratorios y en la resolutiva se consigna la expresión intereses corrientes, o cuando se hace alusión a la condena de la parte actora, cuando ha debido ser la condena a la parte demandada, etc., pero que no alteran el sentido de la decisión de fondo, puesto que se trata de deficiencias de orden material, como sucede con los errores aritméticos, es decir, verdaderos *lapsus calami*[172]*,* contenidas en la parte resolutiva del Laudo o que influyan en ella.

Esta causal proviene de la consagrada en el estatuto procesal civil que, sin desconocer la intangibilidad de las sentencias, contempla la facultad del juez de corregir errores en las mismas, bien sea de índole aritmética o de naturaleza gramatical, es decir que no se trata de la posibilidad de modificar lo decidido, porque luego de proferida la providencia, halle el juez que se equivocó en las determinaciones adoptadas, por cuanto no es una oportunidad para corregir errores de fondo que se puedan haber cometido al tomar la decisión. Como lo dice el artículo 285 del C.G.P., la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció, pero puede ser aclarada cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda o, como lo establece el artículo 286 *ibídem,* puede ser corregida respecto de errores aritméticos y otros.

De la misma manera, consagrada como causal de anulación de los laudos arbitrales, ella exige que, en primer lugar, se haya puesto en conocimiento de los árbitros, para darles la oportunidad de corregir esos errores en los que pueden haber incurrido y, sólo si esto no sucede, podrán alegarse ante el juez del recurso, para que sea éste quien proceda a corregirlos.

Pero de ninguna manera pueden aducirse como errores susceptibles de corrección, aquellos que no son sólo de forma, es decir, errores tipográficos, sino verdaderas consideraciones de fondo, correspondientes a los análisis, interpretaciones, deducciones y conclusiones a las que han llegado los árbitros, luego de la valoración normativa y probatoria de la controversia sometida a su decisión.

[172] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de diciembre de 2004, expediente 26887, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

En el *sub-lite,* las alegaciones del recurrente en este cargo -Fiduciaria Corficolombiana S.A.-, apuntan a obtener que el juez del recurso revise el fondo de la controversia, mediante la constatación de las argumentaciones e interpretaciones legales expuestas por los árbitros en el Laudo Arbitral que, a su juicio, fueron equivocadas, al no considerar dentro de los costos, inversiones y gastos ejecutados por la Concesionaria, aquellos realizados por su epecista, por estimar que no le eran atribuibles a aquella.

Sin duda se trata de cuestionamientos sustanciales de la decisión arbitral, que no se limitan a evidenciar errores en la consignación de palabras, que puedan tener incidencia en la parte resolutiva, sino que intentan obtener por este medio la invalidación del Laudo que no satisfizo sus aspiraciones, como se deduce de la petición de que, como consecuencia de la causal alegada, se declare la nulidad del Laudo Arbitral impugnado, y en subsidio de lo anterior, que se anulen las decisiones Novena, Décima y Décima Primera de la parte resolutiva del Laudo -que contienen las disposiciones relativas a las restituciones ordenadas-, así como las partes que sirven de sustento a dichas decisiones, en concreto las contenidas en las páginas 647 a 693 del Laudo Arbitral, con olvido de que, tal y como lo establece el artículo 43 de la Ley 1563 de 2012, en caso de prosperar esta causal octava, no procede la anulación del Laudo sino su corrección o adición.

De acuerdo con lo expuesto, encuentra la Sala que el cargo aducido no se configuró y, por lo tanto, está llamado a ser desestimado.

6) Causal novena del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012: 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.

Esta causal fue aducida por Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, Itaú Corpbanca S.A., Bancolombia S.A., Fiduciaria Corficolombiana S.A. y Sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., quienes la sustentaron en los siguientes términos:

6.1. Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.[173]:

Sostiene la recurrente que el Tribunal, al decretar los reconocimientos derivados de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001 de 2010 y sus otrosíes, concedió más de lo pedido por la ANI –que había pedido en su demanda de reconvención que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, se declarara que lo único que debía reconocer a título de restituciones, correspondía a lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley 80 de 1993-, al haberse apartado del artículo 20 de la Ley 1882 y de la sentencia C-207 de 2019, pues *"únicamente podía decretar los reconocimientos con estricta sumisión a lo establecido en la norma y, conforme lo establece dicho artículo, cualquier reconocimiento que se conceda debe ser validado por el "interventor" o por un "tercero experto". No habiéndose hecho de esta manera, (…), el laudo debe ser anulado (…), por haber concedido más de lo pedido por la ANI",* al obligarla a pagar a la Concesionaria un valor muchísimo menor del que debía reconocerle. Explicó:

> *En el caso del CAPEX, el Tribunal se basó en el acuerdo de transacción para determinar el monto que debía ser descontado del valor que había presentado Duff & Phelps en su dictamen (p. 686). Por su parte, el OPEX lo determinó con base en el valor señalado en el dictamen pericial de BDO, pero expresando el valor en términos constantes para que dichos montos fueran comparables con el dictamen de Duff & Phelps (p. 687). Y, finalmente, en relación con los intereses, el Tribunal dedujo de su valoración un monto proporcional al que había sido afectado para valorar el CAPEX y el OPEX.*
>
> *De lo anterior, resulta claro que, para decretar las restituciones, el Tribunal no solo no tomó en cuenta las validaciones efectuadas por el experto, esto es, Duff & Phelps -siendo necesarias, de acuerdo con el artículo en mención-, sino que, habiéndose descartado el documento aportado por el Interventor del contrato (p. 86), no existía otra forma como el Tribunal pudiera validar los montos de los reconocimientos. Por tanto, el Tribunal debía sujetarse exclusivamente a lo presentado en el dictamen de Duff & Phelps.*
>
> *Además, el Tribunal tampoco dio aplicación a lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-207 de 2019. En efecto, el Tribunal no tuvo en cuenta que en su labor de determinar el monto de los reconocimientos –insisto, luego de la validación por parte de un tercero experto-, las deudas adquiridas con terceros de buena fe debían tener prelación. En efecto, como antes se explicó, el Tribunal ajustó todos los valores, sin una justificación legal para hacerlo, en perjuicio de mi representada y de los terceros acreedores de buena fe, pues las deudas, pese a haberse adquirido para la financiación del proyecto, no van a ser satisfechas con las sumas decretadas. Por supuesto, todo ello resultó en una concesión, por parte del Tribunal, de más de lo pedido en favor de la ANI.*

[173] F. 215 vto., c. Recursos

> *En realidad, el hecho de que el Tribunal no hubiese direccionado, con apego al artículo 20 de la Ley 1882 y a la sentencia C-207 de 2019, los reconocimientos para el pago de terceros acreedores de buena fe, simplemente genera un enriquecimiento sin causa a favor del Estado, representado en este caso por la ANI, pues los dineros se encuentran plenamente invertidos en la infraestructura entregada a la entidad contratista* (sic).

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se declare la nulidad de las decisiones Novena, Décima y Décima Primera de la parte resolutiva del Laudo y los fundamentos que les sirvieron de sustento y que, en consecuencia, en los términos del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012, se corrijan o adicionen tales decisiones, ordenando las restituciones mutuas o reconocimientos con fundamento en el dictamen pericial decretado de oficio y rendido por Duff & Phelps.

6.2. Itaú Corpbanca Colombia S.A.[174]:

Esta causal se fundó en el hecho de que el Laudo decidió sobre aspectos que no fueron solicitados por las partes ni por los coadyuvantes o sujetos procesales especiales que intervinieron en el proceso, por lo que se vulneró en forma manifiesta el principio de congruencia exigido a las decisiones arbitrales. Tales aspectos, adujo el recurrente, fueron los atinentes a la forma en la que se debían distribuir los reconocimientos derivados de la declaración de nulidad del Contrato de Concesión, contenidos en los numerales Décimo y Décimo Primero de la parte resolutiva del Laudo que, al ser comparados con las pretensiones y excepciones propuestas por las partes, permiten evidenciar que tales pronunciamientos no fueron pedidos.

Además, con dichas determinaciones, el Tribunal decidió sobre obligaciones de contratos diferentes al Contrato de Concesión y se refirió a acreencias de personas que, incluso, pudieron no haber intervenido en el proceso.

Reiteró que fue equivocada la aplicación que hizo el Tribunal de Arbitramento de la Sentencia C-207 de 2019, pues en ella la Corte se refirió al deber del juez del contrato estatal, en caso de declaratoria de nulidad absoluta del contrato, de dirigir las restituciones en la forma establecida en la Ley 1882 de 2018 teniendo en cuenta que dichos recursos sólo podían entregarse a los acreedores de buena fe del

[174] F. 56, c. Recursos.

contratista; pero se debía considerar que, tratándose del arbitraje, el Tribunal no podía vincular forzosamente a quienes no consintieron en él ni fueron citados como Parte, y al tomar las decisiones cuestionadas, los terceros acreedores de la Concesionaria y entre ellos la recurrente, no tuvieron oportunidad de discutir el orden de prelación establecido en el Laudo o de aportar información que modificara dicho orden. Los acreedores coadyuvantes, por esta misma condición, estaban limitados por el interés y las actuaciones de la Concesionaria y no contaron con la oportunidad de pronunciarse acerca de la distribución de los reconocimientos después de la eventual declaratoria de nulidad del Contrato. *"Las entidades bancarias no podían formular pretensiones independientes, no pudieron solicitar pruebas ni intervenir con todos los derechos de una parte de contradicción, y simplemente estuvieron sometidas al estado del proceso cuando decidieron intervenir y a las actuaciones que la Concesionaria decidía ejercer según sus propios intereses y no los de los terceros coadyuvantes",* por lo que es latente la vulneración del debido proceso y al derecho de defensa de Itaú.

6.3. Bancolombia S.A.[175]:

El recurrente adujo que la causal se configuró por haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, ya que en el ordinal Décimo Primero de la parte resolutiva, el Tribunal de Arbitramento le ordenó a la ANI realizar el pago de la suma señalada en dicho aparte del Laudo, y agregó que la entidad debía *"direccionar los recursos hacia terceros de buena fe, en los precisos términos expuestos y en el orden estrictamente fijado en la parte motiva de esta providencia",* en la que dispuso:

> *Como quiera que el Tribunal declaró probadas unas sumas económicas que la ANI debe asumir, procederá a indicar el orden al cual debe atenerse la entidad oficial para satisfacer la prestación a su cargo, así:*
>
> *Con los saldos de la Fiducia disponible a favor de la ANI en las cuentas y subcuentas del patrimonio autónomo creado por virtud del Contrato de Fiducia:*
>
> *1. Obligaciones laborales*
> *2. Obligaciones fiscales y/o impuestos*
> *3. Obligaciones con proveedores de la Concesionaria Ruta del Sol, con excepción de sus vinculados Económicos y de Consol, según el cuadro anexo.*
> *4. Obligaciones financieras, a cada banco, en la proporción que a cada uno le corresponde sobre el total de las acreencias*

[175] F. 293, c. Recursos.

Manifiesta el recurso que a pesar de que el Tribunal adujo estar dando cumplimiento a lo señalado en la Sentencia C-207 de 2019, en esta no se dijo que le correspondiera al juez de la anulación del contrato graduar los créditos de los terceros de buena fe a los que debe destinarse el pago de las restituciones, o establecer prelaciones para efectuar dichos reconocimientos.

Esa decisión no le correspondía tomarla al Tribunal, cuya competencia provino del pacto arbitral, del que no hizo parte Bancolombia, "*quien intervino en el proceso en la restringida calidad de tercero coadyuvante, con las limitaciones que ello supone y respecto de cuyos derechos, por ende, el Tribunal no estaba en posibilidad de decidir con efectos de cosa juzgada, dado que no había esta formulado ni pretensiones ni excepciones propias".*

Reiteró que los efectos del Laudo no se le podían extender a Bancolombia con alcance de cosa juzgada, por cuanto no fue vinculada al trámite como adherente al pacto arbitral.

Advirtió que el mismo Tribunal, en el Laudo, reconoció, refiriéndose a los contratos de crédito celebrados por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. con los diferentes bancos, que *"Respecto de los contratos coligados este Tribunal no tiene competencia alguna",* lo cual reiteró en el auto en el que resolvió las solicitudes de aclaración del Laudo, en las que nuevamente indicó que no tenía competencia para resolver sobre las relaciones que pudiera tener la Concesionaria con sus contratistas y, en general, con sus acreedores, entre ellos los bancos, que no fueron ni demandantes ni demandados en el proceso.

6.4. Fiduciaria Corficolombiana S.A.[176]:

Esta causal, fue planteada por la recurrente en concordancia con la causal segunda del artículo 41 de la Ley 1563 de falta de jurisdicción o de competencia, para lo cual el recurrente sostuvo que el Laudo resultó determinando el monto de los bienes fideicomitidos, sin que el Patrimonio Autónomo hubiera habilitado a los árbitros para tomar esa decisión, pues *"(…) en ningún momento el Patrimonio Autónomo decidió*

[176] F. 331, c. Recursos

que dichos asuntos fueran decididos por los árbitros, de manera que nunca aceptó anticipadamente sujetarse a lo que se decidiera en el Laudo Arbitral. Pese a ello, el Laudo Arbitral decidió sujetarlo a lo allí resuelto".

Afirmó que ninguna habilitación hizo el Patrimonio Autónomo para que el Tribunal de Arbitramento decidiera sobre sus acreencias o sobre un orden de pago y, en general, en relación con nada relacionado con sus derechos, *"con lo cual se pone en evidencia que el Tribunal carecía por completo de competencia para decidir lo que decidió frente al Patrimonio Autónomo y frente a los Bancos".*

Sólo a través del pacto arbitral se otorga competencia a los árbitros para pronunciarse, con efectos de cosa juzgada, sobre un asunto. Y, en el presente caso, ni la recurrente ni los Bancos ni, en general, los acreedores de la Concesionaria, habilitaron a los árbitros para tomar las decisiones contenidas en los numerales Noveno, Décimo y Décimo Primero de la parte resolutiva del Laudo Arbitral. Agregó que:

> *Como no se integró el contradictorio después de proferida la Sentencia C-207 que estableció cargas especiales para el juez de un contrato APP o de concesión cuya nulidad se solicita, y el Patrimonio Autónomo no se adhirió a la cláusula arbitral, (…) se terminó dictando un Laudo Arbitral que hace tránsito a cosa juzgada en frente del Patrimonio Autónomo y de los Bancos garantizados pero sin haber sido llamados al juicio y sin que se adhirieran a la cláusula arbitral, y por ende atribuyeran jurisdicción y competencia al Tribunal de Arbitramento para determinar la cuantía de los Bienes Fideicomitidos del Patrimonio Autónomo, menos un orden de pago de las acreencias, que en todo caso es contrario a lo dispuesto en el Contrato de Fiducia".*

En consecuencia, el recurrente consideró que, al haberse pronunciado el Laudo Arbitral sobre i) la definición de los bienes fideicomitidos sin la participación del titular de los mismos y ii) la determinación del orden de prelación de los acreedores del Concesionario, se configuró la causal 9ª de anulación del laudo arbitral.

6.5. Sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.[177]:

Esta recurrente adujo que el cargo en estudio se configuró por haber recaído el Laudo sobre aspectos no sujetos a decisión de los árbitros, en virtud de dos pronunciamientos del Tribunal de Arbitramento:

[177] F. 415, c. Recursos.

6.5.1. El Tribunal declaró oficiosamente la nulidad absoluta del Contrato de Concesión, de sus otrosíes y demás contratos modificatorios y de manera independiente, de los Otrosíes 3 y 6. *"No obstante, la facultad oficiosa del Tribunal para realizar tales manifestaciones había fenecido y, por ende, no podía pronunciarse en tal sentido".*

6.5.2. El Tribunal se pronunció sobre aspectos que, en consideración a lo expuesto respecto de la caducidad, no le era viable pronunciarse.

Manifestó el recurrente, que no se le podía exigir haber recurrido el auto en el que el Tribunal se declaró competente, para poder controvertir pronunciamientos oficiosos en el Laudo, pues ello *"(…) no sería más que una imposición irreflexiva y una carga de imposible cumplimiento",* por cuanto no es posible preverlos.

Al sustentar la causal, sostuvo que el Tribunal de Arbitramento no podía declarar la nulidad absoluta del Contrato de Concesión, ya que había operado la caducidad de la acción frente a esa pretensión; y que los árbitros sólo pueden hacer uso de esa facultad oficiosa, si la acción no ha caducado. Y adujo como precedente judicial una sentencia de la Sección Tercera[178], en la que se sostuvo que para declarar nulo un contrato estatal, a petición de parte o de oficio, el actor debe demandar en tiempo. Es decir, la caducidad no puede haber operado para declarar oficiosamente la nulidad. Explicó que esa fue la *ratio decidendi* en la referida sentencia*,* por lo que resulta aplicable al presente caso, por ser igual, al existir analogía fáctica y jurídica entre los dos casos resueltos, ya que allí el tribunal de arbitramento declaró oficiosamente la nulidad del contrato, a pesar de que la demanda se había presentado cuando ya había operado la caducidad de la acción.

Agregó el recurrente que, a pesar de no ser una sentencia de unificación jurisprudencial, no existen razones para desconocer el precedente judicial. Y que debía tenerse en cuenta, además, que "*las demandas presentadas por la Concesionaria fueron radicadas con fecha del 5 de agosto de 2015. En ese momento ya había operado la caducidad -14 de enero de 2015-, tornando imposible*

[178] Sentencia del 3 de diciembre de 2018, expediente 60716, C.P. Guillermo Sánchez Luque.

alegar y/o declarar, a solicitud de parte o de oficio, la nulidad absoluta del Contrato de Concesión".

Se refirió así mismo, al haber recaído el laudo sobre la legalidad del acto administrativo de adjudicación -Resolución 641 de 2009-, pues si bien evita referirse a ello de manera expresa, lo cierto es que la declaratoria de nulidad del Contrato de Concesión se fundó en aspectos relativos al proceso de selección y que versan sobre la legalidad de la adjudicación a favor de la Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., aunque, ni las pretensiones ni el Auto 63, mediante el cual el Tribunal se declaró competente para conocer de la controversia, se refirieron a la legalidad del referido acto.

El Tribunal se equivocó al estimar que no era necesario demandar independientemente el acto de adjudicación, pues una vez celebrado el contrato sólo era posible discutir la legalidad del mismo a través de la acción de controversias contractuales, toda vez que, a juicio del recurrente, eso fue así en vigencia del C.C.A., pero en el *sub-lite,* la norma aplicable era el artículo 141 del CPACA, que establece que los actos precontractuales podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 del mismo Código, esto es, a través de los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, y lo que resulta posible es, entonces, la acumulación de estos medios de control con el de controversias contractuales. *"De lo contrario, al no atacar la validez del acto administrativo, este quedará en firme sin que sea desvirtuada su presunción de legalidad y, en consecuencia, no podrán presentarse como motivos de nulidad del Contrato las causales de nulidad del acto administrativo".*

En el presente caso, el Tribunal de Arbitramento fundó la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión por objeto y causa ilícitos así como por desviación de poder, sobre irregularidades en el proceso de licitación y la ilegalidad de la decisión de adjudicación, que no fue demandada. Por lo anterior, para el recurrente el Tribunal Arbitral se pronunció sobre un aspecto no sujeto a su decisión y, por lo tanto, debe ser anulado.

6.6. Oposición de la Agencia Nacional de Infraestructura[179]:

6.6.1. En relación con el recurso de anulación de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.:

La ANI sostuvo sobre esta causal 9ª, sustentada por la recurrente en que el Tribunal concedió más de lo pedido por la convocada porque los reconocimientos económicos del Laudo fueron calculados sin atender lo establecido en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, que lo que emergía del cargo era una inconformidad con el fondo de la decisión, pero no una incongruencia *ultra petita,* ya que lo que se cuestiona en el recurso no es que se haya impuesto una condena que no estuviese reflejada en las pretensiones de la demanda, sino la forma como el Tribunal entendió el artículo 20 de la Ley 1882 y como valoró la prueba pericial, de manera conjunta con las demás pruebas.

6.6.2. Frente al recurso de anulación de Odebrecht Latinvest Colombia:

En relación con esta causal 9ª, la ANI reiteró que el Tribunal declaró la nulidad absoluta del contrato y dispuso los reconocimientos económicos consecuenciales dando aplicación al artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y con base en las pruebas recaudadas, de acuerdo no sólo con lo pedido en la demanda de reconvención reformada, sino con el marco de la competencia del Tribunal que fue delimitado en la primera audiencia de trámite y con lo que fue debatido y discutido a lo largo del proceso arbitral, por lo que no se puede afirmar que el laudo se pronunció sobre asuntos no sujetos a la decisión de los árbitros.

Agregó que no es cierto que el Tribunal haya declarado la nulidad de un acto administrativo como lo es la resolución de adjudicación. La ley -artículo 141 del CPACA- establece que una vez celebrado el contrato, cuando se adviertan vicios en la etapa precontractual o haya reproches a los actos precontractuales que afecten su validez, el mismo debe demandarse en ejercicio del medio de control de controversias contractuales. Al respecto, hizo alusión a la solicitud de declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001 de 2010 presentada por la Procuraduría General de la Nación, fundada en los actos de corrupción ocurridos dentro de la

[179] F. 604, c. Recursos.

licitación pública y la adjudicación del contrato, hecho que, incluso, la parte convocante y sus socios aceptaron, como se desprende de su conducta procesal, pues a lo largo del proceso renunciaron a la defensa de la validez del negocio jurídico y abandonaron sus peticiones iniciales sobre controversias contractuales, realizando esfuerzos probatorios encaminados única y exclusivamente a debatir lo relacionado con las consecuencias económicas de la nulidad.

6.6.3. En relación con los recursos de Bancolombia S.A. y Fiduciaria Corficolombiana S.A.:

La ANI indicó que la argumentación se dirige a sostener que el Laudo Arbitral, al haber efectuado los reconocimientos derivados de la nulidad del Contrato de Concesión, se pronunció sobre aspectos no sometidos a su decisión: i) la composición de los bienes fideicomitidos sin antes haber citado o notificado al patrimonio autónomo y ii) la forma o direccionamiento de los pagos a los terceros, sobre lo cual manifestó que *"*[l]*a habilitación de los árbitros proviene de las partes del contrato y no de terceros, aun cuando éstos tengan algún tipo de vinculación con las partes",* y que, en el presente caso, *"(…) la creación del patrimonio autónomo, por demás accesoria e instrumental al contrato y a sus obligaciones, es cuestión que cae dentro del ámbito y la competencia del Tribunal por cuanto la misma emana de la Cláusula Compromisoria en donde se previó que* 'Toda controversia relativa o diferencia relativa a este contrato (…)' *sería objeto de conocimiento y resolución por parte del Tribunal".* Y, de esta forma, las decisiones del Tribunal recayeron sobre situaciones directamente relacionadas con el Contrato de Concesión, incluyendo lo concerniente a los recursos destinados a la ejecución del proyecto, por lo que no le asiste razón al recurrente que, en su condición de fiduciaria o fideicomiso en administración, no ostenta la calidad de parte del contrato, *"no siendo por ello necesaria su habilitación".*

Por último, en cuanto al orden o direccionamiento de los recursos reconocidos en el Laudo, cuya destinación son los terceros de buena fe, la ANI sostiene que el argumento se orienta a debatir la interpretación que del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 realizó el Tribunal, al considerar que en ninguna parte de la Sentencia C-207 de 2019 la Corte Constitucional ordenó hacer una prelación de créditos, es decir que se cuestionan los fundamentos jurídicos del Laudo Arbitral, *"pues reprocha la*

interpretación y las facultades del juez al momento de fijar el alcance de una disposición normativa y aplicarla a un caso concreto". Y agregó la ANI que, en todo caso, en virtud del principio *iura novit curia,* le corresponde al juez dar aplicación a la prelación de créditos del régimen general del Código Civil o alguno otro que le sea equivalente o lo desarrolle.

6.7. Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado[180]:

6.7.1. En relación con el recurso interpuesto por la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. -CRDS-:

La Agencia consideró que, si bien el recurrente adujo que el Tribunal había concedido a favor de la ANI más de lo pedido, no especificó qué, cómo o cuánto, además de que la ley no establece un quantum a las restituciones que ordena como consecuencia de la declaratoria de nulidad de un contrato, *"ni un alcance predefinido frente al cual el Tribunal pudiese enmarcar unas pretensiones y fallas sobre ellas …",* pues lo que ordena la ley es que decretada la nulidad, el juez o el liquidador del contrato entren a valorar unos reconocimientos relacionados con los costos, inversiones y gastos del proyecto y, a partir de estos, junto con la valoración de los ingresos y remuneraciones del concesionario, determinar si hay lugar o no a restituir o reconocer algo en la liquidación de un proyecto. Por lo que ***"el mero desacuerdo del recurrente con las conclusiones y/o determinaciones del Laudo no es fundamento para argumentar que el laudo concede más de lo pedido",*** *porque en realidad la ANI no efectuó pedimento alguno, ni monto, ni cifra, ni concepto con especificidad…",* solo la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, con las consecuencias de ley.

Agregó que, contrario a lo afirmado por el recurrente, en cuanto afirmó que el Laudo no fue armónico con las pretensiones, excepciones y límites del pacto arbitral, y con la Constitución y la ley, el Laudo lo fue con la decisión de declarar la nulidad absoluta del contrato, por lo que las pretensiones y excepciones de la controversia contractual inicialmente planteada, pasaron a un segundo plano.

[180] F. 473 a 528, c. ppl. de Recursos.

6.7.2. Frente al recurso propuesto por Bancolombia S.A.:

Recordó la Agencia que Bancolombia fundó este cargo en el hecho de que el Tribunal de Arbitramento procedió a *"(…) direccionar los recursos hacia terceros de buena fe",* en los precisos términos de la parte motiva del Laudo Arbitral, determinación que encontró acertada, puesto que con ella *"(…) lo que estaba garantizando era que la SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. no dispusiera libremente de los recursos que ingresarían al fideicomiso y los destinara a fines o pagos distintos a los que debía hacer a sus acreedores. Sólo así garantizaría que con los saldos a favor del Concesionario que quedaban remanentes en la fiducia se atendieran los pagos pendientes de los que el único deudor era el demandante".*

Para la Agencia, esa decisión no fue caprichosa y estuvo dirigida a que los terceros como Bancolombia, en la proporción de los recursos disponibles en el patrimonio autónomo, pudieran recuperar sus acreencias, porque de no haber sido así, el Concesionario habría sido libre de disponer de los saldos antes de satisfacer sus deudas con todos los terceros. Con ello, Bancolombia *"(…) podrá recuperar en función de los recursos existentes en el patrimonio autónomo la proporción de su crédito, conservando aún la acción ejecutiva contra su deudor, la sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.".*

Agregó que, si bien la competencia de los árbitros deviene del pacto arbitral, también es cierto que, al emitir el Laudo, los árbitros dieron cumplimiento a la Ley 1882 de 2018 y a la sentencia C-207 de 2019, la cual, claramente indicó que la autoridad competente para declarar la nulidad del contrato, en materia de restituciones, debe dirigir los recursos para garantizar el pago de las obligaciones con los acreedores de buena fe del contratista.

Por otra parte, adujo que no es cierto que el Laudo Arbitral tenga efectos de cosa juzgada frente a Bancolombia S.A., quien por demás contaba con la acción ejecutiva derivada de los pagarés y demás garantías otorgadas por el deudor a su favor.

6.7.3. Sobre el recurso de anulación de Itaú Corpbanca Colombia S.A.:

Para la Agencia, es cierto que el Laudo recayó sobre asuntos no pedidos en la demanda reformada, puesto que, en razón de lo debatido y probado, el Tribunal Arbitral declaró la nulidad absoluta del contrato, por lo que no había lugar a lo primero, sino a dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

6.7.4. En relación con el recurso de anulación de Fiduciaria Corficolombiana S.A.:

Afirmó la Agencia que, según la recurrente, no se integró en debida forma el contradictorio a partir de la Sentencia C-207 de 2019 y que el proceso se siguió a espaldas del patrimonio autónomo, lo cual, a juicio de la Agencia, resulta equivocado, ya que, de un lado, a la primera audiencia de trámite en la que el Tribunal asumió su competencia, asistió el señor Bernardo Noreña Ocampo en su condición de presidente de Corficolombiana, la secretaria general de Corficolombiana, el gerente jurídico del Grupo Aval, el director jurídico de la Organización Sarmiento Angulo y otras personalidades de ese conglomerado económico, por lo que resulta indiscutible que todos estos partícipes sabían de la existencia del proceso, en el que decidieron participar tardíamente. Y, de otro lado, una vez entró a participar como coadyuvante, Fiducorficolombiana presentó las pruebas que consideró pertinentes, participó activamente en la prueba que se desarrolló respecto del dictamen pericial, solicitó aclaraciones y complementaciones al mismo, y presentó alegatos de conclusión, sin que en ninguna de sus actuaciones hubiera solicitado i) que se le citara para adherir al pacto arbitral y ii) que se definieran los bienes fideicomitidos, circunstancias que ahora argumenta como suficientes para estructurar la causal 9ª de anulación del Laudo Arbitral -art. 41, Ley 1563 de 2012-, *"en contravía de su conducta procesal, del saneamiento procesal de nulidades que se surtió en el trámite y de lo que solicitó en los alegatos de conclusión".*

6.7.5. Respecto del recurso de anulación presentado por la sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.:

Sobre el cargo de haber recaído el Laudo sobre declaraciones de oficio que no podían realizarse, consistente, según el recurrente, en que el Tribunal no tenía

facultad para declarar, de un lado, la nulidad absoluta del contrato, sus otrosíes y documentos modificatorios y de otro, de los otrosíes 3 y 6, la Agencia sostuvo que se trataba de un argumento inocuo, pues al declararse la nulidad absoluta del contrato, sus otrosíes lo serían de manera instantánea, pues al ser contratos accesorios, no podrían subsistir sin el principal.

Sobre las razones esgrimidas por el recurrente para no haber impugnado el auto de asunción de competencia, la Agencia manifestó que el Tribunal citó a las sociedades Odebrecht para que manifestaran su interés para hacer parte del proceso y que estas resolvieron dejar su intervención para hacerla tardíamente, y atacar el proceso con toda clase de incidentes y solicitudes de nulidad que resultaron fallidas, por lo que entendieron que la nulidad del contrato era una buena opción para obtener reconocimientos de orden económico y, en consecuencia, participaron en el suministro de información parcializada que soportara la posibilidad de obtener réditos del ilícito que crearon.

En cuanto a la afirmación de que la nulidad del contrato lo fue ocultamente del acto de adjudicación, consideró que esto desconocía todos los considerandos del Laudo y de la prueba penal, *"que envuelven toda clase de actos de corrupción desde la presentación de la oferta hasta la suscripción del último otrosí anulado; de manera que es falso que la nulidad del Contrato 001 de 2010, haya recaído sobre el acto de adjudicación".*

Así, para la Agencia *"(…) la nulidad declarada del contrato, no solo se fundamentó en la coima confesada por el corrupto, admitida por el socio y sustentada por los demás actores que comparecieron en el proceso, sino que se extendió en su ejecución y particularmente con la obtención de las modificaciones que empezaron a fraguar desde el año 2012 (…)".*

6.8. Concepto del Ministerio Público[181]:

Luego de resumir los cargos de los recurrentes fundados en esta causal, y de plantear los contornos normativos y jurisprudenciales de la misma, el Agente del Ministerio Público consideró:

[181] F. 591 vto., c. Recursos.

En relación con el desapego del Tribunal respecto del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, por cuanto para el recurrente era necesaria la validación de los montos por el interventor o un tercero, circunstancia que, según aquel, implicó un reconocimiento mayor que el permitido a la ANI, el Procurador consideró que no se trataba de una incongruencia del fallo, sino de una discusión en torno a la interpretación del contenido y alcance de la referida norma, *"(…) y, por lo mismo, de un posible error* in judicando, *que escapa a la órbita competencial del juez de la anulación".*

En relación con el argumento de que el Tribunal Arbitral ejerció facultades oficiosas para la declaratoria de nulidad del contrato sin contar con competencia para ello, pues ya se encontraba caducada la acción, el agente del Ministerio Público remitió a las consideraciones expuestas en relación con la pretendida caducidad de la acción, por lo que pidió desechar la presente causal, fundada en este hecho.

Adujo que uno de los recurrentes alegó que el Tribunal se pronunció sobre la legalidad de la Resolución 641 de 2009, por medio de la cual se adjudicó el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, pues fueron los vicios de tal acto los que determinaron la nulidad del contrato, y que por lo tanto se debieron acumular los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho y el de controversias contractuales para que resultara procedente la declaratoria de dicha nulidad del contrato por objeto o causa ilícita determinada por actos de corrupción, argumento frente al cual el Ministerio Público consideró que el mismo obedece a una interpretación equivocada del artículo 141 del CPACA, ya que si el contrato ya se ha celebrado, debe ejercerse el medio de control de controversias contractuales, al margen de que el defecto de invalidez esté determinado en la etapa de formación del contrato. Y que, en cualquier caso, el Tribunal ejerció de oficio las facultades de anulación que le fueron atribuidas por el ordenamiento jurídico, por lo que la causal está llamada al fracaso.

Sobre el argumento de varios recurrentes que intervinieron en calidad de coadyuvantes, consistente en que las decisiones adoptadas con relación a los pagos a terceros de buena fe y, en general, frente a los recursos del proyecto, hicieron tránsito a cosa juzgada respecto de ellos y por lo mismo el laudo debe ser anulado, el Procurador precisó:

En primer lugar, que en el Laudo se dejó claro que existían contratos coligados (entre los que se cuentan el contrato de fiducia para la administración de los recursos del proyecto y los contratos celebrados con las entidades bancarias para asegurar la financiación del proyecto) respecto de los cuales no podría tomar ningún tipo de determinación, y así fue, ya que decidir que la ANI debe realizar unas restituciones al Concesionario para que éste las destine al pago de su pasivo externo con terceros de buena fe, no comporta una definición sobre la relación crediticia entre aquel y su co-contratante, y la situación de terceros de buena fe solo importó para efectos de realizar las restituciones al Concesionario, pero no con miras a alterar la relación negocial que los vincula con este último.

Así, "*(…) la calidad que tenga alguna de las instituciones financieras de acreedor de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., amparada con una garantía mobiliaria, no muta por cuenta del laudo arbitral"* ni por la prelación de terceros de buena fe que se hizo*, "(…) pues tanto su crédito, como su garantía, se encuentran incólumes por cuenta de la decisión adoptada, y en consecuencia, podrán perseguir el patrimonio de su deudor para el pago de las deudas a su favor",* y considerar que el Estado debía asumir la totalidad de las deudas del Concesionario resulta improcedente y atentatorio del interés y el patrimonio público, además que desconoce principios contractuales básicos, como el de la relatividad del negocio.

En segundo lugar, no se reúnen los presupuestos para predicar la cosa juzgada frente a los terceros de buena fe destinatarios de los recursos objeto de restitución por cuenta del Laudo impugnado, pues tales coadyuvantes pueden adelantar procesos que tengan por objeto la definición de la relación contractual que los vincula con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en tanto que el Laudo Arbitral tuvo por objeto el Contrato de Concesión 001 de 2010; la causa será diferente, pues se referirá a los impagos de las obligaciones del Concesionario, mientras que este proceso tuvo por causa, entre otros aspectos, los vicios de nulidad del Contrato de Concesión; y tampoco existiría identidad de partes, pues la ANI no es ni será deudora de los terceros, ya que no existe ningún vínculo negocial entre ellos. Por todo lo anterior, no se da la pretendida cosa juzgada y, en consecuencia, no procede la causal alegada con base en la misma.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Ministerio Público se opuso en su integridad a los recursos de anulación formulados y solicitó que los mismos sean desestimados.

6.9. Consideraciones de la Sala:

La causal alegada, correspondiente a la enlistada en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012: *"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",* tiende a verificar que se respete el principio de congruencia en el laudo arbitral, consagrado para todas las sentencias en el artículo 281 del C.G.P.[182], "*(…) el cual atañe con la consonancia que debe existir entre la sentencia y los hechos y pretensiones aducidos en la demanda (…), que garantiza el derecho constitucional de defensa del demandado, quien debe conocer el terreno claro de las imputaciones que se le formulan en contra. El juez, salvo los casos de habilitación ex lege, en virtud de los cuales se le faculta para adoptar determinadas decisiones de manera oficiosa, no puede modificar o alterar los hechos ni las pretensiones oportunamente formulados, so pena de generar una decisión incongruente"*[183].

Lo que implica que, en la decisión, los árbitros deben atender y atenerse a lo que fue específicamente pedido en la demanda y propuesto en las excepciones, sin desbordar las pretensiones que le fueron elevadas, condenando por algo que no fue solicitado (fallo *extra petita)* o por cantidad superior a la pedida (fallo *ultra petita),* o dejando de resolver alguna cuestión sujeta a su decisión *(fallo infra o citra petita)*.

---

[182] *"**ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS.** La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. // No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta. // Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último. // En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio (…)".*

[183] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 1° de marzo de 2006, expediente 15.898, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

Lo anterior, sin dejar de lado el hecho de que, cuando se trata de un laudo arbitral, la congruencia también está enmarcada por los límites constitucionales y legales dispuestos para el ejercicio de la competencia arbitral, así como por la manifestación de voluntad de las partes, al acordar someter a la decisión de los árbitros ciertas y determinadas controversias –presentes o futuras-, plasmadas en el pacto arbitral celebrado por ellas, al suscribir el contrato que contiene cláusula compromisoria -en virtud de la cual las diferencias que llegaren a surgir con ocasión del negocio jurídico, en la extensión que allí se determine, serán resueltas por un tribunal de arbitramento-, o al celebrar el compromiso, para someter a decisión arbitral una controversia concreta surgida entre las partes. Es decir que la actuación del Tribunal de Arbitramento está enmarcada por la Constitución Política, la ley, el pacto arbitral, la demanda y su contestación.

Para verificar el cumplimiento del principio de congruencia en el laudo arbitral, en el ámbito del recurso de anulación, resulta necesaria una comparación entre lo decidido por el tribunal de arbitramento y la relación jurídico-procesal, es decir lo planteado por las partes como litigio sometido a su decisión, sin que tal disonancia pueda consistir en el hecho de que la cuestión haya sido considerada por el juzgador, de una manera diferente a la que una de las partes litigantes considera la correcta, o en que se haya abstenido de decidir con los puntos de vista expuestos por alguna de ellas, ya que la mencionada causal no permite entrar en el fondo de la decisión.

Por otra parte, cuando se alega que el tribunal de arbitramento concedió más de lo pedido, se está afirmando la existencia de un fallo *ultra petita,* es decir que en él se ha otorgado cuantitativamente un monto superior al pedido en la demanda.

Y el fallo es *extra petita,* cuando en el laudo arbitral se decide sobre puntos no sometidos al litigio, análisis que implica establecer el alcance de las pretensiones, de la *causa petendi* y de las excepciones propuestas, así como considerar las facultades de todo juez en la resolución de las controversias, entre las que se hallan las oficiosas, que le imponen resolver ciertas cuestiones, así no hayan sido propuestas por las partes[184], y tener en cuenta que no se puede calificar de *extra*

[184] Cuestiones como i) la declaratoria de las excepciones que encuentre probadas y no sean las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deben ser alegadas; ii) frente a los presupuestos

petita un fallo, en el que el juez ha declarado un hecho *"(…) que si bien no fue alegado expresamente por las partes, aparece debidamente demostrado en el proceso y resulta como consecuencia legal de lo solicitado (…)"* [185]*.*

Se alude a la *causa petendi,* como materia del análisis conjunto que se debe efectuar para corroborar la congruencia del laudo, por cuanto tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia, *"(…) la comparación que se efectúe no puede limitarse al examen del capítulo propiamente dicho de las pretensiones, sino que resulta necesario estudiar la causa petendi, teniendo en cuenta que aquellas están fundamentadas en unas razones de hecho que son las circunstancias de las que se pretende deducir lo que se pide; debe entonces el juzgador analizar la demanda en su conjunto, para extraer de ella las afirmaciones del demandante que sirven de basamento a las pretensiones (…)"*[186]*.*

6.9.1. *Fallo ultra petita:*

Descendiendo al caso concreto, observa la Sala que, según uno de los argumentos aducidos con fundamento en la causal en estudio, el Tribunal en el Laudo Arbitral concedió más de lo pedido por la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, porque esta entidad lo que solicitó fue que se decretaran, como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión, las restituciones mutuas, en los términos del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 y esto fue lo que debió reconocer, pero aplicando estrictamente para ello, así mismo, el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y la Sentencia C-207 de 2019. Pero que, al haberse apartado de lo dispuesto en éstos, resultó ordenando unas restituciones mucho menores a las que había lugar a reconocer, con lo cual concedió más de lo pedido por la ANI.

Al respecto, se observa que, en la sustentación de este cargo, lo que se cuestiona nuevamente es la interpretación y aplicación que de la ley hizo el Tribunal de Arbitramento, a la hora de establecer el monto de las restituciones mutuas surgidas de la decisión anulatoria del contrato, insistiendo en que incumplió con la validación

---

procesales, que tocan con la validez formal del proceso y su ausencia puede conducir a fallos inhibitorios; iii) asuntos que afecten el orden público, como la nulidad absoluta de un contrato, etc.
[185] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de noviembre de 1999, expediente 12202 y sentencia del 11 de mayo de 2000, expediente 17480.
[186] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de diciembre de 2004, expediente 26887, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

de un tercero experto y que estableció un orden de prelación, en el que no se dejó en primer lugar a las entidades financieras que participaron en la financiación del proyecto.

Se advierte que, aunque se hacen ingentes esfuerzos por tratar de presentarlo como un fallo *ultra petita,* en realidad el mismo no se configuró, y lo que se aprecia es la pretensión del recurrente encaminada a que el juez del recurso reemplace el análisis del Tribunal de Arbitramento y produzca un monto de restituciones mutuas acorde con sus aspiraciones, según se desprende de su petición, en el sentido de que los numerales Noveno, Décimo y Décimo Primero del Laudo sean anulados y que, en su lugar, se corrijan o adicionen tales decisiones, ordenando las restituciones mutuas o reconocimientos con fundamento en el dictamen pericial decretado de oficio y rendido por Duff & Phelps.

Efectivamente, como ya se analizó en otros apartes de esta providencia, el Tribunal de Arbitramento declaró la nulidad absoluta del contrato, por lo que, legalmente, lo que procedía a continuación era establecer las restituciones mutuas a que hubiera lugar, y eso fue precisamente lo que hizo, tal y como se desprende de lo dispuesto en los numerales Cuarto[187], Noveno, Décimo y Décimo Primero de la parte resolutiva del Laudo, en los cuales se lee:

> ***CUARTA:*** *Con fundamento en la pretensión primera de la reforma de la demanda de reconvención presentada por la* ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI,*** *de las solicitudes de la Procuraduría General de la Nación coadyuvadas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del ejercicio de las potestades oficiosas que le atribuye la ley al Tribunal, declarar la* ***NULIDAD ABSOLUTA,*** *por objeto y causa ilícitos y por haber sido celebrado con abuso y desviación de poder, del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre el entonces* ***INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO,*** *posición que hoy ostenta la* ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI*** *y la* ***CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.,*** *por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *(…)*
>
> ***NOVENA:*** *Como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, sus Otrosíes y demás acuerdos contractuales, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y en estricto cumplimiento de la Sentencia C-207 de 2019 proferida por la Corte Constitucional, fijar en la suma de* ***DOSCIENTOS ONCE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS CINCO MIL QUINIENTOS SESENTA Y UN PESOS***

[187] Se pueden añadir a lo decidido en el numeral cuarto, así mismo, los numerales quinto y sexto, en los que se declaró, de manera independiente, la nulidad absoluta de los otrosíes del Contrato de Concesión.

($211.273.405.561), *el valor de los reconocimientos que la* ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI*** *debe efectuar a favor de la* ***CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.***

DÉCIMA: *Para ejecutar la decisión* ***NOVENA*** *anterior, ordenar a la* ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI*** *disponga de los recursos que se encuentran en el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2, administrado por la Fiduciaria Corficolombiana S.A., en la cuantía de* ***CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL CINCUENTA Y SEIS MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL TRESCIENTOS VEINTICINCO PESOS CON SETENTA Y DOS CENTAVOS ($187.056.125.325,72),*** *junto con los rendimientos que pueda producir hasta el momento del retiro, los cuales serán utilizados para pagar las deudas con terceros de buena fe, en los términos expuestos y en el estricto orden fijado en la parte motiva de esta providencia.*

DÉCIMA PRIMERA: *Para ejecutar la decisión* ***NOVENA*** *anterior, ordenar complementariamente a la* ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI realizar el pago de la suma de VEINTICUATRO MIL DOSCIENTOS DIECISIETE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON VEINTIOCHO CENTAVOS ($24.217.280.235,28)*** *o el saldo faltante que resulte luego de utilizados los recursos a los que se refiere la decisión Décima anterior, en los términos del numeral ii) del Parágrafo Primero del Artículo 20 de la Ley 1882 de 2018. Para ello, deberá igualmente direccionar los recursos hacia terceros de buena fe, en los precisos términos expuestos y en el orden estrictamente fijado en la parte motiva de esta providencia.*

Al decidir como lo hizo, el Tribunal de Arbitramento no le concedió a la entidad demandada más de lo que ésta había pedido en su demanda de reconvención, puesto que, en ella, la entidad pidió -pretensión primera- que se declarara la nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001 de 201 y que, como consecuencia de esa declaratoria, se ordenaran las restituciones mutuas en la forma establecida en la ley, según se lee en la pretensión cuarta.

Como se explicó en párrafos anteriores, para que se pueda predicar que el Tribunal profirió un fallo *ultra petita,* se requiere que haya concedido más de lo pedido, es decir, como, por ejemplo, cuando condena por una cantidad superior a la que se limitó en la demanda.

Al respecto, se observa que, el artículo 281 del C.G.P., relativo a las *Congruencias* de la sentencia, establece que ésta deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley y, a continuación, dispone que *"*[n]*o podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta",* y que

"[s]*i lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último".*

De acuerdo con lo anterior, es claro que se requiere que el demandante haya elevado una pretensión económica determinada, para que se pueda hablar de la improcedencia de condenar a más de lo pedido.

En el presente caso, la Agencia Nacional de Infraestructura no elevó pretensión económica alguna como consecuencia de su solicitud de declaratoria de nulidad absoluta del contrato, y se limitó a pedir que se diera cumplimiento a la consecuencia legal de tal decisión, que no es otra que la orden de efectuar las restituciones mutuas a que haya lugar, de acuerdo con lo dispuesto en la ley.

Se observa además, que así la demandante en reconvención no hubiera solicitado que se declarara que la ANI sólo estaba obligada *"a reconocer y pagar a favor de esta última las prestaciones contractuales ejecutadas y cumplidas hasta el momento de la declaración de nulidad, siempre y cuando dichas prestaciones hayan beneficiado a la* ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA*** *y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido",* esta es una consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato que la ley establece y que le impone al juez el deber de resolver sobre las restituciones mutuas y que, por lo tanto, no depende de lo que las partes pidan al respecto. Como lo ha reconocido la jurisprudencia:

> *(…) no se configura el vicio de incongruencia o inconsonancia cuando el fallador toma decisiones que pese a no haberse pedido en la demanda en forma expresa, pueden deducirse implícitamente por constituir un complemento obligado y necesario de lo suplicado expresamente. A ese respecto ha establecido excepciones a dicho principio, en tanto considera que no es absoluto, puesto que en algunos casos el juez no está obligado a observarlo, como sucede entre otros: a) cuando halle probados los hechos que constituyen una excepción, debe reconocerla oficiosamente, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse; b) en lo atinente a los presupuestos procesales, por cuanto tocan con la validez formal del proceso y cuya ausencia en algunos casos, impone un fallo inhibitorio; c) lo relacionado con cuestiones que atañen al orden público como sucede con la nulidad absoluta del acto o contrato, cuando ella aparezca de modo manifiesto, y d) los pronunciamientos sobre prestaciones mutuas en los eventos de nulidad o resolución del contrato, etc.*[188]

[188] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de junio de 2002, expediente 20634, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Es así como, en el presente caso, el Tribunal de Arbitramento no concedió nada a favor de la entidad demandada Agencia Nacional de Infraestructura ANI, no profirió condena alguna a su favor y, por lo tanto, mal puede predicarse que le haya concedido más de lo pedido, razón por la cual el cargo, por este argumento, no está llamado a prosperar.

6.9.2. *Fallo extra petita:*

6.9.2.1. Otro de los argumentos aducidos en virtud de la causal en estudio, consiste en que los árbitros decidieron sobre aspectos que no fueron solicitados por las partes ni por los coadyuvantes, ni propuestos en las excepciones, y al comparar las pretensiones y excepciones con lo decidido en los numerales Noveno, Décimo y Décimo Primero de la parte resolutiva del laudo, se advierte que esto no fue pedido por las partes; y que al establecer la forma en la que se debían distribuir los reconocimientos derivados de la declaración de nulidad del Contrato de Concesión, el Tribunal decidió sobre obligaciones de contratos diferentes al Contrato de Concesión y se refirió a acreencias de personas que, incluso, pudieron no haber intervenido en el proceso.

Nuevamente, en este cargo, el recurrente adujo la equivocada interpretación y aplicación que, a su juicio, hizo el Tribunal Arbitral de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, e insistió en el cuestionamiento que se hace en todos los recursos de anulación al orden de prelación establecido en el Laudo Arbitral para el pago de las acreencias a favor de los terceros de buena fe, que dejó en el último lugar a las entidades financieras, mediante una decisión que no podía ser tomada por afectar los derechos de quienes no fueron parte en el proceso y, por lo tanto, no pudieron defender sus propios intereses.

Al respecto, basta con recordar que las decisiones del Laudo Arbitral en torno a las restituciones que fueron ordenadas a favor de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., obedecieron, no a las pretensiones de las partes, ni a las excepciones propuestas, sino a la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001 de 2010 que se decidió en el Laudo, de la cual, por imperativo legal, se desprendieron tales restituciones. Y fue en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, con la interpretación constitucional

que de la norma hizo la Corte en su Sentencia C-207 de 2019, que el Tribunal Arbitral dispuso en los términos en los que lo hizo, la forma como la suma reconocida a ese título, debía ser destinada al cubrimiento de las obligaciones de la Concesionaria frente a los terceros de buena fe.

Ahora bien, el hecho de que no se comparta por los recurrentes la forma como el Laudo Arbitral dispuso la distribución de esa suma de dinero reconocida a título de restituciones, no configura la causal de anulación de *fallo extra petita,* puesto que la comparación de lo resuelto en la decisión de los árbitros debe efectuarse con las pretensiones, excepciones y facultades oficiosas del juez, y no con los argumentos de las partes e intervinientes, sobre la forma correcta como debió decidirse.

Tampoco encuentra la Sala que se ajuste a los términos de la causal la afirmación según la cual el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre obligaciones de contratos diferentes al Contrato de Concesión y se refirió a acreencias de personas que, incluso, pudieron no haber intervenido en el proceso, toda vez que tal y como se advierte de la lectura del Laudo Arbitral, el mismo se refirió exclusivamente a la nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001 de 2010 del cual fueron parte la Agencia Nacional de Infraestructura y la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y fue en relación con ese contrato nulo que los árbitros ordenaron las restituciones mutuas que encontraron procedentes entre las partes.

De otro lado, la circunstancia de que se haya dispuesto en el Laudo Arbitral el destino que debían tener los recursos materia de las restituciones que se ordenaron a favor de la Concesionaria, no se traduce en un pronunciamiento respecto de las obligaciones que este contratista tuviera con terceros de buena fe, puesto que esas relaciones negociales no fueron materia del arbitramento. Lo que se determinó en el Laudo fue el monto de los gastos, costos e inversiones en los que incurrió la Concesionaria y que cumplían con las características dispuestas en la ley para que fuera procedente su reconocimiento.

Las obligaciones contraídas por la Concesionaria con terceros, no fueron definidas en el Laudo Arbitral, por corresponder a relaciones contractuales distintas del Contrato de Concesión 001 de 2010 que fue declarado nulo. No corresponde al

Consejo de Estado en sede del recurso se anulación pronunciarse sobre otro tipo de reclamaciones en negocios jurídicos que no hicieron parte del conflicto arbitral.

La independencia entre los diferentes negocios jurídicos en los que participó la Concesionaria, es la que impide afirmar que la Agencia Nacional de Infraestructura haya adquirido obligación alguna frente a los terceros de buena fe, y lo que se decidió en el Laudo fue su obligación de reconocer a su propia Concesionaria las restituciones a que hubiera lugar, las cuales, por expresa disposición legal, debían ser destinadas, en el 100% de su monto y hasta donde este alcanzara, a cubrir las acreencias de la contratista con terceros de buena fe.

De acuerdo con lo anterior, no es acertado afirmar, como lo hacen los recurrentes, que la decisión arbitral hizo tránsito a cosa juzgada respecto de las acreencias de los terceros de buena fe, puesto que, se reitera, el Laudo no definió en su parte resolutiva controversia alguna entre la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y sus acreedores, quienes, sin embargo, se vieron favorecidos por la destinación que aquella, necesariamente, debía dar a los recursos que se reconocieron a su favor a título de restituciones, como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001 de 2010, celebrado con la Agencia Nacional de Infraestructura.

Por las anteriores razones, la Sala considera que, en el presente caso, y por los referidos hechos expuestos en los recursos, no se configuró la causal de anulación consistente en haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros.

6.9.2.2. Otra circunstancia que se planteó como constitutiva de la causal de *fallo extra petita,* es que los árbitros se pronunciaron, sin tener competencia para ello, por haber operado la caducidad de la acción, sobre la nulidad absoluta del contrato, sus otrosíes y demás contratos modificatorios.

Sobre este cargo, basta con advertir que los hechos aducidos corresponden a defectos contemplados actualmente, por la Ley 1563 de 2012, como causales independientes de anulación del laudo, contenidas en el numeral 2 de su artículo 41 -*la caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia*-, las cuales ya

fueron analizadas en la presente providencia, concluyendo que no se configuraron respecto del Laudo Arbitral objeto del recurso de anulación que se resuelve.

Existiendo expresamente dichas causales de anulación, no le es dado al recurrente plantear los hechos que las configuran bajo el manto de la que es objeto de estudio, esto es, haberse pronunciado el Tribunal de Arbitramento sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, razón por la cual este cargo debe ser desechado.

6.9.2.3. Para resolver el cargo consistente en que el Tribunal fundó la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión por objeto y causa ilícitos así como por desviación de poder, sobre irregularidades en el proceso de licitación y la ilegalidad de la decisión de adjudicación que no fue demandada, por lo que, para el recurrente, el Tribunal Arbitral se pronunció sobre un aspecto no sujeto a su decisión, basta con dar lectura a la parte resolutiva del Laudo Arbitral, para advertir que en él no hubo un pronunciamiento sobre la validez de acto administrativo alguno y lo que decidió el Tribunal de Arbitramento, fue declarar la nulidad absoluta, por objeto y causa ilícitos, del contrato de concesión materia de la controversia que, en virtud de la cláusula compromisoria existente en el mismo, fue sometida a su conocimiento, lo cual implicaba el estudio y análisis de la validez del negocio jurídico.

En tales condiciones no se puede afirmar que, en el Laudo Arbitral, los árbitros se hayan pronunciado sobre un aspecto no sujeto a su decisión.

6.9.2.4. Finalmente, en relación con el argumento según el cual el Tribunal de Arbitramento dispuso el monto de los bienes fideicomitidos sin haber sido habilitado por el Patrimonio Autónomo para ello, es necesario recordar que la constitución del mismo se dio en el ámbito de la ejecución del Contrato de Concesión 001 de 2010 para el manejo de los recursos de dicho contrato estatal.

Así lo registró el Laudo Arbitral, al hacer la descripción del Contrato de Concesión y sus estipulaciones, dando cuenta de que, para la administración de los recursos y aportes con los cuales se llevaría a cabo la ejecución del Proyecto, en el Capítulo III del contrato se estableció la obligación, en cabeza de la Concesionaria, de celebrar un contrato de fiducia mercantil, el cual fue suscrito el 10 de mayo de 2010

entre ésta y la Fiduciaria Corficolombiana S.A.; la Concesionaria sería el fideicomitente del Patrimonio Autónomo y, en el literal b) de la Sección 3.01 del Contrato, se estipuló *"(…) la Constitución del Patrimonio Autónomo, cuya finalidad es la administración de todos los aportes, recursos de financiación, transferencias, etc. que deban hacer las partes conforme lo previsto en el presente Contrato de Concesión (…)".* A su vez, se pactó que el Patrimonio Autónomo estaría dividido en dos cuentas: i) la Cuenta de Aportes INCO[189], compuesta por las subcuentas de Interventoría, Supervisión Aérea, Divulgación, y Estudios y Obras, y el único beneficiario de esta cuenta sería el INCO; y ii) la Cuenta de Aportes Concesionario, compuesta por la subcuenta de Predios, que se fondearía con los aportes de capital así como con los recursos provenientes de los peajes, de la financiación obtenida de los prestamistas y de la Cuenta de Aportes INCO, y los recursos disponibles en esta cuenta se destinarían, exclusivamente, i) al pago de los impuestos que se causaran con ocasión de la suscripción y ejecución del contrato de fiducia mercantil, incluyendo el pago de la comisión pactada a favor de la fiduciaria y ii) a la atención de todos los pagos, costos y gastos a cargo de la Concesionaria, en virtud del Contrato de Concesión, lo cual incluía el fondeo de las subcuentas arriba señaladas. En la Cuenta de Aportes INCO debían depositarse los que estaba obligada a efectuar la entidad pública contratante, con los cuales se fondearía la Cuenta Aportes Concesionario. Así mismo, se pactó que el contrato de fiducia mercantil estaría vigente hasta la liquidación del Contrato de Concesión y que, si éste terminaba anticipadamente, también se terminaría el contrato de fiducia[190].

La finalidad del Patrimonio Autónomo fue reconocida así mismo por la sociedad Fiduciaria Corficolombiana S.A., en su alegato de conclusión dentro del proceso arbitral, en el que consignó que, según lo dispuesto en el Contrato de Concesión, el contrato de fiducia fue concebido como el instrumento encargado de manejar los ingresos y pagos para desarrollar el Proyecto y que, en ese sentido, el Tribunal de Arbitramento podía decidir que la única fuente de pago de los bancos y de los demás terceros de buena fe eran los recursos que *"(…) se han recaudado, recaudan y recaudarán en el Contrato de Fiducia"*[191].

[189] Por cuanto el Contrato de Concesión 001 de 2010 fue inicialmente suscrito por el INCO.
[190] Pg. 179 y 180 del Laudo Arbitral.
[191] Pg. 59 del Laudo Arbitral.

Se advierte que el Contrato de Concesión, en el Laudo Arbitral impugnado, fue declarado nulo de nulidad absoluta por objeto y causa ilícitos, resultado de lo cual le correspondía al juzgador disponer lo concerniente a las restituciones mutuas, en la forma indicada en la ley.

Y, precisamente, el Parágrafo Primero del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, de manera expresa, indicó que los saldos disponibles en el patrimonio autónomo, serían destinados al pago del reconocimiento que surgiera a cargo de la entidad concedente,[192] razón por la cual no puede afirmarse que, para que el Tribunal Arbitral pudiera tomar las decisiones que le correspondía, en relación con las restituciones mutuas surgidas de la declaratoria de nulidad del contrato, fuera necesaria autorización alguna de parte del Patrimonio Autónomo, a través de su representante, la sociedad Fiduciaria Corficolombiana S.A., ya que no fue parte del Contrato de Concesión objeto de la controversia.

De acuerdo con lo expuesto, considera la Sala que, contrario a lo afirmado por el recurrente, el Laudo Arbitral no se pronunció sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, toda vez que las decisiones tomadas obedecieron al deber de disponer las restituciones derivadas de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, en la forma ordenada por la ley.

En consecuencia, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

Conclusión

El análisis que se deja expuesto, sobre las causales de anulación alegadas en los distintos recursos de anulación en contra del Laudo Arbitral proferido el 6 de agosto de 2019 y el auto que resolvió las solicitudes de aclaración del 16 de agosto del mismo año, así como de los cargos que las fundamentaron, permite concluir que ninguno de ellos fue probado en el presente proceso, razón por la cual los mismos serán desestimados.

[192] *"El reconocimiento de los valores que deba hacer la entidad estatal al contratista en el marco de la liquidación se atenderá así: // (i) Con los saldos disponibles a favor de la entidad contratante en las cuentas y subcuentas del patrimonio autónomo del respectivo contrato (…)".*

Costas

El inciso final del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 dispone que *"[S]i el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público"*. A su vez, de conformidad con lo normado en el artículo 42 de la misma ley, en la sentencia que resuelve el recurso de anulación *"se liquidarán las condenas y costas a que hubiere lugar"*. Toda vez que en el presente caso el recurso se declarará infundado, esta norma resulta aplicable y procede la condena en costas.

Para tales efectos, con base en las tarifas establecidas por el numeral 9 del artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y teniendo en cuenta la complejidad y la duración de la actuación que adelantó la parte vencedora dentro del presente recurso[193], la Sala fija, por concepto de agencias en derecho a cargo de la parte recurrente y en forma solidaria, la suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia, en consideración a la actuación que tuvo que desplegar la parte convocada frente a los varios recursos de anulación interpuestos contra el Laudo Arbitral impugnado, teniendo en cuenta la extensión de los recursos interpuestos, en los que se alegaron múltiples causales y diversos motivos en cada una de ellas y la actuación activa de la parte convocada en el presente proceso, quien se pronunció en forma detallada sobre todos los tópicos que se suscitaron en el recurso.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

---

[193] El artículo 2 del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, establece: *"**ARTÍCULO 2º.** Criterios**.** Para la fijación de agencias en derecho el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites".*

FALLA:

PRIMERO. ACÉPTASE el impedimento manifestado por el magistrado José Roberto Sáchica Méndez.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la sociedad Estudios y Proyectos del Sol EPISOL S.A.S., Itaú Corpbanca Colombia S.A., Banco de Bogotá S.A., Banco Popular S.A., Banco de Occidente S.A., Banco AV Villas S.A., Banco Davivienda S.A., Bancolombia S.A., Fiduciaria Corficolombiana S.A., la sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. y la Sociedad Constructora Norberto Odebrecht S.A., contra el Laudo Arbitral proferido el 6 de agosto de 2019 y aclaración del 16 de agosto siguiente, por el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las controversias surgidas entre la convocante, sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la convocada, Instituto Nacional de Concesiones INCO -hoy Agencia Nacional de Infraestructura- con ocasión de la celebración y ejecución del Contrato de Concesión 001 del 14 de enero de 2010, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SE CONDENA EN COSTAS a las entidades recurrentes. Como consecuencia, SE ORDENA liquidar las costas, por secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de acuerdo con lo previsto en la parte motiva de esta providencia. Para el efecto, **SE FIJA** como agencias en derecho la suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia, a cargo, en forma solidaria, de los recurrentes: Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., Estudios y Proyectos del Sol EPISOL S.A.S., Itaú Corpbanca Colombia S.A., Banco de Bogotá S.A., Banco Popular S.A., Banco de Occidente S.A., Banco AV Villas S.A., Banco Davivienda S.A., Bancolombia S.A., Fiduciaria Corficolombiana S.A., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. y Constructora Norberto Odebrecht S.A., y en favor de la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI.

CUARTO: Por secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expídanse copias de la presente providencia para cada una de las partes.

QUINTO: SE RECONOCE personería al doctor Luis Carlos Sáchica Velásquez para actuar en representación de Banco de Bogotá S.A., Banco de Occidente S.A., Banco Popular S.A. y Banco AV Villas S.A., de conformidad con los poderes debidamente otorgados.

SEXTO: En firme la providencia y una vez se hayan cumplido todas las actuaciones ordenadas en el fallo, devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento por conducto de la Secretaría.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Electrónicamente

MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado Electrónicamente

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador.